

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

**TESIS DOCTORAL**

**EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS**

**MARÍA DE LA PALMA ÁLVAREZ POZO**

**2007**

**DIRECTOR. Profesor Dr. D. MANUEL COBO DEL ROSAL.  
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL.**



## **EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS**

### **CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN**

<b>1.- JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO</b> .....	<b>1</b>
<b>2.- SISTEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>3.- UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL CONCURSO</b> .....	<b>5</b>
3.1.- Criterios Legislativos .....	<b>6</b>
3.2.- La inclusión de la Teoría del concurso en la Teoría de la pena .....	<b>7</b>
3.3.- La inclusión de la Teoría del concurso en la Teoría general del delito .....	<b>10</b>
3.4.- La Teoría del concurso como una “forma de aparición del delito” .....	<b>11</b>
3.5.- Toma de postura.....	<b>14</b>

### **PRIMERA PARTE**

#### **LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA-LEGISLATIVA, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONCURSO IDEAL**

### **CAPÍTULO II.- LA CONFIGURACIÓN DEL CONCURSO IDEAL EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ALEMANA**

<b>1.- EL ORIGEN DE LAS FIGURAS CONCURSALES: CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL</b> .....	<b>17</b>
1.1.- Antecedentes .....	<b>17</b>
1.2.- El nacimiento de la Teoría del concurso. La obra de J.C. KOCH.....	<b>19</b>
1.3.- La consagración legal de las formas concursales. El Código penal bávaro de 1813.....	<b>22</b>
<b>2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL EN LA DOCTRINA ALEMANA BAJO LA VIGENCIA DEL StGB ALEMÁN DE 1871. LAS TEORÍAS DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD</b> .....	<b>25</b>
2.1.- La Teoría de la Unidad (EINHEITSTHEORIE) .....	<b>27</b>
2.2.- La Teoría de la Pluralidad (MEHRHEITSTHEORIE).....	<b>32</b>
2.3.- La evolución doctrinal y jurisprudencial de la Teoría de la Unidad .....	<b>33</b>

A.-Las diferencias entre el concurso ideal y el concurso de leyes. Valoración múltiple de las distintas leyes concurrentes en el único hecho enjuiciado .....	34
B.- Del principio de consunción al sistema de combinación de penas. Efectos de la múltiple valoración de las leyes en la determinación de la pena definitiva.....	36
C.- Consecuencias de la evolución doctrinal y jurisprudencial en la admisión de la modalidad de concurso ideal homogéneo .....	38
D.-Conclusiones y valoración personal de la evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría de la unidad.....	39
<b>3.- EL PERÍODO REFORMADOR ALEMÁN .....</b>	<b>42</b>
<b>4.- EL StGB ALEMÁN DE 1975 .....</b>	<b>46</b>
<b>5.- LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ALEMANA ACTUAL ANTE LAS TEORÍAS DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD. LA FUNCIÓN CLARIFICADORA DEL CONCURSO IDEAL.....</b>	<b>47</b>
<b>6.- LA TESIS DE PUPPE.....</b>	<b>51</b>
6.1.- Opinión personal.....	55
 <b>CAPÍTULO III.- LA CONFIGURACIÓN DEL CONCURSO IDEAL EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ITALIANA</b>	
<b>1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. CÓDIGO PENAL TOSCANO DE 1854 Y EL CÓDIGO PENAL DE ZANARDELLI DE 1889.....</b>	<b>59</b>
<b>2.- LAS POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL Y SUS MODALIDADES BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL TOSCANO Y DEL CÓDIGO PENAL DE ZANARDELLI .....</b>	<b>62</b>
2.1.- Carrara, Pessina e Impallomeni.....	63
2.2.- La tesis de Alimena. La Teoría del exceso del dolo.....	66
<b>3.- LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ANTE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE ROCCO DE 1930 .....</b>	<b>73</b>
<b>4.- LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE ROCCO POR EL DECRETO DE 11 DE ABRIL DE 1974.....</b>	<b>78</b>
<b>5.- LOS MOVIMIENTOS REFORMADORES .....</b>	<b>82</b>
<b>6.- RECAPITULACIÓN .....</b>	<b>83</b>

## **CAPÍTULO IV.- EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL CONCURSO IDEAL EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA**

<b>1.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>85</b>
<b>2.- ANTECEDENTES.....</b>	<b>85</b>
<b>3.- LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA .....</b>	<b>90</b>
3.1.- El Código penal de 1822 .....	90
3.2.- Los Proyectos de Código penal de 1830, 1831 y 1834 .....	95
3.3.- El Código penal de 1848 .....	101
3.3.1.- Las Bases Generales de la Codificación .....	102
3.3.2.- El Proyecto de Código penal de D. Manuel Seijas y su discusión.....	103
3.3.3.- La revisión del Proyecto por una Sección especial creada al efecto.....	109
3.3.4.- La aprobación definitiva del Código penal de 1848 .....	111
3.4.- El Código penal de 1870 .....	114
3.4.1.- La Ley de 3 de enero de 1908 .....	121
3.4.2.- La interpretación de la Ley de 3 enero de 1908 por la Fiscalía del Tribunal Supremo y por el Tribunal Supremo .....	124
3.5.- El Código penal de 1928 .....	133
3.6.- El Código penal de 1932 .....	137
3.7.- EL Código penal de 1944.....	140
3.8.- El Proyecto de Código penal de 1980 .....	144
3.9.- La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983.....	148
3.10.- El Proyecto de Código penal de 1992 .....	149
3.11.- El Código penal de 1995 .....	153
3.11.1.- El concurso ideal de infracciones.....	154
3.11.2.- El nuevo artículo 78 .....	162
3.11.3.- La reforma del artículo 78 del Código penal introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas .....	172
3.11.4.- La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal .....	176
<b>4.- CONCLUSIONES .....</b>	<b>177</b>

## **CAPÍTULO V.- LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONCURSO IDEAL**

<b>1.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>181</b>
<b>2.- ANTECEDENTES.....</b>	<b>181</b>
<b>3.- INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO PENAL DE 1944.....</b>	<b>186</b>
3.1.- El concurso ideal de delitos como concurso de delitos .....	187
3.1.1.- La unidad de propósito o fin como fundamento del concurso ideal.....	190
3.1.2.- El concurso ideal como delito compuesto y el concurso medial como delito complejo.....	192
3.1.3.- La concepción del concurso ideal fundamentada en la unidad de fin y del concurso ideal como delito compuesto y complejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	197
<b>4.- LA UNIDAD DE ACCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL CONCURSO IDEAL.....</b>	<b>201</b>
4.1.- Los términos “unidad de acción” y “unidad de hecho”.....	208
4.2.- Concepto de acción en la teoría del concurso .....	211
4.3.- Los criterios para determinar el concepto de “unidad de acción” .....	214
4.3.1.- Unidad fisiológica de acción .....	214
4.3.2.- Unidad natural de acción .....	216
4.3.3.- La Unidad típica de acción.....	225
4.3.4.- Unidad de acción determinada conforme al número de resultados.....	228
<b>5.- EL CRITERIO DEL RESULTADO PARA DETERMINAR LA UNIDAD DE HECHO COMO FUNDAMENTO DEL CONCURSO IDEAL.....</b>	<b>229</b>
5.1.- Antecedentes del concepto de unidad de hecho. La Tesis de Córdoba Roda...	230
5.2.- Tesis de Mir Puig .....	234
5.3.- Tesis de Joshi Jubert.....	240
5.4.- El concurso ideal como una cuestión de injusto penal.Toma de postura .....	244
<b>6.- EL CONCEPTO DE “UNIDAD DE ACCIÓN” Y “UNIDAD DE HECHO” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....</b>	<b>252</b>

6.1.- La “unidad de acción” como fundamento del concurso ideal según el Tribunal Supremo.....	252
6.2.- El concepto de unidad de hecho según el Tribunal Supremo. La nueva doctrina jurisprudencial tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1997.....	255
6.3.- Valoración de la doctrina jurisprudencial .....	261
<b>7.- EL CONCURSO IDEAL COMO UN “SUPERTIPO” .....</b>	<b>263</b>
7.1.- Tesis de Mir Puig .....	263
7.2.- Tesis de Cuerda Riezu.....	267
7.3.- Opinión personal .....	269
<b>8.- CONCLUSIONES .....</b>	<b>274</b>
<b>CAPÍTULO VI.- LA IDENTIDAD DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS DE LAS INFRACCIONES EN CONCURSO IDEAL</b>	
<b>1.- LA IDENTIDAD TOTAL DE LOS ACTOS EJECUTIVOS DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES .....</b>	<b>282</b>
1.1.- Conclusiones.....	299
<b>2.- LA IDENTIDAD PARCIAL ENTRE LOS PROCESOS EJECUTIVOS DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES .....</b>	<b>301</b>
2.1.- La aproximación del concurso medial al concurso ideal en la doctrina del Tribunal Supremo.....	306
<b>3.- LA IDENTIDAD PARCIAL EN LOS DELITOS PERMANENTES .....</b>	<b>312</b>
3.1.- La identidad parcial en los delitos permanentes según la doctrina y jurisprudencia alemana .....	312
3.2.- La identidad parcial de los delitos permanentes en la doctrina y jurisprudencia española .....	315
<b>4.- EL CONCURSO IDEAL POR EFECTO ABRAZADERA.....</b>	<b>323</b>
4.1.-El concurso ideal por efecto abrazadera en la doctrina y jurisprudencia alemana.....	323
4.2.- El concurso ideal por efecto abrazadera en la doctrina española .....	330
4.3.- Análisis de la jurisprudencia española sobre el concurso ideal por efecto abrazadera y la aplicación de la teoría del desmembramiento.....	331

4.4.- Toma de postura.....	337
----------------------------	-----

## **CAPÍTULO VII.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL EN LOS DELITOS IMPRUDENTES, EN LOS ACTOS PREPARATORIOS Y EN LA PARTICIPACIÓN**

### **1.- EL CONCEPTO DE UNIDAD DE ACCIÓN Y UNIDAD DE HECHO EN LOS DELITOS IMPRUDENTES ..... 341**

1.1.- El concurso ideal de delitos imprudentes.....	341
1.2.- El concurso ideal de delitos imprudentes según los partidarios de la “unidad de hecho”.....	347
1.3.- Conclusiones .....	350

### **2.- LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN LOS ACTOS PREPARATORIOS .. 351**

2.1.- Posiciones doctrinales sobre la concurrencia delictiva en los actos preparatorios.....	351
2.2.- Opinión personal .....	353

### **3.- LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN LA PARTICIPACIÓN ..... 357**

3.1.- Posiciones doctrinales sobre la concurrencia delictiva en la participación.....	357
3.2.- Toma de posición .....	361

## **SEGUNDA PARTE**

## **CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL EN OTRAS INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL Y SU APLICABILIDAD EN SUPUESTOS ESPECIALES DEL CÓDIGO PENAL DE 1995**

## **CAPÍTULO VIII.- CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS**

### **1.- LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS. LA REINCIDENCIA ..... 366**

### **2.- LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONCURSO IDEAL ..... 367**

2.1.- La prescripción de los delitos en concurso ideal .....	367
--	-----



2.2.- La prescripción de la pena en la concurrencia ideal.....	382
2.3.- La Cancelación de los antecedentes penales de los delitos en concurso ideal .	383
<b>3.- EL INDULTO DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES.....</b>	<b>384</b>
<b>4.- EL PRINCIPIO ACUSATORIO RESPECTO DE LA MODALIDAD DE CONCURSO IDEAL .....</b>	<b>389</b>
<b>5.- LA COSA JUZGADA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA IDEAL .....</b>	<b>392</b>
<b>6.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO PARA LOS CASOS DE CONCURRENCIA IDEAL.....</b>	<b>397</b>

## **CAPÍTULO IX.- SUPUESTOS ESPECIALES DE CONCURSO IDEAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

<b>1.- ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES DE “UNIDAD DE ACCIÓN” EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 .....</b>	<b>399</b>
1.1.- El párrafo segundo del artículo 346 .....	400
1.2.- Las reglas del artículo 177 del Código penal .....	407
1.3.- El artículo 383 del Código penal.....	409
1.4.- Conclusiones .....	416
<b>2.- LA IDENTIDAD TOTAL Y PARCIAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 ...</b>	<b>418</b>
2.1.- Análisis de la identidad total y parcial en los tipos especiales del Código penal de 1995 .....	418
2.2.- Toma de posición .....	431

## **TERCERA PARTE**

### **LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONCURSO IDEAL**

## **CAPÍTULO X.- LAS REGLAS SANCIONADORAS DE LOS CONCURSOS DE DELITOS**

<b>1.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>437</b>
<b>2.- LOS SISTEMAS SANCIONADORES EN LA TEORÍA DEL CONCURSO ...</b>	<b>439</b>
2.1.- El sistema de pena unitaria.....	439
2.2.- El sistema de acumulación material .....	442
2.2.1.- La acumulación jurídica o mitigada .....	447

2.3.- El sistema de combinación.....	450
2.4.- El sistema de exasperación.....	451
2.5.- El sistema de absorción .....	452
2.6.- Recapitulación.....	455
<b>3.- ESTUDIO DE LAS SOLUCIONES JURÍDICAS ADOPTADAS EN DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>455</b>
3.1.- Tratamiento unitario del concurso real e ideal de delitos .....	456
3.1.1.- Suiza.....	456
3.1.2.- Austria .....	457
3.1.3.- Francia .....	459
3.1.4.- Portugal .....	460
3.1.5.- Recapitulación .....	463
3.2.- Tratamiento diferenciado en la determinación de la pena en los concursos ideal y real de delitos.....	463
3.2.1.- México.....	463
3.2.2.- Bélgica.....	464
3.2.3.- Italia.....	465
3.2.4.- Alemania .....	469
3.2.5.- Argentina.....	476
3.3.- Proyectos Internacionales de Código penal.....	477
3.3.1.- Model Penal Code y Proyecto de Código Internacional Penal.....	477
3.3.2.- Código penal Tipo para Iberoamérica .....	478
3.3.3.- El Corpus Iuris europeo.....	479
3.4.- Conclusiones .....	479

## **CAPÍTULO XI.- LAS REGLAS SANCIONADORAS DEL CONCURSO IDEAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

<b>1.- UBICACIÓN SISTEMÁTICA .....</b>	<b>481</b>
<b>2.- PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> DURANTE EL PERÍODO REFORMADOR .....</b>	<b>482</b>
2.1.- Propuesta de Sanz Morán.....	483
2.2.- Propuesta de Cuerda Riezu .....	484
2.3.- Valoración personal.....	486
<b>3.- CRITERIOS SANCIONADORES DEL CONCURSO IDEAL EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>489</b>
3.1.- El principio de absorción agravada .....	497

3.1.1.- Técnica de ejecución .....	497
A).- Determinación relativamente concreta de las penas individuales .....	497
B).- Pena disponible .....	500
C).- Pena disponible agravada .....	502
D).- Pena condicionalmente definitiva .....	503
E).- Penas individuales determinadas totalmente .....	504
F).- Penalidad acumulada .....	505
G).- Comparación .....	505
H).- Pena totalmente definitiva o penalidad acumulada .....	509
3.2.- Penalidad acumulada del artículo 76 del Código penal.....	509
3.2.1.- Sistema de acumulación material .....	509
3.2.2.- Cumplimiento sucesivo y simultáneo de las penas.....	512
A).- Las penas privativas de libertad .....	513
B).- Las penas privativas de derechos .....	514
C).- La pena de multa.....	517
3.2.3.- Acumulación limitada .....	518
A).- Ámbito de aplicación del artículo 76 .....	525
B).- La aplicación del artículo 76 a la responsabilidad personal subsidiaria.....	526
C).- Los límites absolutos .....	531
D).- Elección del límite absoluto aplicable.....	533
E).- El límite relativo .....	535
F).- Naturaleza jurídica del artículo 76.....	536
G).- Consecuencias penales de la extinción de las penas excedentes.....	544
H).- El término “efectivo” del artículo 76 .....	556
3.3.- El concurso posterior.....	560
3.3.1.- El concurso posterior en el ordenamiento jurídico español.....	562
3.4.- El cumplimiento efectivo de las penas. El nuevo artículo 78 del Código penal de 1995 .....	570
3.4.1.- Aplicabilidad del artículo 78 .....	571
A).- Tesis de Cuerda Riezu .....	572
3.4.2.- Contenido del artículo 78 del Código penal de 1995 .....	574
A).- Ámbito de aplicación del artículo 78 .....	574
B).- Presupuestos para la aplicación del artículo 78.....	576
C).- Efecto de la aplicabilidad del artículo 78 .....	585
D).- La libertad condicional.....	586
E).- Beneficios penitenciarios.....	590
F).- Permisos de salida .....	591
G).- El tercer grado del tratamiento penitenciario .....	594
H).- Órganos competentes para la aplicación del artículo 78.....	597
I).- Intervención del Ministerio Fiscal. Instituciones Penitenciarias y demás partes .....	598
J).- Valoración del artículo 78 .....	599
 <b>CAPÍTULO XII.- CONCLUSIONES.....</b>	 <b>603</b>

<b>APENDICE AL CAPÍTULO IV.....</b>	<b>621</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>705</b>

## ***CAPÍTULO I***

### ***INTRODUCCIÓN***

#### **1.- JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO**

Al iniciar este trabajo sobre la concurrencia ideal de delitos el primer problema con el que me encontré y que he de reconocer que en un principio me animó fue la escasa atención que a esta figura se le había concedido por la doctrina española. En aquellos momentos tan solo Sanz Morán <sup>1</sup> había dedicado una monografía al estudio de las figuras concursales en general, y Cuerda Riezu <sup>2</sup> había limitado su estudio a las consecuencias jurídicas derivadas de los concursos de delitos. Pero cuando comencé a introducirme en el tema esta ilusión poco a poco se fue transformando en interrogantes de muy difícil respuesta. En efecto, a medida que leía a los distintos autores o me adentraba en la jurisprudencia de nuestros tribunales me iba dando cuenta de que no sólo no se le había prestado atención a esta figura concursal sino que además reinaba tal confusión sobre su naturaleza y fundamento jurídico que ni siquiera existía unanimidad entre los autores o en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la terminología a utilizar la hora de referirse al concurso ideal.

---

<sup>1</sup> Vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986.

<sup>2</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992. Posteriormente se publicó la obra de GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y concurso de Leyes Penales*, 1995. Posteriormente, SUÉREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, 2001. También, ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2004.

Esto hizo que replantease el diseño del trabajo pretendido en un primer momento de construir una teoría sobre esta modalidad concursal, sin duda algo sumamente pretencioso por mi parte, y me fijara como premisa inicial buscar el porque el concurso ideal que, a nivel legislativo no cabía duda que se trataba de un supuesto de concurrencia delictiva, interfería tanto en el ámbito de la concurrencia de leyes. Y a su vez, ello me llevaba a buscar la razón por la que durante mucho tiempo el Tribunal Supremo identificó esta modalidad concursal con el delito complejo y el delito compuesto, cuando éstos eran supuestos de unidad delictiva. Dar respuestas a estas cuestiones ya constituía un reto por sí mismo porque me permitiría afirmar con seguridad si el concurso ideal es o no un supuesto de concurrencia delictiva.

Otro problema de base que creía inicialmente delimitado fue el de diferenciar esta figura del resto de los supuestos concursales. Pero ciertamente esto no era ni es así. También a este respecto, la doctrina y jurisprudencia se encuentran muy dividida pues, el concepto de unidad de acción, fundamento de la concurrencia ideal, se enfrenta a interpretaciones tan dispares que hacen que la aplicación de esta figura quede condicionada a elementos tan diferentes que su ámbito de aplicación sea absolutamente dispar. En efecto, se ha llegado a proponer para su apreciación elementos distintos y especiales a los presentes en los tipos concurrentes transformando la concurrencia delictiva en lo que se ha denominado un “supertipo”, o bien se ha definido su fundamento de tal forma que la consecuencia inmediata y directa no podía ser otra que la de desterrar esta figura de nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, esta situación me obligaba no sólo a definir su fundamento sino a responder a una cuestión previa: la necesidad de una figura concursal distinta a la del concurso real y que mereciese además un tratamiento punitivo distinto.

Por su parte la jurisprudencia menor y la del Tribunal Supremo tampoco cuentan con una doctrina consolidada que ayude a clarificar el

fundamento del concurso ideal. En primer lugar, porque resulta muy difícil encontrar resoluciones que aborden en profundidad este tema y en segundo lugar, porque existen muchas sentencias que ofrecen soluciones concursales opuestas para supuestos idénticos.

Ante ello debía buscar y comprender la razón o razones por la que a través de la interpretación del concepto de unidad de acción se ha tratado de modificar el presupuesto de la concurrencia ideal al margen de principios tan importantes como el principio constitucional del *ne bis in idem*.

En esta cuestión sí puedo afirmar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es mucho más clarificadora pues en sus resoluciones se condiciona de forma expresa y directa la fundamentación de la concurrencia ideal con la pena a imponer, y con ello se implica directamente el fundamento de la concurrencia ideal con la Teoría de la pena.

Ciertamente no cabe duda de que el encontrar una respuesta jurídica adecuada al tipo de concurrencia que se presente cierra el círculo y permite definir correctamente a la propia figura concursal. Por y para mí ello resultaba necesario buscar esa respuesta entre los distintos sistemas sancionadores de la concurrencia delictiva y poder así comprobar si el sistema punitivo que nuestro legislador establece en el artículo 77 del Código penal de 1995 respeta los principios de proporcionalidad de las penas y el principio constitucional del *ne bis in idem* que deben estar presente en la misma.

Si esta cuestión la he relegado al final del trabajo no es por casualidad sino porque debía tratar de no incurrir en el error que en mi opinión envuelve actualmente las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a la hora de estructurar el concurso ideal y que no es otro que, el adecuar la figura del concurso ideal a la consecuencia jurídica prevista, llegando incluso a modificar sus presupuestos en aras a acomodarlo al sistema sancionador previsto. Por el contrario, mi pretensión es otra: la de definir el concurso ideal al margen de la sanción prevista actualmente por el legislador y en caso de que la misma no

resulte adecuada proponer aquella solución punitiva que responda fielmente a los postulados de esta figura concursal.

## **2.- SISTEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN**

Teniendo en cuenta los objetivos planteados se ha dividido el presente trabajo en tres partes. Con la primera parte pretendo sentar las bases que definen la figura del concurso ideal y para ello procederé en primer lugar a analizar la evolución histórico-legislativa, doctrinal y jurisprudencial del concurso ideal tanto en España, como en Alemania e Italia dada la influencia doctrinal y legal que estos países han tenido en la configuración española de esta figura concursal. Con este análisis trataré de buscar el origen y conocer el porqué de afirmaciones doctrinales y legales causantes en muchas ocasiones de difuminar los contornos del concurso ideal y por consiguiente de su confusión con el concurso de leyes o con otras figuras concursales. Partiendo de dichos presupuestos, se estará entonces en disposición de fijar la naturaleza y fundamento jurídico del concurso ideal.

La segunda parte de esta investigación tiene como objetivo derivar las consecuencias que para otras instituciones del Derecho penal y procesal se deducen de la formulación propuesta del concurso ideal. También en esta misma parte y desde una perspectiva más práctica se efectuará un análisis de como el articulado del Código penal a través de distintas cláusulas y de la interpretación que de las mismas se han llevado a cabo por la doctrina y jurisprudencia se pretende en ocasiones excepcionar el fundamento de la concurrencia ideal o incluso modificar su propia naturaleza jurídica.

Y por último, en la tercera parte se aborda la implicación de la concurrencia ideal en el ámbito de la teoría de la pena. A estos efectos se realiza un estudio de los distintos sistemas sancionadores previstos para la concurrencia delictiva en general y de las soluciones adoptadas en el Derecho



comparado. Pasando a continuación a realizar un estudio pormenorizado las reglas concursales previstas por el Código penal de 1995 para el concurso ideal, significando las deficiencias que el mismo presenta y efectuando en consecuencia una propuesta de *lege ferenda* que se acomode a la propia naturaleza y fundamento de la modalidad concursal objeto de la presente investigación.

### **3.- UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL CONCURSO**

La problemática que plantea la concurrencia delictiva alcanza tales niveles que ni siquiera la doctrina ha llegado a lograr un consenso acerca de si constituye un problema perteneciente a la teoría del delito o a la teoría de la pena. En este sentido, los diversos problemas que se plantean a la hora de delimitar el ámbito de aplicación, la naturaleza y fundamento jurídico de las distintas figuras concursales en general y del concurso ideal en particular han hecho que ciertos autores consideren esta materia como parte integrante de la teoría del hecho punible. Por el contrario, otros autores al afrontar este tema desde la perspectiva de la regulación legal o por buscar la consecuencia jurídica adecuada a la concreta concurrencia delictiva que se presente, entienden que es una cuestión propia de la teoría de la pena. Y tampoco faltan penalistas que conjugan ambas posturas y por ello atribuyen a las figuras concursales la condición de “forma de aparición del delito”, situando su estudio en una zona intermedia entre la teoría del delito y de la pena, queriendo destacar con ello su pertenencia a ambas partes del Derecho penal.

La misma diversidad de criterios se observa también en la sistemática que emplean los diferentes Códigos penales europeos al regular esta materia.

### **3.1.- Criterios Legislativos**

En efecto, los distintos Códigos penales europeos no observan un mismo criterio sistemático a la hora de regular la concurrencia delictiva, pues si bien un número importante de Códigos penales, entre los que cabe señalar el español <sup>3</sup>, ubican la teoría del concurso entre las normas dedicadas a las penas y en concreto, en los apartados referidos a la aplicación y medición de las mismas <sup>4</sup>, otros ordenamientos distribuyen la regulación primero definiendo las distintas modalidades concursales entre las formas de aparición del delito y posteriormente recogen los principios punitivos aplicables a cada una de ellas

---

<sup>3</sup> De acuerdo con nuestra tradición jurídico-legislativa, el Código penal de 1995 ubica la problemática concursal en la parte dedicada a las reglas de determinación de las penas. En concreto, bajo el epígrafe “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, en la Sección segunda del Capítulo II, dedicado a la aplicación de las penas, Título III, “De las penas”, Libro I. No obstante, en esta sección se incluyen tanto supuestos concursales propios, como el concurso real, ideal y medial, como el delito continuado y el delito masa, que no constituyen más que excepciones a la concurrencia real. También se incluye en esta Sección segunda un precepto (artículo 79, sobre la aplicación de las penas accesorias), que no resulta de exclusiva aplicación a la concurrencia de delitos.

Vid. *infra*, Capítulo IV sobre la ubicación de la concurrencia delictiva en nuestra historia legislativa, y Capítulo X, 1, respecto a la sistemática utilizada para regular la concurrencia delictiva por el Código penal de 1995.

<sup>4</sup> Por ejemplo: el StGB alemán de 2 de enero de 1975 regula la concurrencia delictiva en el Título III, sobre “Consecuencias jurídicas del hecho”, en la Sección 3ª bajo la rúbrica “Medición de la pena si hubiera varias infracciones legales”.

También, el StGB suizo de 21 de diciembre de 1937, regula esta materia en el Título III, bajo la rúbrica “De las penas y medidas”, Sección 3ª, “Medición de las penas”, punto 3º sobre la “agravación de la pena”. En el mismo sentido, el StGB austríaco de 23 de enero de 1974. Igualmente, el nuevo Código penal francés de 22 de julio de 1992, regula la concurrencia delictiva en el Capítulo II dedicado al “Régimen de las penas”, Sección I sobre “Las penas aplicables en caso de concurso de infracciones”.

Cabe, además, señalar que éste suele ser también, el criterio adoptado por los textos de ámbito supranacional. Así, por ejemplo, el Código Penal Tipo para Latinoamérica regulaba esta materia en la Sección C, sobre “Aplicación de las sanciones”.

Vid. *infra*, Capítulo X, 3.3.

entre las reglas sancionadoras <sup>5</sup>. Por su parte, el Código penal italiano opta por crear un capítulo independiente y regular en él toda la materia relativa a la concurrencia delictiva <sup>6</sup>.

No obstante, entre todos estos textos legales existe un denominador común: la primacía de las reglas sancionadoras de la concurrencia delictiva frente a la regulación de los presupuestos de las figuras concursales.

### **3.2.- La inclusión de la Teoría del concurso en la Teoría de la pena**

Siguiendo el criterio legislativo de incluir la regulación de la concurrencia delictiva en las reglas de determinación y medición de la pena, algunos autores coinciden en sostener que el estudio de la concurrencia delictiva pertenece al ámbito de la teoría de la pena.

En este sentido, por ejemplo, Geerds justifica esta sistemática porque entiende que la verdadera tarea de las reglas de la concurrencia auténtica consiste única y exclusivamente en reglamentar sus consecuencias jurídicas mediante la combinación de los marcos penales de las leyes conculcadas <sup>7</sup>. De esta manera despoja a la teoría del tipo de cualquier papel en la determinación

---

<sup>5</sup> Así, el nuevo Código penal portugués de 15 de mayo de 1995, define los concursos y el delito continuado entre las formas del crimen, Capítulo II, junto a las formas de participación y grados de ejecución, del Título II, dedicado al “Hecho”. Las consecuencias jurídicas se recogen en el Título III sobre “Las consecuencias jurídicas del hecho”, Capítulo IV, “Determinación y medición de la pena”, Sección III, “Punición del concurso de crímenes y delito continuado”.

Vid. *infra*, Capítulo X, 3.1.4.

<sup>6</sup> En concreto, el Código penal italiano tras la reforma de 1974 regula el concurso de delitos en los artículos 77 a 84 pertenecientes al Título III, “Del delito”, Capítulo III, “Del concurso de delitos”, ubicado inmediatamente después de la regulación de las circunstancias modificativas y sus efectos en la determinación de la pena.

Este mismo criterio es el seguido por el Código penal argentino de 21 de diciembre de 1984.

Vid. *infra*, Capítulo X, 3.2.3.

<sup>7</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 235-236, 239-243 y 256-257. También, NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung*, 6ª ed., 1991, pp. 320-321.

de la concurrencia delictiva pues, considera que una vez determinados por ésta los presupuestos de la punibilidad de cada infracción por separado, la pluralidad no requiere más que el tratar de buscar la punición adecuada <sup>8</sup>.

En el mismo sentido, Baumann añade que la pluralidad de delitos cometidos por un mismo sujeto no puede, dada precisamente la unidad de referencia subjetiva, comportar una modificación de la valoración que merezca cada una de las infracciones por separado, pues si la concurrencia delictiva tuviera que soportar un juicio distinto de los casos en los que se diera una unidad de delito, se estaría teniendo en cuenta también a la persona del responsable entre los elementos constitutivos de la infracción y ello sería más propio de un Derecho penal de autor que del Derecho penal del acto que es el que debe imperar en el Derecho penal moderno <sup>9</sup>.

Esta concepción de que las reglas de la concurrencia delictiva constituye un mero problema de medición de pena porque la pluralidad delictiva en nada modifica la valoración ni puede alterar la imputación de cada uno de los delitos en concurso, también fue defendida en Italia por Manzini <sup>10</sup>.

Igualmente en nuestro país, son muchos los autores que sostienen que el concurso de delitos encuentra su principal dimensión problemática y político-criminal en el terreno de la determinación de la pena <sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 235-236, 239-243.

<sup>9</sup> Cfr. BAUMANN / WEBER, *Strafrecht. All. T.*, 9ª ed., 1985, pp. 649-650.

<sup>10</sup> Cfr. MANZINI, *Istituzioni di Diritto penale italiano, parte generale*, vol. I, 9ª ed., 1958, p. 157. Señalaba este autor que dado que la institución del concurso no afectaba a la naturaleza del delito, una pluralidad de delitos cometidos por una misma persona influye exclusivamente en la pena a imponer. En este sentido, el análisis que efectúa sobre la concurrencia delictiva se reduce al estudio de las diversas hipótesis de acumulación de penas según la naturaleza de las mismas, y los efectos derivados respecto de las penas accesorias y otros efectos. Se ha de señalar que esta posición se mantiene bajo la vigencia del Código penal de Rocco de 1930, en el que rompiendo con la tradición legislativa italiana, se unificó el tratamiento sancionador del concurso ideal y real.

<sup>11</sup> Así por ejemplo: BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones*

En definitiva, se esté o no de acuerdo con este criterio lo cierto es que el hecho de que las figuras concursales se encuentren en los textos legales generalmente reguladas entre las reglas de la medición e individualización de la pena obliga que su estudio se aborde en este ámbito. Así, ya lo manifestó Rodríguez Muñoz<sup>12</sup>. Pero cierto es también que la consecuencia que se deriva de adoptar esta posición que analiza la concurrencia delictiva desde la teoría de la pena suponga que a la postre se preste mucha más atención a las consecuencias jurídicas con las que se sancionen las figuras concursales que a los presupuestos que para su aplicación se requieren.

### **3.3.- La inclusión de la Teoría del concurso en la Teoría general del delito**

Vives Antón cree, sin embargo, que los requisitos exigidos por el legislador al regular las reglas de aplicación del concurso son distintos a la

---

*de Derecho penal*, vol I, 1997, pp. 202 y 2003, quien lo justifica de la siguiente manera: “el cumplimiento del principio de necesidad de la pena, en definitiva la búsqueda de criterios para establecer la medida proporcional o adecuada al injusto y a la persona como tal, subyace en las reglas que regulan la determinación de la pena en el caso de una realización de una pluralidad de delitos”.

También son partidarios de este criterio sistemático: MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., , 1996, pp. 195 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 1996, pp. 106 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena*, 1996, pp. 48 y ss.; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas; Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, 1997, pp. 210 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., 2000, pp. 747-748; BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal, parte general. Las consecuencias jurídicas del delito. El derecho penal de ejecución*, 2002, pp. 245 y ss.; BALDOVA PASAMAR, *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador, GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, pp.262 y ss.; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., 2005, p. 159 y ss.

mera contabilidad de los delitos pues, en una concurrencia delictiva además de determinar la punibilidad de cada una de las infracciones se han de analizar otras cuestiones como por ejemplo: la relación que entre las mismas existe; o el posible cambio de la valoración jurídica de los elementos que conforman un delito según que éstos se presenten de forma aislada o conjuntamente con otros; cuestiones que únicamente pueden ser abordadas desde la teoría del delito <sup>13</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente González Rus al abogar por el estudio de esta materia en la teoría del delito y destacando que éste sería su sitio natural sobre todo cuando se trata del concurso ideal y del medial, figuras en las que precisamente estas cuestiones tienen una importancia determinante <sup>14</sup>.

Esta ubicación sistemática de la concurrencia delictiva también fue sostenida en Alemania por V. Hippel <sup>15</sup> y V. Liszt <sup>16</sup>, quienes entendieron que la teoría concursal supone exclusivamente la aplicación al caso individual del concepto general de delito, y en el mismo sentido que Vives Antón, atribuyéndole ya un papel más específico se pronunciaron Schmitt <sup>17</sup> y Stratenwerth <sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, “Notas” al *Tratado de Derecho penal* de MEZGER, 1955, p. 359-360.

<sup>13</sup> Vid. VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 29-31, aunque considera que de *lege ferenda* la cuestión pertenece a la teoría de la pena.

<sup>14</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, pp. 916-917.

<sup>15</sup> Cfr. HIPPEL v., *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1925, p. 501.

<sup>16</sup> Cfr. LISZT v., *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., alemana, 3ª ed., española, t. III, p. 164, nota (1).

<sup>17</sup> Cfr. SCHMITT, en *ZStW*, nº 75, 1963, p. 44.

<sup>18</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general I. El hecho punible*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 343. Según señalaba este autor: “Si el autor realiza con su conducta sólo un supuesto de hecho típico penal, el marco penal correspondiente en cuyo ámbito debe permanecer la sanción, quedará claramente establecido; todo lo demás, como especialmente la individualización de la pena, pertenece a la teoría de la consecuencia jurídico-penal de lo ilícito. Sin embargo, si su conducta contradice varias prescripciones jurídicas, en primer término habrá que aclarar en qué relación se encuentran estas prescripciones entre sí: la aplicación de una de ellas puede excluir a otra u otras, en cuyo caso se habla de concurso *aparente* de leyes. Pero también puede

La misma línea de argumentación se mantuvo también en Italia por Alimena, para quien lo decisivo en la teoría del concurso residía en determinar “la relación existente entre la voluntad violadora de la norma protegida por la ley y el número de violaciones de la norma o de las normas, a través de la unidad o de la pluralidad de las acciones”<sup>19</sup>.

### **3.4.- La Teoría del concurso como una “forma de aparición del delito”**

Un tercer grupo de autores consideran que la concurrencia delictiva constituye una zona intermedia entre la teoría del delito y la teoría de la pena, y por ello la incluyen entre las “formas de aparición del delito” junto a la teoría de la codelincuencia y de las formas de ejecución, donde el objeto de estudio lo conforman tanto los presupuestos de las distintas modalidades concursales como las consecuencias jurídicas que de las mismas se derivan.

En este sentido Mezger ya advirtió de la importancia que en la teoría del concurso, y en concreto en el concurso ideal suponía la delimitación de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones como materia perteneciente a la teoría del delito, así como la repercusión que la concurrencia real tiene en la medición de la pena, y por ello propuso distribuir el estudio de la teoría del concurso entre la teoría del delito y la teoría de la pena. Si bien, a efectos sistemáticos analiza la teoría del concurso íntegramente en la teoría del delito tras la regulación de las formas de codelincuencia y de ejecución del delito pero como tránsito a la teoría de la pena<sup>20</sup>.

---

ocurrir que varias prescripciones reclamen su aplicación, es decir, que concurren, *auténticamente*. Las cuestiones fundamentales del concurso se tratan en la teoría del hecho punible”, *op cit*, p. 343.

<sup>19</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, pp. 488-489. También, MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, 2ª ed., 1954, p. 30.

<sup>20</sup> Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 359-36.

Postura que fue muy bien recibida por algunos tratadistas alemanes que incluyeron generalmente el estudio de la teoría del concurso según la propuesta de Mezger<sup>21</sup>.

También, Bettioli justificaba esta sistemática de la siguiente manera: “el concurso de delitos no presenta, únicamente, un interés práctico relativo a la sanción. Basta pensar que este tema repercute en la teoría de la acción, siendo necesario determinar la unidad y pluralidad de acciones, y basta pensar en las relaciones del problema del concurso de delitos y el relativo al concurso de normas, todo lo cual resulta suficiente para concluir que el concurso de delitos no puede ser relegado a la teoría de la pena, sino por el contrario, no puede separarse de la teoría general de la norma penal y del delito”<sup>22</sup>. Un criterio que encuentra su sustento en la propia legislación italiana, pues al haberse situado la regulación de la concurrencia delictiva inmediatamente después de haber sido tratados los elementos esenciales y accidentales del delito, se confirmaba que la teoría del concurso constituía una forma especial de aparición del delito<sup>23</sup>.

Igualmente, la mayoría de los tratadistas españoles han optado por este criterio sistemático reconociendo las implicaciones de la teoría del concurso

---

<sup>21</sup> Así por ejemplo: WARDA, en *JuS*, 1964, p. 81; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2ª ed., 1962, pp. 415-417, quien los efectos de la concurrencia delictiva alcanza incluso al Derecho procesal; MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1967, pp. 187-190; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1970, p. 179; WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, p. 228; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, p. 993; BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 1983, pp. 342 y ss.; BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1987, pp. 252 y ss.; WELZEL, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª ed., 1993, pp. 265 y ss; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994, pp. 715 y ss; JAKOBS, *Derecho Penal, parte general*, 1995, pp. 1072 y ss; GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, vol. 2, 1995, pp. 516-517; HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 269 y ss; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, pp. 796 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. BETTIOLI / MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed., 1986, p. 685 y ss. En el mismo sentido, PROSDOCIMI, en *Digesto delle Discipline penali*, vol. II, 4ª ed., 1992, p. 509.

<sup>23</sup> Cfr. BETTIOLI / MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed., 1986, p. 685.



tanto en la teoría jurídica del delito como en la teoría de la pena <sup>24</sup>. Así por ejemplo, Cuello Contreras señala que la materia concursal presenta dos vertientes, una que afecta a la teoría del tipo y que viene dada por la prioritaria necesidad de distinguir entre la unidad de acción o la pluralidad de acciones, como criterio delimitador entre el concurso ideal y el concurso real; y otra, que alude a la determinación de la pena <sup>25</sup>.

Aunque esta sistemática sea la utilizada comúnmente en los Manuales y Compendios de Derecho penal, lo cierto es que resulta poco frecuente encontrar un pronunciamiento expreso sobre su justificación. Ahora bien, la aceptación de este criterio se fundamenta en lo ya señalado por Cuello Contreras pues, la gran mayoría de las obras comienzan el estudio de la concurrencia delictiva partiendo de la delimitación del concepto de unidad de acción y pluralidad de acciones, reconociendo de esta forma la implicación de la teoría del concurso no sólo en la teoría de la pena sino también en la teoría jurídica del delito <sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Por ejemplo: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal*, 3ª ed., 1958, pp. 532-534; DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 1960, p. 142; PUIG PEÑA/ ORTIZ RICOL, *Derecho penal*, 7ª ed., 1988, pp. 579 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1994, pp. 273-274; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1996, p. 478; CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1997, pp. 7-8; VALLE MUÑIZ, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, pp. 405-407.

<sup>25</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 45-46.

<sup>26</sup> Así, CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, t. I, 13ª ed., 1960, pp. 626 y ss.; CÓRDOBA RODA, en *Tratado de Derecho penal* de Maurach, t. II, 1962, nota 2, p. 122; del mismo autor *Comentarios al Código penal*, vol. II, 1972, pp. 314 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, pp. 153 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, pp. 454 y ss.; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, pp. 839 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1990, pp. 493; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, 18ª ed., 1995, pp. 847 y ss.; MORA ALARCÓN, *Suma de Derecho penal*, 1996, pp. 191 y ss.; CEREZO MIR, *Derecho penal, parte general (Lecciones 26-40)*, 1997, pp. 181 y ss.; BERDUGO DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1999, pp. 301 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, pp. 623 y ss.

Por el contrario los autores que recientemente han realizado un estudio monográfico de la concurrencia delictiva en general o de algunas de sus formas en particular sí que se han pronunciado de una manera expresa a favor de esta participación de la teoría del concurso en la teoría del delito y en la teoría de la pena. Así por ejemplo Sanz Morán <sup>27</sup>, Cuerda Riezu <sup>28</sup>, Choclán Montalvo <sup>29</sup> Suárez López <sup>30</sup>, o Escuchurri Aisa <sup>31</sup>.

### **3.5.- Toma de postura**

De la exposición realizada en los apartados anteriores se observa como la mayoría de los autores que consideran a la teoría del concurso como parte exclusiva de la teoría de la pena propugnan un mismo tratamiento sancionador cualquiera que fuera la forma en la que un mismo sujeto realice una pluralidad de delitos. Lógicamente, esta unidad de régimen sancionador elimina muchas de las cuestiones de la teoría del concurso que deben de ser resueltas desde la teoría general del delito, quedando entonces reducida la problemática concursal a la simple búsqueda de las reglas penológicas adecuadas según determinadas consideraciones de política criminal.

Cabe, además, destacar que en los textos legales, aunque se adopten distintos criterios a la hora de sistematizar la regulación de la concurrencia

---

<sup>27</sup> Vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 24. Este autor participa de la doctrina que considera que la teoría del concurso forma parte tanto de la teoría del delito como de la teoría de la pena, pero propone a efectos didácticos distribuir su estudio, analizando los presupuestos concursales en la primera y sus consecuencias jurídicas en la segunda, a modo de cómo ya lo hiciera Carrara en su obra *Programma di Diritto Criminale*.

<sup>28</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 17-23, quien pone de manifiesto las implicaciones de la teoría del concurso tanto en el ámbito de la teoría jurídica del delito como en la teoría de la pena.

<sup>29</sup> Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 48 y ss.

<sup>30</sup> Vid. SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, 2001, p. 37.

<sup>31</sup> Vid. ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, 2004, pp. 103-104.

delictiva, siempre las reglas para la determinación y medición de las penas constituyen el centro neurálgico de la teoría del concurso.

Por otra parte, la ubicación de la teoría del concurso en la teoría del delito en los términos propuestos por v. Hippel o Schmitt sobrepasa el ámbito de la propia teoría del concurso de delitos. En efecto, para estos autores el estudio de la concurrencia delictiva se centra en delimitar entre los supuestos de pluralidad delictiva y los de unidad de delito, más propio de la interpretación de los tipos que de la auténtica concurrencia, en cuyo ámbito lo que realmente interesa es averiguar el alcance de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones que dan lugar a las distintas modalidades concursales propias y sus efectos en la correspondiente medición de la o las penas.

Por ello, participo de la opinión de los autores que comparten el estudio de la teoría concursal entre la teoría jurídica del delito y la teoría de la pena pues, entiendo que no se pueden desconocer las implicaciones que la teoría del concurso tiene en la teoría general del delito, ya que sólo desde la misma es posible definir los presupuestos de la pluralidad delictiva en general y del concurso ideal objeto de estudio de este trabajo; fundamentar las distintas modalidades concursales; y fijar los efectos de la concurrencia según las distintas figuras delictivas. Igualmente, la teoría de la pena debe desempeñar un papel decisivo en el entendimiento de las instituciones concursales pues, el régimen sancionador tiene que venir dado por el contenido de injusto al que trate de dar una respuesta jurídica.

## **PRIMERA PARTE**

***LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA,  
DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA  
NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL  
CONCURSO IDEAL***

## **CAPÍTULO II**

### **LA CONFIGURACIÓN DEL CONCURSO IDEAL EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ALEMANA**

#### **1.- EL ORIGEN DE LAS FIGURAS CONCURSALES: CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL**

##### **1.1.- Antecedentes**

Los juristas italianos de la Baja Edad Media fueron los que ante la excesiva rigurosidad práctica del principio de acumulación material de las penas como solución jurídica a los supuestos de concurrencia delictiva, se plantearon la necesidad de sustituirlo en aquellos casos en los que fuera suficiente con la aplicación de una única pena, aunque ésta se agravara. En este sentido, se han destacado las aportaciones de juristas como Julius Clarus o Prosper Farinacius, quienes, en opinión de Geerds <sup>1</sup>, sólo siguieron la línea ya iniciada por el postglosador Bartolo de Sassoferrato. Este último, atendiendo principalmente a la unidad del fin perseguido por el autor distinguía para establecer distintos sistemas sancionadores entre los llamados “delicta

---

<sup>1</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 24-27. Ciertamente, tanto en la obra de BARTOLO como de CLARUS y FARINACIUS, se otorgaba un papel determinante al elemento cronológico y a la unidad de fin para aplicar una única pena como lógica consecuencia de que en aquellos supuestos en los que el autor persiguiese un único fin, sólo podía apreciarse un único delito.

De otra opinión, v. HIPPEL, *Das Verbrechen. Allgemeiner Lehren*, t. II, 1930, p. 494, quien pretendió reconocer en las distintas categorías expuestas por J. CLARUS y P. FARINACIUS las actuales formas concursales (concurso real, delito continuado y concurso ideal).

momentánea”, en los que lo decisivo era la unidad de fin si se trataban de delitos de la misma especie o siendo de distinta naturaleza se hubieran cometido a un mismo tiempo, y los “delicta sucesiva”, en los que el autor perseguía diferentes fines. De esta forma si los delitos estaban presididos por un mismo fin o se realizaban a un mismo tiempo se castigaban como uno sólo, excepcionando el principio de acumulación de penas cuyo ámbito quedaba reducido a los “delicta sucesiva”. Con esta diferencia punitiva no se trataba de buscar soluciones jurídicas distintas para supuestos concursales diferentes sino de delimitar a través de la unidad o pluralidad de fines del autor entre la unidad o pluralidad de delitos <sup>2</sup>.

Al igual que ocurriera en otros países europeos, la recepción del Derecho romano en Alemania, interpretado y reelaborado por esta ciencia italiana, constituyó el punto de arranque de su nuevo Derecho penal. Así, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 <sup>3</sup>, aunque no recogiese ningún precepto que tratase de la concurrencia delictiva en los términos en que hoy se conoce la teoría del concurso <sup>4</sup>, sin embargo, y en línea con los postulados de

---

<sup>2</sup> En este sentido, cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 44-46; CANTARERO BANDRÉS, *Problemas penales y procesales del delito continuado*, 1990, pp. 23-26.

<sup>3</sup> En realidad la *Constitutio Criminalis Carolina* se puede considerar como el primer y único Código penal del Reich hasta 1870, a la que después se le fueron añadiendo las distintas Ordenanzas de Policía del Reich de los años 1530, 1548 y 1577. Sobre esta norma se asentaba el Derecho penal alemán común, si bien y al final de su preámbulo se recogía lo que se vino a denominar la “cláusula salvatoria”, porque mantenía en vigor los preceptos del derecho particular y el Derecho obligatorio.

<sup>4</sup> Vid. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 31-38, quien analiza el alcance que se dio al artículo 108 y especialmente al artículo 163 de la *Constitutio Criminalis Carolina* por la doctrina y la práctica alemana. Resalta este autor, el influjo que en la Constitución Carolingia tuvo la obra de BENEDICT CARPZOV, *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium* (1635), cuyo Capítulo III rezaba bajo el título “De cumulatione poenarum”. En el mismo, CARPZOV aceptaba de inicio el principio de acumulación de penas en tanto la naturaleza y clases de penas permitieran la concurrencia práctica de las mismas, y concedía una atención especial a la práctica judicial. Así, CARPZOV elaboró cinco reglas generales en virtud de las cuales el principio de acumulación debía ser sustituido por el de absorción o exasperación: 1.- en caso de pluralidad de delitos

los juristas italianos, estableció junto al principio de acumulación material de penas, los principios de absorción agravada y el de exasperación si bien para los supuestos de concurrencia de circunstancias agravantes. No obstante, ello resultaría decisivo en la práctica jurisprudencial de los siglos venideros, e incluso en los derechos territoriales posteriores <sup>5</sup>.

La importancia de esta norma para la concurrencia delictiva viene dada por el hecho de que en la misma se conseguía que en caso de concurrencia, aunque fuera sólo de circunstancias agravantes, no quedase limitada la consecuencia jurídica al principio de acumulación material de penas, y se abriese la puerta a otras posibilidades punitivas como podían ser las derivadas de un principio de absorción agravada o del de exasperación.

## **1.2.- El nacimiento de la Teoría del concurso. La obra de J.C. KOCH**

Aunque en la *Constitutio Criminalis Carolina* no se existiera ningún precepto sobre la concurrencia delictiva, fue sin embargo bajo su vigencia cuando hay que situar el nacimiento de la teoría del concurso. En efecto, los

---

cuando varios de ellos estuvieren sancionados con pena de muerte, sólo se impondría una de ellas; 2.- si concurriese la pena de muerte con penas corporales se sancionaría con la pena de muerte; 3.- caso de concurrencia de varias penas corporales, se castigaría con una sola de ellas; 4.- las penas corporales sólo admitían como accesoria la de relegación perpetúa; 5.- y por último, si concurriesen varios delitos leves se impondría una sola pena civil. Vid. las citadas reglas en GEERDS, *Zur Lehre*, 1961, p. 33, nota 212.

Como se puede comprobar tan sólo se trataba de hacer compatibles las penas que pudieran concurrir en un mismo sujeto pero no la consecuencia derivada de una concurrencia de delitos.

<sup>5</sup> Así, a título de ejemplo: el Código penal del Cantón de Freiburg de 1869 disponía en su artículo 67, que: “Cuando varios crímenes cometidos por el mismo individuo son sometidos a un mismo juicio, se aplicará solo la pena más grave. Los otros crímenes son considerados como circunstancias agravantes”. El artículo 68 continuaba diciendo que: “El mismo principio será aplicado si después de pronunciada la condena se descubre otro crimen por el cual el delincuente no haya sido juzgado”. Y por último el artículo 69 que disponía que: “Si por razón de su enlace, varios actos constituyen el mismo crimen, la pena se aumentará en una sexta parte”.

autores alemanes señalan a Johannes Christoph Koch <sup>6</sup>, como el fundador de la teoría del concurso en los términos que actualmente la conocemos <sup>7</sup>, pues este autor prescindió de la línea seguida por los prácticos italianos y distinguió por primera vez entre diversas modalidades de concurso de delitos según el sujeto los hubiera cometido con una sola acción o en una pluralidad de ellas.

Así, Koch distinguía entre el “concurso simultáneo”, en caso de que mediante una misma acción fueran varios los delitos cometidos por un mismo individuo, y “los concursos sucesivos”, si los delitos cometidos por un mismo sujeto procedían de diversas acciones. Y a su vez, estos últimos se diferenciaban según los delitos cometidos fueran de diversa clase (“concurso objetivo”), o bien los delitos fueran idénticos, en cuyo caso, podría dar lugar a un “concurso sucesivo continuado” si los actos delictivos se dirigían contra la misma persona o cosa, o “un concurso sucesivo reiterado” si las diferentes acciones recaían sobre objetos diversos <sup>8</sup>.

Para este autor, aquellos supuestos de concurrencia delictiva que procediesen de una misma acción debían ser sancionados mediante la aplicación de la sanción más grave (principio de absorción), frente a los supuestos de concursos sucesivos para los que se impondría la más severa de las penas impuestas, por encima del límite que le fuera propio (principio de exasperación), a excepción del concurso sucesivo continuado que se consideraba como un único delito <sup>9</sup>. En este último la identidad del delito cometido, del objeto material y del sujeto determinaban su naturaleza unitaria a pesar de la pluralidad de acciones llevadas a cabo.

---

<sup>6</sup> J. C. KOCH, *Institutiones juris criminalis*, 1758.

<sup>7</sup> Cfr. V. HIPPEL, *Das Verbrechen, Allgemeiner Teil*, t. II, 1930, p. 496; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 41-42; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, pp. 647-648; También en este sentido, en nuestro país, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 49.

<sup>8</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 41.

<sup>9</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 41.



Por tanto, ya no se trataba sólo de excepcionar la aplicación del principio de acumulación material por cuestiones de naturaleza práctica, ni de tener que negar la naturaleza plural de determinadas situaciones si la solución jurídica prevista fuera el de una pena única, sino de buscar soluciones jurídicas acomodadas a la realidad objetiva derivada de la forma de comisión de una pluralidad de delitos. De hecho, este autor no proponía para ninguno de los supuestos de concurrencia que hemos visto el principio de acumulación material de penas.

Es por ello, que este autor merezca ser calificado como el iniciador de la teoría del concurso de delitos, pues hasta el momento en que se propone esta clasificación de las distintas modalidades concursales, los autores y los legisladores de lo único que se habían preocupado era de compatibilizar la concurrencia de penas o de delimitar los supuestos de unidad de delito de los de pluralidad pero obviando las distintas formas en que dicha concurrencia podía presentarse. Es decir, que la concurrencia de delitos derivase de una única acción o de varias acciones, que se infringiera varias veces una misma norma penal o distintas normas penales, no había conseguido hasta dicho momento tener traducción alguna en la consecuencia jurídica.

Sin embargo, la clasificación de Koch sí prescinde de la compatibilidad de las penas concurrentes y llega incluso a suprimir el principio de acumulación material como sistema sancionador de la concurrencia delictiva, probablemente porque para él la concurrencia delictiva iba más allá de la simple suma de delitos. Y por ello distinguía entre los concursos de delitos producto de una sola o de varias acciones, proponiendo un sistema sancionador más benigno cuando la pluralidad de delitos resultase de la comisión de una sola acción.

No obstante, se observa como en dicha clasificación se omite la modalidad de concurso en la que con una misma acción se infrinja varias veces una misma norma penal, o lo que hoy se conoce como concurso ideal

homogéneo, y que tanta trascendencia tendría posteriormente en la doctrina alemana.

### **1.3.- La consagración legal de las formas concursales. El Código penal bávaro de 1813**

El mérito de haber consagrado legislativamente las diferentes categorías del concurso de delito sobre la base de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones le corresponde a Feuerbach<sup>10</sup>, encargado de elaborar el Código penal bávaro de 1823.

Así, el § 107 establecía entre los motivos de elevación de una pena “el concurso de crimen”. Y continuaba en el § 108 señalando lo siguiente:

*“Cuando muchos crímenes no castigados aun y cometidos por uno solo y mismo delincuente, resultan de tal suerte que debe fallar acerca de ellos un mismo Tribunal en un solo juicio, hay lo que se llama concurso de crímenes”.*

Añadía el § 109 que:

*“Si el mismo crimen ha sido reiterado contra varias personas o cosas, o el culpable ha cometido crímenes de especie diferente, con la ayuda de varias acciones, la pena de un crimen se unirá a la pena de otro crimen. Mas si esta reunión es imposible, no podrá ser*

---

<sup>10</sup> Pablo Anselmo von Feuerbach (1775-1833), conocido como el “fundador de la moderna ciencia del Derecho punitivo”, es llamado a Munich en 1805 al Ministerio de Justicia para preparar el Código penal de Baviera. Allí, elaboró el Código penal general para el Reino de Baviera de 16 de mayo de 1813, que posteriormente fue reemplazado por otro de 10 de noviembre de 1861, creándose así las bases del futuro Derecho penal alemán común.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847, distinguía en su obra entre los siguientes supuestos: Concurso simultáneo: infracción de diversas leyes penales “mediante una y misma acción o un acto ininterrumpido”.- Concurso subjetivo: infracción de varias leyes penales mediante pluralidad de acciones.- Concurso objetivo: la contravención de la misma ley penal mediante diversas acciones, distinguiendo a efectos de pena si las diversas acciones se dirigen a objetos diversos (delito reiterado), o si se dirigen contra el mismo (delito continuado).

De dicha clasificación quedaba nuevamente fuera la pluralidad de infracciones de una misma ley penal por medio de una misma acción.

*pronunciada pena más severa. En razón de esta imposibilidad se aplicará la más grave de las penas concurrentes, añadiendo el máximo legal de la agravación accesoria. Lo mismo sucederá cuando por razón de concurrir muchas penas privativas de libertad, la duración total de estas penas exceda los límites señalados por los artículos 13, 16 y 28 para cada especie de pena privativa de libertad”.*

Y el § 110 recogía lo siguiente:

*“Cuando un crimen hubiera sido cometido varias veces contra la misma persona, las diferentes acciones por las cuales el crimen hubiera sido continuado, no serán contadas mas que como un solo hecho; mas en la determinación de la pena serán consideradas como circunstancias agravantes en el límite del artículo 95. Cuando el culpable hubiese cometido varios crímenes al mismo tiempo y por una sola acción, no se le aplicará mas que la pena del crimen más grave, sin perjuicio de la disposición del artículo 65, n° 2”.*

Como se puede comprobar el texto legal comienza ofreciendo una definición de lo que había de entenderse por concurso de delitos (§ 108) y distingue según que mediante una sola acción se hubiera lesionado a un mismo tiempo una pluralidad de leyes penales (§ 110); bien que mediante varias acciones se lesionaran diversas leyes penales (§ 109); o mediante diferentes acciones se contraviniera una misma ley (§ 109). Distinguiendo en este último caso, según las diversas acciones se dirigiesen contra varias personas o cosas (§ 109) o estuvieran dirigidas contra la misma persona (§ 110), en cuyo caso ya no se daría una pluralidad de delitos sino un único delito, conforme a lo ya dicho por Koch.

De esta forma el StGB bávaro clasificaba por primera vez en la historia legislativa alemana distintas hipótesis concursales sobre la base del doble criterio del carácter homogéneo o heterogéneo de las lesiones legales y de que la pluralidad de infracciones provinieran de una misma acción o fueran fruto de una pluralidad de acciones independientes. No obstante, se obvia, como ya ocurriese en la obra de Koch o en la del propio Feuerbach, la referencia al

supuesto en que por medio de una misma acción se lesionara varias veces una misma ley, esto es, el concurso ideal homogéneo.

Por lo que se refiere al sistema sancionador aplicable a la concurrencia delictiva, el StGB bávaro y conforme a la tradición jurídica, pero apartándose de lo propuesto por Koch, estableció con carácter general, el principio de acumulación material de penas para cuando la pluralidad de lesiones procediera de la realización de varias acciones independientes. Pero esta acumulación que la ley bávara recogía no era ilimitada, pues se sustituía por una exasperación o agravación de la pena más grave impuesta ya fuera por la imposibilidad de aplicar conjuntamente distintas penas, o porque la suma de las penas excediera del límite establecido con carácter general a cada una de las penas privativas de libertad. Esto realmente resultaba interesante, pues la concurrencia delictiva ya no se presentaba como una simple adicción de delitos y con ello de penas, sino como una responsabilidad penal en términos globales que no debía rebasar los límites que el legislador tenía previstos para cada tipo de pena.

Y por otra parte, la lesión de las diversas leyes penales por medio de una sola acción o concurso ideal heterogéneo se resolvería mediante un principio de absorción simple en virtud del cual se impondría la pena del delito más grave.

Aunque a simple vista pudiera parecer que la elección de uno u otro sistema sancionador venía determinado por cuestiones de carácter práctico, lo cierto es que independientemente de la necesidad de sustituir el sistema de acumulación, se consagró un sistema diferente para sancionar las distintas modalidades concursales, incluso cuando el principio de acumulación no fuera de aplicación, pues en su lugar se impondría o bien el sistema de absorción agravada o bien el de exasperación, ambos más graves que el previsto para el concurso ideal, para el que tan sólo se preveía un sistema de absorción simple.

En definitiva, se ha de destacar que desde el primer momento en que se consagran legalmente las diversas hipótesis de la concurrencia delictiva, las

mismas se fundamentan en la unidad o pluralidad de acciones que realice el sujeto y correlativamente se imponen consecuencias jurídicas distintas dependiendo precisamente de este criterio diferenciador entre las mismas.

Esta misma línea sería la posteriormente seguida por el Código penal prusiano de 1851 <sup>11</sup>, y de éste pasó al Código penal del Imperio Alemán de 1871 <sup>12</sup>.

## **2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL EN LA DOCTRINA ALEMANA BAJO LA VIGENCIA DEL StGB ALEMÁN DE 1871. LAS TEORÍAS DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD**

El Código penal alemán de 1871 regulaba en la sección quinta de la primera parte la llamada “conurrencia de varias acciones punibles”, donde se

---

<sup>11</sup> Este Código Penal Prusiano, de 14 de abril de 1851, disponía lo siguiente: § 55.- “Cuando una sola y misma acción reúne los caracteres de varios crímenes o delitos, se aplicará la ley penal que imponga la pena más grave”. § 56.- “Cuando, por varias acciones distintas y existentes por ellas mismas, un individuo comete varios crímenes o delitos, se le aplicarán acumulativamente todas las penas que a los crímenes y delitos correspondan”. § 57.- “Esta disposición está sujeta a las restricciones siguientes: 1.- Si ha lugar a pronunciar acumulativamente varias penas temporales privativas de libertad, la duración de las penas así acumuladas no podrá en ningún caso exceder de veinte años; y si no se trata mas que de delitos, de diez años. 2.- Si las penas que se han de pronunciar acumulativamente difieren por su género, la pena más fuerte será solo pronunciada, mas la duración será disminuida. 3.- Podrá ser impuesta la pena de prisión por más de cinco años, pero en ningún caso podrá exceder de diez años”.

<sup>12</sup> Al aprobarse la Constitución de la Confederación de Alemania del Norte el 26 de julio de 1867, se atribuye al legislador de la federación toda la materia referente al Derecho penal. Así, el 17 de junio de 1868, Bismarck, como Canciller de la Confederación, solicita del antiguo Ministro de Justicia de Hannover, a la sazón de Prusia (Leonhardt) la preparación de un proyecto de Código penal. La base de este trabajo fue el Código penal de Prusia de 1851, que regía de hecho en la mayor parte de los territorios del Norte de Alemania, y que a causa del acercamiento de Baviera al elaborar su Código de 1861, siguiendo fundamentalmente el de Prusia, no era tampoco extraño en Alemania del Sur. El 15 de mayo de 1871 se promulga el Código penal para el Imperio.

Sobre el particular, Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 1935, pp. 63-64.

recogían las figuras del concurso ideal y real de manera diferenciada, y en concreto para el concurso ideal disponía el § 73 lo siguiente:

*“Cuando la misma acción infringe varias leyes penales, solo vendrá en aplicación la ley que sancione la pena más grave, y en caso de que las penas sean de especie distinta, la ley que sancione la especie penal más grave”*<sup>13</sup>.

De esta forma se mantenía la regulación de la concurrencia delictiva sobre la base de la unidad de acción y pluralidad de acciones que ya recogiera el Código penal bávaro de 1813 y de 1861, si bien ahora con carácter general para todo el territorio del Imperio alemán.

Fue bajo la vigencia de este Código y como consecuencia del tenor de la definición que de la figura del concurso ideal daba el mismo, así como por la falta de un precepto que regulase la concurrencia de leyes, lo que originó una importante y trascendental polémica doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del concurso ideal.

No obstante, Geerds<sup>14</sup> sitúa los albores de este debate mucho antes de la publicación de dicho Código, en concreto fija su punto de partida a principios del siglo XIX, en las posturas mantenidas por Kleinschrod<sup>15</sup> y F. C.

---

<sup>13</sup> El concurso real se regula en los §§ 74 a 79. Para esta modalidad concursal el § 74 establece la imposición de una pena conjunta consistente en el aumento de la pena más grave de entre las que proceda imponer al reo. Esta pena conjunta no podía alcanzar la suma de las diferentes penas aisladas ni exceder los máximos de pena señalados en los §§ 74 (párrafo tercero), 75 (párrafo tercero) y 77 (párrafo segundo). En el § 76 se establece un principio de combinación respecto de las penas accesorias y medidas de seguridad admitidas o preceptuadas por cualquiera de las infracciones en concurso. Para las penas pecuniarias y las penas privativas de libertad sustitutorias de las anteriores se acumulan, dentro de unos límites, según el § 78.

Conforme al § 79 las prescripciones de los §§ 74 a 78 deben aplicarse también cuando, antes de la extinción, prescripción o indulto de una pena impuesta, se produce una condena por una acción punible cometida antes de la anterior sentencia.

<sup>14</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 43. También, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 144, nota 118.

<sup>15</sup> KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, 1794-1796.

v. Savigny<sup>16</sup>. Así, Geerds, apunta que Kleinschrod consideraba que el concurso ideal constituía un supuesto de unidad de delito al que correspondía una sola pena principal, ya que en el mismo sólo podía apreciarse un dolo y un solo momento temporal. Por el contrario, v. Savigny, en su Disertación sobre la Concurrencia delictiva pronunciada en 1800, negaba que en los supuestos de concurrencia ideal se estuviera ante un solo delito<sup>17</sup>.

De esta doble postura sobre la naturaleza jurídica del concurso ideal como un único delito o como un supuesto de concurrencia delictiva surgieron las llamadas teoría de la unidad y de la pluralidad, cuyos respectivos postulados pasamos a analizar a continuación.

## **2.1.- La Teoría de la Unidad (*EINHEITSTHEORIE*)**

Se conoce como teoría de la unidad (*Einheitstheorie*) aquella que mantiene que en el concurso ideal, pese a la lesión de varias leyes penales, existe una sola acción, y en consecuencia, un solo delito.

Partían los defensores de esta tesis de que el “delito es acción”, y que la acción sólo podía definirse desde un punto de vista real o natural, es decir, como un cambio en el mundo externo atribuible a la voluntad humana<sup>18</sup>. Así lo

---

<sup>16</sup> F. C. v. SAVIGNY, *Dissertatio de concursu delictorum formali*, Marburg, 1800.

<sup>17</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 43. También, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 144, nota 118.

<sup>18</sup> Cfr. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, p. 145. En idéntico sentido consideran que en el concurso ideal sólo existe un delito: v. BELING, *Esquema de Derecho penal*, 11ª ed., 1930, p. 176; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 377; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, 1962, pp. 416-417; GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, vol. 2, 7ª ed., 1995, pp. 520-521.

También, BAUMGARTEN, en *Festgabe für R. v. Frank*, t. II, 1930, pp. 188-209, sostuvo la unidad delictiva del concurso ideal aunque desde una perspectiva diferente. Para este autor eran las propias finalidades de la pena las que venían a determinar la naturaleza jurídica de este concurso. Aplicando la teoría de la pena basada en la prevención general como coacción psicológica, señalaba que el delito aparecía como un proceso objetivamente dañoso a la comunidad, y también si se quiere como una realización típica. Por ello, le parecía lógico a Baumgarten que si

expresaba V. Liszt, para quien no se podría llegar nunca a conseguir una delimitación satisfactoria entre la unidad y pluralidad de hechos delictivos, si no se partía de la unidad de acción, y para ello era necesario sentar naturalmente las bases del concepto de acción desprovisto de sus características jurídicas relevantes. Para V. Liszt, cuando se tuvieran en cuenta esas características definitivas de la unidad de acción natural, sería cuando hubiese que probar si la unidad de acción jurídica se correspondía con la natural, y por ello concluía que: “El delito es acción. Pluralidad de delitos deberá ser siempre pluralidad de acciones; una acción natural puede ser tan sólo un hecho delictivo”<sup>19</sup>.

Así, cuando una única acción infringiera varias leyes penales se daría el llamado concurso ideal, pero no se trataría de un concurso de delitos porque acción sólo habría una. Ahora bien, el que la misma acción infringiera varias leyes penales no significaba que ese proceso unitario no debiera ser objeto de distintas valoraciones jurídicas, pero nunca llegaría a modificar el carácter unitario de la acción, y de ahí la naturaleza unitaria del concurso ideal, que venía definido sobre una única acción.

De esta forma, el concurso ideal se convertía en el auténtico concurso porque en el mismo iban a concurrir, no distintos delitos, pero sí distintas leyes que no se excluían y además resultaban todas ellas necesarias para valorar en su totalidad el supuesto de hecho. El concurso ideal era, pues, para los

---

alguien hubiese cometido una pluralidad de delitos se le impusiere una pluralidad de penas. Sin embargo, en el concurso ideal no se podría hablar de dos intenciones autónomamente deliberadas. Por el contrario, la unidad del momento formal de la culpabilidad en el concurso ideal, a diferencia de lo que acontece en el concurso real, había de excluir el sistema de acumulación de las penas, y obligar al legislador a tratar como unidad dicho comportamiento.

Con anterioridad también KÖHLER, *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, 1900, p.62 trató de fundamentar la distinción del concurso ideal del concurso de leyes en el elemento de la culpabilidad.

<sup>19</sup> Vid. V. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, 1886, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Tomo I, 1905, pp. 247 y 248.



defensores de esta tesis un concurso de leyes <sup>20</sup>. Por el contrario, lo que se conocía como concurso de leyes dejaba de ser tal concurso, porque en el mismo las leyes no concurrían sino que se excluían <sup>21</sup>.

En este contexto, resultan muy gráficas las expresiones que se utilizaban para denominar lo que hoy conocemos como concurso ideal y concurso de leyes. Por ejemplo, V. Liszt denominó al concurso ideal como “concurso aparente de delitos”, porque como hemos dicho en su opinión no concurrían delitos sino leyes y todas ellas eran necesarias para valorar el hecho aunque no hubiera más que un delito, y al concurso de leyes como “concurso aparente de leyes”, porque en el mismo no concurrirían ni siquiera las leyes ya que se producía un desplazamiento absoluto y total de las leyes que no eran de aplicación <sup>22</sup>.

Una confusión que no resultaba extraña teniendo en cuenta que tanto el supuesto del concurso de leyes como el del concurso ideal partían del mismo presupuesto, esto es, de la unidad de acción. Pero, además, la falta de regulación legal específica para el concurso de leyes y la pena única prevista en el § 73 del StGB contribuyeron también a que la delimitación entre ambas figuras fuera aún más difusa.

Desde esta teoría de la unidad cabía, pues, distinguir entre dos supuestos <sup>23</sup>. El primero surgía cuando entre todas las leyes que parecieran

---

<sup>20</sup> Vid. V. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, 1886, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, p. 248.

<sup>21</sup> Vid. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, p. 157; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 377, entendía que el concurso de leyes era un “concurso ideal aparente”.

<sup>22</sup> Cf. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, pp. 157-158. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 377. También, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 438, para quien en los casos de concurso de leyes sería preferible hablar simplemente de un desplazamiento de los tipos secundarios por el primario.

<sup>23</sup> Se constatan más supuestos sobre las posibilidades de combinación entre unidad-pluralidad de acciones y unidad-pluralidad de delitos pero sólo estos eran los problemáticos para la doctrina. Así, lo manifestaba V. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, 1886, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, p. 247, quien realizaba el siguiente esquema de posibilidades: 1)

infringidas, sólo una de ellas abarcarse el acto punible en todos sus aspectos, siendo su lógica consecuencia la aplicación exclusiva de dicha ley. Supuesto que se corresponde con la denominación generalmente aceptada de concurso de leyes o concurso de normas.

Y en segundo lugar, el concurso ideal cuyo ámbito de aplicación abarcaría a aquellos casos en los que, dadas las lagunas inevitables de la legislación penal, no existía un precepto que pudiera abarcar todos los aspectos de un acto punible. A estos supuestos, y sólo a ellos, sería de aplicación lo dispuesto por el § 73 del StGB alemán<sup>24</sup>.

En un primer momento, la interpretación que se llevó a cabo de este precepto consistió en entender que el mismo establecía la exclusiva aplicación de la ley más grave con un absoluto desplazamiento del resto de los preceptos concurrentes, o dicho de otra manera, “al delito único corresponde una sola y única pena”<sup>25</sup>.

Ello significaba que lo preceptuado por el StGB alemán tenía un ámbito de aplicación distinto del propio concurso de leyes, en tanto éste último quedaría en manos exclusivas de la interpretación que el aplicador del Derecho hiciera de las normas concurrentes, aplicando aquélla que cubriera la totalidad del hecho cometido y desplazando completamente al resto de las normas. Por el contrario, el § 73 del StGB aunque estableciera la aplicación de una única pena, lo cierto es que su aplicabilidad venía a resolver supuestos de hechos diferentes, esto es, aquéllos en los que con la aplicación de una sola de las

---

unidad de acción y unidad de delito; 2) pluralidad de acciones pero pluralidad de delitos; 3) Unidad de acción pero pluralidad de delitos; y 4) pluralidad de acciones y pluralidad de delitos. El primer caso, según señalaba este autor presentaba someras dificultades y apenas necesitaba de aclaración. El cuarto caso es el llamado concurso real, sobre cuya construcción existe casi unanimidad de opiniones. El segundo caso es el que se ha venido tratando reiteradamente en los últimos años pero que a pesar de las discrepancias, en lo fundamental se está llegando a un acuerdo. Pero “Vivamente cuestionado es, sin embargo, el tercer caso: el llamado concurso ideal”.

<sup>24</sup> Cfr. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, p. 159; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 391.

<sup>25</sup> Cfr. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, p. 156.

normas concurrentes no se cubría la totalidad del injusto del mismo. No obstante, y ante al tenor literal del precepto, éstos supuestos tendrían que venir sancionados con una única pena correspondiente a la norma que se eligiera, con exclusión también absoluta del resto, en cualquiera de sus posibles efectos.

En definitiva, se trataban de dos supuestos en principio distintos pero con idéntica consecuencia, y de ahí la confusión-identificación entre el concurso de leyes y el concurso ideal.

No obstante, los partidarios de esta postura inicial eran conscientes de que la diferencia debía trasladarse al momento de determinar la responsabilidad del sujeto y por ello consideraron necesario -aunque ello no tuviera repercusión en la cuantía de la pena a imponer- que el Juez declarara en sentencia la culpabilidad del sujeto sobre la base de las distintas leyes penales infringidas. Además, se exigía que en la sentencia quedaran expresados los motivos que hubiera conducido al Juez a elegir la única ley aplicable. Ahora bien, el hecho de que se declarara en sentencia la culpabilidad del sujeto por todas las leyes infringidas no significaba que se hubiera de otorgar papel alguno a las leyes menos graves en la fijación de la pena definitiva, pues no podrían ser tenidas en cuenta de ninguna manera en su determinación, ni siquiera en aquellos casos en los que la ley penal más rigurosa tuviera un mínimo inferior al de la más benigna. En idéntico sentido, las penas accesorias establecidas para las leyes penales menos graves tampoco podrían ser impuestas en caso de que la ley más severa no las llevare aparejadas.

Cuestión diversa constituía la acción reparadora del ofendido, pues tratándose de una cuestión civil, que no penal, sí podía determinarse teniendo en cuenta la totalidad del acto punible. Lo que en cierto modo venía a avalar que el hecho cometido iba más allá de la ley que hubiera resultado aplicable.

Sin embargo, la evolución que posteriormente siguió la doctrina y la jurisprudencia respecto al papel que en la determinación de la pena iban a tener los distintos preceptos que concurrieran, conseguiría en el fondo establecer las

diferencias fundamentales que existen entre una concurrencia exclusivamente de leyes (concurso de leyes) y una acumulación de preceptos penales infringidos (concurso ideal) mediante una única acción.

Más adelante se explicará esta evolución doctrinal y jurisprudencial que nos demostrará el porqué de esta afirmación. Pero antes conviene esbozar las líneas fundamentales que sostuvieron los partidarios de la teoría de la pluralidad.

## **2.2. La Teoría de la Pluralidad (*MEHRHEITSTHEORIE*)**

De forma completamente distinta a los defensores de la teoría de la unidad se pronunciaron los partidarios de la teoría de la pluralidad (*Mehrheitstheorie*). Éstos afirmaban que la lesión de una pluralidad de leyes penales implicaba, de modo necesario, la existencia de varios delitos. Esto es, el concurso ideal era para estos autores un auténtico concurso de delitos<sup>26</sup>.

Se oponían a la tesis de la unidad, sosteniendo que al delito pertenecía la acción, pero que el número de delitos en modo alguno tenía necesidad de coincidir con el número de acciones, pues de lo contrario, ante una pluralidad de infracciones siempre existiría una pluralidad de acciones<sup>27</sup>. Lo importante era pues el número de infracciones y no de acciones, pues, delito es igual a infracción de la norma, o con otras palabras habrá tantos delitos como infracciones de normas.

En este sentido manifestaba Binding que: “Lo que es o significa acción fuera del Derecho resulta irrelevante para este campo. Para su ámbito, la acción

---

<sup>26</sup> En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1079-1081, y las referencias bibliográficas recogidas sobre los partidarios de la teoría de la pluralidad.

<sup>27</sup> Así, FRANK, *Das strafgesetzbuch für das Deutsche Recht*, 18ª ed, 1931, comentario § 73, en donde manifestaba que es cierto que a todo delito pertenece una acción, un acto de voluntad. Pero de ahí no se desprende de ningún modo que el número de delitos haya de ser idéntico al de acciones.

no es otra cosa que la realización de un acto voluntario legalmente relevante; el delito es acción en cuanto propia realización de la decisión criminal y consagración del tipo criminal”<sup>28</sup>.

Una acción reclama importancia jurídico-penal sólo en cuanto ella se presente en determinados tipos penales; por lo mismo, unidad del hecho es unidad del tipo, no de la acción; y a la inversa, existe pluralidad de hechos cuando la misma acción satisface los requisitos de diversos tipos.

Siendo, pues, el delito lesión de la norma o realización del tipo, y la acción en la teoría del concurso un concepto meramente natural, se afirmaba que en el concurso ideal, al infringirse una pluralidad de leyes penales, se daba un auténtico concurso de delitos.

### **2.3. La evolución doctrinal y jurisprudencial de la Teoría de la Unidad**

La evolución jurisprudencial y doctrinal fue concediendo poco a poco un papel muy relevante a las leyes preteridas en la fijación de la consecuencia jurídica del concurso ideal.

Así, en un primer momento, V. Liszt aceptó la posibilidad de apreciar en sentencias posteriores la circunstancia agravante de reincidencia respecto de las leyes no elegidas, y ello precisamente como consecuencia de esa declaración de culpabilidad que se exigía fuera recogida en la correspondiente sentencia. Igualmente, quedaba eliminada la posibilidad de una persecución

---

<sup>28</sup> Cfr. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 565. V. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, 1886, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, p. 242, critica duramente a Binding por esta manifestación señalando que dichas frases resultan totalmente ingenuas, vanas, pues con ellas <<no vamos a ser más listos de lo que lo eramos antes, pues no captamos qué es lo que debemos entender por “realización propia” de la voluntad ni que significa que la voluntad “consagra un tipo criminal”>>. Por su parte BINDING, entiende que el concepto que de acción proporciona la teoría de la unidad, y en concreto por LISZT, “es un concepto no jurídico e inútil”, *op cit.*, pp. 566 y 567.

posterior de dichas leyes por efecto de la cosa juzgada de la sentencia <sup>29</sup>. No obstante, se trataban de efectos colaterales que en ningún caso afectaban a la determinación de la pena definitiva.

Pero esta evolución fue más allá dando lugar cada vez a consecuencias más importantes que trataremos a continuación. Comenzaré en primer lugar, por destacar el papel que iban adquiriendo en la valoración del hecho enjuiciado todas las leyes en concurrencia, distanciándose con ello la figura del concurso ideal de la del concurso de leyes. Lo que a su vez produciría consecuencias en la determinación de la pena definitiva de los delitos que concurrían idealmente y en la admisión de la figura del concurso ideal homogéneo.

#### **A.-Las diferencias entre el concurso ideal y el concurso de leyes. Valoración múltiple de las distintas leyes concurrentes en el único hecho enjuiciado**

Tras las primeras formulaciones de la teoría de la unidad sus postulados se modificaron defendiendo la idea de que si en un caso de concurso ideal ninguna de las leyes concurrentes cubrían la totalidad del injusto del hecho único, era porque el mismo requería de una múltiple valoración jurídica, por lo que no podía aceptarse la exclusión absoluta de las leyes menos graves, ni era suficiente que la valoración jurídica afectara únicamente a los aspectos colaterales de la pena, sino que la misma debía influir directamente en la fijación de la pena. Así, lo manifestaría v. Beling, quien al interpretar el § 73, señaló que: “el § 73 supone que se excluye la disposición penal más leve sólo con relación a la pena, y no con relación al carácter que imprime el hecho” <sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, pp. 158-159; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 378 y 389.

<sup>30</sup> Cfr. v. BELING, *Esquema de Derecho penal*, 11ª ed., alemana, 1930, p. 176. En el mismo sentido, MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 376 y 390.

Esto venía a poner de manifiesto que entre el concurso de leyes y el concurso ideal existía una diferencia trascendental que, aunque no llegara a traducirse completamente en su consecuencia jurídica como en un auténtico concurso de delitos con la imposición de una pluralidad de penas, sí debía tener su reflejo. Esta apreciación resultaba muy importante, porque suponía un acercamiento del concurso ideal a los verdaderos concursos de delitos, aunque no llegara a declararse como tal, y porque lo relevante en esos momentos ya dejaba de ser la unidad de acción y pasaba a un primer plano la pluralidad de valoraciones jurídicas de la que era merecedor el hecho enjuiciado.

Así, si el § 73 sólo excluía las penas de las disposiciones más leves pero no la múltiple valoración del hecho conforme a todas las leyes infringidas, podía defenderse la obligación del juez de declarar la culpabilidad del autor por todas y cada una de las leyes infringidas, dado que ninguna de ellas resultaba excluida, a diferencia de lo que sucedía en los casos de “concurso de leyes”, para los que la aplicación exclusiva de la ley elegida suponía la totalidad de la consecuencia jurídica merecedora del hecho.

En realidad, tanto desde la teoría de la unidad como de la pluralidad se partía de una necesidad de valorar de forma plural el hecho, si bien esta múltiple valoración no significaba para la primera que se modificara el número de acciones delictivas ni con ello el número de delitos; al ser la acción siempre la misma e independientemente de sus características que eran las que obligaban a valorarlas de forma plural, la unidad de delito se debía mantener. Por eso criticaban a los partidarios de la teoría de la pluralidad, quienes al considerar que el concurso ideal era un concurso de delitos, estaban multiplicando a través de las normas el mismo objeto (acción). Así por ejemplo, v. Liszt rebatía a Binding el que fuera apreciable un concurso ideal entre un delito de incesto y otro de adulterio cuando un hombre casado mantuviese relaciones sexuales con su propia hija, pues para el primero de los autores citados el coito seguiría siendo único a pesar de que fuese con una hija

y estar además casado, pues éstas serían características de una misma y única acción, el coito, pero no dos acciones o dos coitos. Sin embargo, Binding entendía que en dicho ejemplo se daban dos hechos distintos porque no era lo mismo mantener relaciones sexuales con una hija que con un extraño y por tal razón se atentaba a dos leyes distintas. Por el contrario, para v. Liszt se trataba de un mismo hecho ya que las distintas cualidades de una cosa podían constituir por sí mismas el objeto de una valoración jurídica sin que por ello supusiese la multiplicación del mismo hecho <sup>31</sup>.

### **B.- Del principio de consunción al sistema de combinación de penas. Efectos de la múltiple valoración de las leyes en la determinación de la pena definitiva**

Un paso adicional fue el aceptar que la múltiple valoración del hecho debía de reflejarse también en la medición de la pena, en tanto en cuanto dicha pena habría de extraerse de la disposición penal más grave, la cual por causa de su mayor gravedad, asumía simultáneamente la función de la más leve. De esta forma, para Beling la regla del § 73 respondería no a un principio de “consunción” por el que la exclusión del resto de los preceptos fuera absoluta, tal y como en un primer momento pretendió v. Liszt, sino a un principio de “absorción”, en virtud del cual la exclusión sólo sería de la pena que no de la ley <sup>32</sup>.

Posteriormente, se pasó a considerar que las disposiciones más benignas habrían de ser tenidas en cuenta como una circunstancia agravante en la pena prevista por la ley más severa (absorción agravada), y a continuación, también se otorgarían a las leyes menos graves otros efectos; como por ejemplo, el que

---

<sup>31</sup> A este respecto, vid. v. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch*, 1886, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, pp. 243 y 244. También como Binding, GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Tratado de Derecho penal*, vol. 2, 7ª ed., 1995, pp. 520 y 521.

<sup>32</sup> Cfr. v. BELING, *Esquema de Derecho penal*, 11ª ed., 1930, p. 176.



si la pena absorbida tuviera un límite mínimo más elevado que el de la pena más grave, la pena definitiva no podría nunca descender por debajo de aquel mínimo (efecto obstructor o de clausura u oclusivo de la pena de la ley menos grave). E igualmente, las medidas que no fueran penas se podrían acumular indistintamente, extrayéndolas de cualquiera de las disposiciones (efecto complemento del tipo menos grave)<sup>33</sup>. De esta forma, se pasaría de proponer un principio de absorción agravada a un verdadero sistema de combinación, más propio de un concurso de delitos que de un concurso de leyes.

Con todo ello, se pretendía reflejar la múltiple valoración del hecho en la única pena que debía aplicarse según lo dispuesto en el § 73<sup>34</sup>, lo que merecía un juicio positivo pero, a su vez, también negativo. Si con una sola ley no es posible abarcar todos los aspectos del acto punible, la determinación de la consecuencia jurídica del mismo en atención a la concurrencia de los distintos preceptos penales merece una valoración positiva, pues en caso contrario se estaría incurriendo en una injusticia al dejar de sancionar determinados aspectos punibles del propio hecho.

Pero por otra parte, lo cierto es que el § 73 del StGB alemán no preveía un sistema ni de absorción agravada ni de combinación sino la imposición de

---

<sup>33</sup> Cfr. v. BELING, *Esquema de Derecho penal*, 11ª ed., 1930, p. 177. También, MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 390-391, quien reconocía que aunque según el tenor de la ley, no se podría tener en cuenta las leyes menos graves como circunstancia agravante de la pena elegida, ni las penas accesorias de la ley menos severa, ni el mínimo más elevado de la ley menor, sin embargo, para los casos de concurso ideal debía regir un principio de absorción agravada como la consecuencia más justa. También, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 455, para quien esta forma de proceder respondía a un principio de exasperación facultativa limitada por el límite máximo de la pena más grave que nunca podía resultar rebasado.

<sup>34</sup> Al margen de los efectos señalados en el texto, la valoración jurídica plural de una misma acción llevaba aparejada otras consecuencias. Así, por ejemplo, en el orden procesal, la declaración de culpabilidad de todos los tipos tomados en consideración extinguía el derecho a la acción penal respecto de los tipos menores. Igualmente era posible la concesión de una amnistía de los tipos menos graves, puesto que a la misma, se decía, lo que interesaba no era la acción sino su valoración, por lo que podía limitarse a algunos de los tipos concurrentes idealmente. Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 459.

una única pena correspondiente a la ley penal más grave y por consiguiente, la respuesta jurídica que para estos casos se imponía era una consecuencia jurídica *contra legem* que infringía el principio de legalidad del Derecho penal, máxime cuando las consecuencias para el reo no eran precisamente favorables sino, por el contrario, constituían una consecuencia jurídica mucho más grave que la prevista por la ley <sup>35</sup>.

### **C.- Consecuencias de la evolución doctrinal y jurisprudencial en la admisión de la modalidad de concurso ideal homogéneo**

Por otra parte, esta construcción del concurso ideal como unidad de delito con pluralidad de valoraciones jurídicas tuvo también su repercusión en cuanto a la admisión del concurso ideal homogéneo, esto es, cuando una misma acción infringe varias veces la misma ley penal.

Así, para v. Liszt, no cabía entender comprendido en el tenor literal del § 73 al concurso ideal homogéneo, ya que en dicho precepto se hablaba de una misma acción que infringe varias leyes penales. Estos casos, como supuestos igualmente de unidad de delito, e independientemente de que se hubieran producido una pluralidad de resultados por una misma acción, merecerían una única pena, si bien la pluralidad de resultados podía tomarse en consideración para individualizar la pena, pero dentro del marco penal <sup>36</sup>. Ciertamente, no

---

<sup>35</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 172, quien ponía de manifiesto esta clara infracción del principio de legalidad en la aplicación de un sistema de combinación para el concurso ideal en contra de lo dispuesto por el § 73 del StGB alemán, y con referencias a autores alemanes que aceptaban tal infracción.

<sup>36</sup> Cfr. v. LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., t. III, p. 156. En el mismo sentido, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, pp. 448 y 458, para quien el repetido cumplimiento del mismo tipo no podía modificar los contornos del concreto delito, si bien proponía que en la sentencia se hiciera mención del número de resultados producidos a fin de poderlos luego tener en cuenta en la concreta determinación de la pena. Esta mención del número de resultados producidos con la misma acción no significaba, sin embargo, que se hubiera de realizar una declaración

podía ser de otra manera en consonancia con la teoría de la unidad mantenida por v. Liszt. Sin embargo, desde la teoría de la pluralidad dicha modalidad era perfectamente posible.

Por su parte, Mezger, defensor igualmente de la teoría de la unidad, sin embargo entendió que no existía inconveniente alguno en admitir esta posibilidad porque en dicha modalidad también se daban las características del concurso ideal, esto es, una misma situación de hecho que caía bajo distintas posibilidades de valoración jurídica, sólo que estas distintas posibilidades de enjuiciamiento no eran en estos casos cualitativamente distintas, como en el concurso ideal heterogéneo, sino sólo cuantitativamente diversas desde el momento en que la misma valoración jurídica necesitaba de una valoración plural<sup>37</sup>.

#### **D.-Conclusiones y valoración personal de la evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría de la unidad**

De todo lo anterior se puede concluir que la consecuencia jurídica a la que se llegó a través del camino recorrido por la doctrina y la jurisprudencia no conseguía definir la naturaleza jurídica del concurso ideal. Por el contrario, el fijar el concepto de delito sí que era determinante para consagrar la naturaleza del llamado concurso ideal, pues si el delito es acción, cuando exista una acción natural, independientemente de las valoraciones jurídicas que merezca, cabe apreciar irremediamente un solo delito. Sin embargo, si el delito es infracción de la norma, la pluralidad de valoraciones jurídicas de una única acción consagraría al concurso ideal como un auténtico concurso de delitos,

---

de culpabilidad por todos ellos como en los casos de concurso ideal heterogéneo, pues como se ha señalado para este autor la realización plural del mismo tipo no era posible.

<sup>37</sup> Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 375-376.

dada la pluralidad de las infracciones concurrentes aun cuando se dé una acción.

El que la consecuencia jurídica para los supuestos en los que una misma acción infringiera varias leyes penales se modificara a través de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en el sentido que hemos visto, y sin perjuicio de que infringiera el principio de legalidad, en mi opinión resultaba adecuada al verdadero contenido de injusto del acto punible. Si bien no venía a reconocer con claridad la verdadera naturaleza jurídica del concurso ideal, ya que podía entenderse que se trataba de una mera concurrencia de leyes, en la que todas ellas eran tenidas en cuenta para la fijación de una única pena, pero no de que el único hecho fuera constitutivo de una pluralidad de delitos. Si el delito seguía definiéndose como acción, al existir una sola acción, sólo un delito existía. Es decir, el problema para definir la concurrencia ideal derivaba de la definición de delito, y no de la consecuencia punitiva, y aún reflejando en ésta la concurrencia de las distintas leyes si el concepto de delito seguía siendo el de ser equivalente a una acción, el concurso ideal no tendría naturaleza plural.

Sin embargo, si el acento se ponía, como hicieron los partidarios de la teoría de la pluralidad en las valoraciones jurídicas del hecho, la pluralidad de las mismas no sólo fundamentaría la pena creada a partir de las distintas normas como hiciera la teoría de la unidad, sino que el concurso ideal ya no sería sólo una concurrencia de leyes sino una concurrencia de delitos.

En realidad, en lo que derivó esta evolución jurisprudencial y doctrinal fue que el concurso ideal fuese tratado como un auténtico concurso de delitos, lo que resultaba más acorde con la concepción que del mismo tenía la teoría de la pluralidad que el que sostenía la teoría de la unidad.

De hecho, sólo desde la perspectiva de los partidarios de la teoría de la pluralidad podía justificarse que el juez quedara obligado a declarar en sentencia la culpabilidad por las distintas lesiones legales, lo que por el contrario carecería de sentido si existía un único delito.

Igualmente si no concurrían varios delitos no se justificaba la aplicación del sistema de combinación como sistema de determinación de la pena, pues si sólo existe un delito, el resto de las posibles leyes infringidas no debían tener repercusión alguna en la pena final. Si no había más que un delito, el contenido de injusto del mismo debía quedar suficientemente valorado con la aplicación de una sola de las leyes infringidas. Si no era así, es porque para su valoración se requería de más de una ley y entonces no se daba un concurso de leyes sino de delitos.

Y del mismo modo y como consecuencia de lo anterior sólo sería posible la apreciación de la circunstancia agravante con posterioridad a dicha condena cuando se hubiera afirmado la presencia de un delito anterior, aunque tan sólo se hubiera impuesto la pena del delito más grave.

En definitiva, los efectos que los tipos de menor gravedad podrían producir sólo se podían justificar desde la aceptación de la pluralidad de delitos en concurrencia ideal.

Por todo ello, reitero que lo que significó la transformación de la consecuencia jurídica fue más allá de una simple adecuación de la consecuencia jurídica al hecho, pues supuso reconocer que el delito era infracción de la norma y en consecuencia que si en el concurso ideal se infringían varias normas, concurrían varios delitos.

Ahora bien, si el delito se entendía así, entonces podría también llegarse bien a la conclusión de que el número de acciones era irrelevante o bien entender que como parte o elemento del delito que es, el número de las mismas debían tener su reflejo en la consecuencia jurídica. De aceptar la primera afirmación, la consecuencia inmediata que se derivaría sería la de que no existe diferencia alguna entre el concurso ideal y el concurso real; mientras que de atender a la segunda, el concurso ideal y el real serían dos formas concursales distintas merecedoras por tanto de consecuencias jurídicas diferentes.

Tan es así que durante el período de reforma del StGB alemán se propuso por un importante sector de la doctrina de aquel país el que se suprimieran las dos modalidades concursales –real e ideal-, y se reclamaran que fueran unificadas y sancionadas con la misma consecuencia jurídica <sup>38</sup>.

### **3.- EL PERÍODO REFORMADOR ALEMÁN**

En efecto, durante el período de reforma un grupo de autores quisieron unificar el sistema sancionador para la concurrencia delictiva <sup>39</sup>, abogando unos por el establecimiento de un sistema de absorción, otros por un sistema de

---

<sup>38</sup> Vid. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 822 y 835, y el estudio que al respecto efectúa sobre las ventajas de unificar la sanción a todos los supuestos concursales y su consecuencia respecto del principio *non bis in idem*. Vid. *infra*, Capítulo X, 2.1.

También, vid., SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 93-96, que sitúa el punto de partida de esta discusión el Proyecto de Radbruch de 1922, en el que se unificaba el tratamiento del concurso ideal y real, partiendo del principio de combinación de marcos penales.

<sup>39</sup> Partidarios de la unificación del sistema sancionador para las distintas modalidades concursales, por ejemplo: HABERMAAS, *Die IdealKonkurrenz der Delikte*, 1882, p. 80; BINDING, *Handbuch des Strafrecht*, 1885, p. 571; H. MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, p. 414; JESCHECK, en *ZStW*, t. 67, 1955, p. 543; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 424-432 y 440. Este último señalaba que ante la dificultad de descomponer el comportamiento humano, que se desarrolla en un continuo devenir de difícil escindibilidad, obliga a enjuiciar al mismo de una forma unitaria sobre la persona del delincuente, reuniendo en una única pena las diferentes infracciones cometidas. Recordemos que por esta razón Geerds consideraba que la teoría del concurso sólo podía tener cabida en la teoría de la pena. No siendo necesario apreciar diferencia alguna entre la concurrencia ideal y la real y siendo valoradas de igual forma no tiene sentido su estudio en la teoría del hecho punible, que nada tendría que aportar. Vid. *supra*, Capítulo I.

En otro sentido: MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 394, critica la imposición de una única pena para todas las modalidades concursales pero señala que sin embargo, está de acuerdo en que se produzca una aproximación de las dos formas del concurso, a fin de que en el concurso ideal fueran tomadas en cuenta todas las leyes infringidas. También propone mantener la distinción entre ambas modalidades concursales, DOHNA, en *Reform des Reichstrafgesetzbuchs*, t. I, 1910, p. 426.

Sobre el particular, vid. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logischen Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*, 1979, p. 9 y ss.; CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 822-825.

pena global (*Gesamtstrafe*)<sup>40</sup>, e incluso se llegó a proponer un principio de combinación distinto (*Einheitsstrafesystem*), conforme al cual se pretendía prescindir de calcular las penas individuales de cada una de las infracciones en concurso y crear un nuevo marco penal más o menos amplio que permitiera fijar una pena única, adecuada a cada caso en atención a la culpabilidad del sujeto. Esta última propuesta se la denominó como “sistema de pena unitaria”<sup>41</sup>.

En definitiva lo que este sector doctrinal pretendía era el establecer el mismo sistema sancionador para todos los casos de concurrencia, esto es, un sistema unitario de pena, si bien para algunos de los autores, como por ejemplo para Jescheck<sup>42</sup>, esta solución no debía suponer el desconocer las diferencias conceptuales existentes entre el concurso ideal y real. Ahora bien estas diferencias no tendrían reflejo en la consecuencia jurídica.

---

<sup>40</sup> Este sistema de pena global consiste en la creación de un marco penal propio para la concurrencia delictiva, partiendo de los marcos penales de las singulares infracciones y combinándolas. De esta forma, el mínimo del nuevo marco penal lo conformaría el más alto de los mínimos previstos para las diversas infracciones, mientras que el máximo del marco penal conjunto coincidirá con el máximo más elevado de los respectivamente combinados.

Vid. sobre este sistema, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 33, MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. 2, traducción de la 7ª ed., alemana, 1995, pp. 598-601.

<sup>41</sup> Así, JESCHECK, en *ZStW*, t. 67, 1995, pp. 543-544; JACKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 864.

Este “sistema de pena unitaria” como tal no es lo mismo que el “sistema unitario de pena”. El primero es una forma de determinar la consecuencia jurídica que corresponde a una concurrencia delictiva, mientras que el sistema unitario de pena se refiere a una opción de política criminal por el que se establece un mismo sistema sancionador, el que sea, para las dos modalidades concursales, ideal y real. Por tanto todos estos autores que proponían un mismo sistema eran partidarios de esta opción criminal de un sistema unitario de pena, y dentro de este sector unos abogaban por un sistema de pena unitaria, en el que la pena resultante prescindía de la prevista para las distintas infracciones concurrentes y otros buscan una pena deducida de las previstas de forma individual para cada una de las mismas, ya fuera a través de un sistema de combinación o de acumulación. Vid., al respecto, *infra*, Capítulo X, 2.

<sup>42</sup> Cfr. JESECHECK, en *ZStW*, t. 67, 1955, p. 538.

Esta propuestas, sin embargo no se trasladaron a todos los proyectos reformadores <sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, el Anteproyecto de Código penal de 1909 y el Proyecto de 1919 mantuvieron las diferencias entre ambas modalidades concursales. En concreto y según expone CUELLO CALÓN, *El Proyecto de Código penal alemán de 1919*, 1924, pp. 38- 40, y 97-99, para el concurso ideal disponía el Proyecto de 1919 en el § 32 que cuando al mismo hecho sean de aplicación varias leyes penales, se aplicará la pena según la ley que imponga la pena más grave; en el caso de que fueren aplicables diversas clases de penas, se impondrá la que establezca la clase de mayor gravedad; pero la pena nunca será inferior, ni en cantidad ni en clase, a la prescrita en cualquiera otra de las leyes aplicables. Las penas accesorias, las responsabilidades provinientes del delito, así como las medidas de corrección y de seguridad, se impondrán, o podrán imponerse, cuando se hallen prescritas o permitidas por alguna de las leyes aplicables. Pero lo más importante de este Proyecto quizás no venía por la regulación que al concurso ideal se daba en tanto no distaba mucho de la regulación vigente sino de lo declarado en su Exposición de Motivos, en la que se decía que con la regulación del concurso ideal se establecía el límite entre esta figura concursal y el concurso de varias leyes penales, pues hay concurso ideal, añadía, cuando a un mismo hecho son aplicables varias leyes penales y hay concurso de varias leyes cuando a un mismo hecho es aplicable el texto de varios preceptos penales, pero de los cuales sólo uno es aplicable merced a especiales circunstancias internas del precepto.

Para el concurso real, denominado “conurrencia de varios hechos punibles”, distinguía el Proyecto de Código penal de 1919 entre dos casos: que la concurrencia de varios hechos punibles diera lugar a la imposición de varias penas privativas de libertad, o que diese lugar a la imposición de varias penas pecuniarias. En el primer caso, al que a consecuencia de varios hechos punibles incurra en varias penas temporales de privación de libertad, se le impondría una pena global que se formaría de aumentar la más grave de las penas impuestas, que en ningún caso llegará a la suma de cada una de las penas correspondientes, ni excederá de quince años. Además de la pena total se impondrá, o podrá imponerse, las penas accesorias, las responsabilidades provinientes del delito y las medidas de corrección y seguridad cuando estén prescritas o permitidas por alguna de las leyes aplicables (§ 33). La razón de la adopción de este sistema es explicada por la Exposición de Motivos del Proyecto que considera que la pena de privación de libertad es más dolorosa cuanto más duradera; así que la acumulación de todas las penas de privación de libertad en que ha incurrido el condenado le afligiría de un modo excesivamente grave. No obstante, este principio general presentaba una excepción en el caso de que la pena de reclusión concurriese con la de prisión; pues entonces se aplicarían por separado (§ 34). La causa de esta excepción consiste en que la pena de reclusión es una pena de un carácter especial respecto de las demás de privación de libertad admitidas en el proyecto. Pero si las que concurren son varias penas de reclusión, se vuelve a observar el principio general formándose una pena global. En el caso de penas de prisión y de reclusión, la duración total de la pena no excederá de quince años según el § 34.

En el segundo caso, referido a las penas pecuniarias, el Proyecto se inspira en un sistema de acumulación material, imponiendo todas y cada una de las que el



---

penado haya incurrido. Así dice el § 35: “En el caso de imposición de varias penas pecuniarias se impondrá cada una separadamente”. Lo mismo sucede cuando las penas pecuniarias se transforman subsidiariamente, por insolvencia, en penas privativas de libertad; pero en tal caso la duración máxima de estas penas no podrá exceder de dos años (§ 35).

Además prevé este Proyecto de Código penal que todas estas reglas relativas al concurso real (§§ 33 a 35) se aplicarían también cuando antes de la prescripción, de la ejecución o de la remisión de una pena, recaiga condena por un hecho punible ejecutado con anterioridad a la primera sentencia (§36).

En el mismo capítulo (Capítulo 7º “Concurrencia de varias infracciones” del Libro I “crímenes y delito”. Parte General), se incluye un último § dedicado al delito continuado, disponiendo que “Cuando diversos actos de una persona constituyan un delito continuado, la pena se determinará atendiendo al conjunto de la actividad punible” (§ 37).

Los Proyectos de 1925 (§ 63) y 1927 (§ 65), renunciaron a establecer las diferentes modalidades concursales sobre la experiencia práctica del Código penal austriaco. Y en idéntico sentido se redactó el Proyecto de 1930 (§ 65).

Cabe señalar que en este último Proyecto se incluyó una referencia al concurso ideal homogéneo. En concreto, el § 65 del Proyecto de 1930 disponía que: “Si son aplicables varias leyes penales al mismo acto, o si mediante el acto ha sido infringida varias veces la misma ley penal o ha cometido alguien varios actos independientes que deben ser juzgados al mismo tiempo, solo se impondrá una pena.”

Igualmente, mantenía diferentes sistemas sancionadores para el concurso ideal y real el Proyecto Oficial de reforma de 1962. Sobre el particular, vid. ARROYO ZAPATERO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, 1981, pp. 309-343; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 93-96. También sobre el período reformador del StGB alemán y las propuestas para el tratamiento sancionador de las diferentes modalidades concursales, vid. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 822-830

Por el contrario sí se unificó el tratamiento en el Proyecto Alternativo alemán de 1966 disponía en el § 64 lo siguiente: “(1). Si el mismo hecho punible infringe varios preceptos penales o el mismo precepto en diversos modos, o si se juzgan simultáneamente varios hechos punibles del mismo autor, se dictará una pena única. Esta será la que corresponda al precepto penal que prevea la pena más grave. La pena a imponer no podrá ser inferior a los marcos penales de los demás preceptos infringidos. Se debe o se puede condenar a prohibición de conducir, a medidas de corrección y seguridad y a consecuencias accesorias cuando uno de los preceptos penales las prescriba o autorice.

(2) La pena ha de agravarse en la medida adecuada. Para ello el grado mayor del marco penal establecido en el párrafo 1, frase 2, puede ser sobrepasado hasta la mitad de su máximo, pero no podrá superar el grado máximo legal de la respectiva clase de pena”.

Vid. ARROYO ZAPATERO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, 1981, p. 332.

#### **4.- EL StGB ALEMÁN DE 1975**

La reforma definitiva que dio lugar al vigente Código Penal de 2 de enero de 1975, mantuvo el sistema tradicional y distingue pues, entre el concurso ideal y real sobre la base de la unidad y pluralidad de acciones, para los que se prevén regímenes sancionadores diferentes <sup>44</sup>. Igualmente en la normativa vigente se contemplan las dos modalidades de concurso ideal, esto es, cuando una misma acción infringe varias veces la misma norma penal (concurso ideal homogéneo) o distintas normas penales (concurso ideal heterogéneo). Pero se prescinde como en la regulación que le precede de regular el concurso de leyes.

En concreto el Capítulo III (“Cálculo de la pena en caso de concurrencia de leyes violadas”), de la Sección Tercera dedicada a las Consecuencias jurídicas del hecho, regula el concurso ideal en el § 52 de la siguiente manera:

*“I. Cuando la misma conducta quebrante varias leyes penales o la misma varias veces, se condenará solo con una pena”.*

*II. Cuando sean quebrantadas varias leyes penales, se determinará la pena de acuerdo a la ley que imponga la pena mayor.*

*III. El tribunal, específicamente, y bajo los presupuestos del §41, podrá imponer una multa junto a la pena privativa de libertad.*

*IV. Cuando una de las leyes aplicables permita la pena patrimonial, el tribunal podrá específicamente condenar a ella junto a una pena privativa de libertad de por vida o temporal de más de dos años. En los demás casos deberá o podrá condenar a penas accesorias, efectos accesorios y medidas (§ 11, apartado I, número 8), si una de las leyes aplicables lo prescribe o permite”* <sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> En este sentido HIPPEL, *Das Verbrechen. Allgemeiner Lehren*, t. II, 1930, p. 509, nota 3, señalaba que las mociones que propugnaban la supresión de la diferencia entre el concurso ideal y el concurso real fueron rechazadas unánimemente por la Comisión de Derecho penal después de una discusión a fondo.

<sup>45</sup> Para el concurso real el § 53 prevé lo siguiente: “I. Cuando alguien haya perpetrado varios delitos que sean juzgados simultáneamente, y por ello se le deban aplicar varias penas privativas de libertad o varias penas de multa, se le condenará a una pena conjunta.

## **5.- LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ALEMANA ACTUAL ANTE LAS TEORÍAS DE LA UNIDAD Y PLURALIDAD. LA FUNCIÓN CLARIFICADORA DEL CONCURSO IDEAL**

Actualmente, la doctrina alemana resta importancia a la polémica que se planteó entre los partidarios de la teoría de la unidad y de la pluralidad, y

---

II. Cuando concurra privación de libertad con multa, se aplicará una pena conjunta. No obstante, el tribunal podrá también condenar específicamente a multa. Cuando deba en estos casos, por varios delitos, imponerse multa, se condenará del mismo modo a una multa conjunta.

III. Cuando el autor, conforme al § 43 a o, en el caso del § 52, apartado IV, incurra en una pena privativa de libertad de por vida o una temporal de más de dos años como única pena, el tribunal podrá imponer específicamente una pena patrimonial junto a la pena conjunta formada de acuerdo a los apartados I ó II. Cuando se deba en estos casos, por varios delitos, imponer pena patrimonial, se condenará del mismo modo a una pena patrimonial conjunta. Procederá aplicar el § 43 a, apartado III.

IV. El § 52, apartados III y IV segunda parte, deberá aplicarse convenientemente”.

La formación de la pena conjunta se establece en el § 54 de la siguiente manera: “ I. Cuando una de las penas particulares sea una pena privativa de libertad de por vida, se condenará a la pena privativa de libertad de por vida como pena conjunta. En todos los demás casos se formará la pena conjunta por aumento de la pena más alta en la que se incurra, en el caso de penas de distinta clase, por el aumento de su clase según la pena más grave.

II. La pena conjunta no podrá alcanzar la suma de las penas particulares. No podrá exceder, en el caso de penas temporales, de quince años; en el caso de penas patrimoniales, del valor del patrimonio del autor y, en el caso de multa, de setecientos veinte días-multa. Procederá el § 43 a, apartado I, tercera frase.

III. Cuando se deba formar una pena conjunta con privación de libertad y multa en la determinación de la suma de las penas particulares corresponderá un día-multa a un día de privación de libertad”.

Por su parte el § 55 (concurso posterior) añade que: “I. Los §§ 53 y 54 también deberán aplicarse cuando un condenado por sentencia firme, antes de que la pena contra él reconocida se aplique, prescriba o se condene, es condenado por otro delito que él perpetró antes de la condena anterior. Se considerará condena anterior la resolución en el proceso anterior en el que por última vez pudieron ser probados los fundamentos de hecho.

II. Las penas patrimoniales, penas accesorias, resultados accesorios y medidas (§ 11, apartado I, número 8) a los que se condenó en la resolución anterior deberán mantenerse, en la medida en que por la nueva resolución no quede sin objeto. Esto también, será válido cuando la cuantía de la pena patrimonial a la que condenó en la resolución anterior exceda el valor del patrimonio del autor en el momento de la nueva resolución”.

señalan, como Jescheck <sup>46</sup>, que en realidad la misma quedaba reducida a una mera cuestión estructural sin importancia práctica <sup>47</sup>. Y no tenía importancia práctica porque, según se señalaba por los autores citados ambas doctrinas para aprehender el total contenido de injusto de la conducta tenían en cuenta en la determinación de la pena definitiva todas las disposiciones concurrentes.

Sin embargo, en mi opinión esta afirmación no resulta del todo cierta, porque dicha polémica no concluyó únicamente en conseguir una consecuencia jurídica más justa para el concurso ideal sino que condujo a otras muchas consecuencias.

En efecto, con la teoría de la unidad la figura del concurso de leyes adquiere unas dimensiones tanto prácticas como dogmáticas muy distintas a las que alcanza desde la teoría de la pluralidad. Aunque en un principio los partidarios de la teoría de la unidad quisieron distinguir entre ambas concurrencias, lo cierto es que la evolución doctrinal y jurisprudencial más que distinguir conceptualmente ambas figuras llevó a aparejarlas <sup>48</sup>.

Así, en un primer momento los defensores de esta teoría sostenían que en un concurso de leyes debía regir un principio de exclusión absoluta del precepto desplazado, en virtud del cual éste no podía desplegar efecto jurídico alguno, esto es, ni podría intervenir en la averiguación y determinación de la pena, ni podía producir efectos procesales, y mucho menos fundamentar declaración de culpabilidad alguna <sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 657.

<sup>47</sup> En el mismo sentido se han manifestado: GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 322-327; WARDA, en *Jus*, 1964, cuaderno nº 3, p. 86; STREE / SCHÖNKE / SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 52, marginal 3, p. 703, quien define el concurso ideal como una pluralidad valorativa en unidad de acción teniendo ambas notas igual importancia.

<sup>48</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, 2.3.

<sup>49</sup> Así: BELING, *Esquema de Derecho penal*, 11ª ed., alemana, 1930, p. 176; MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 391; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 445.

Pero ante la falta en el ordenamiento germano de un precepto que regulase el concurso de leyes hizo que un sector de la doctrina admitiera también la posibilidad de que los tipos desplazados en el concurso de leyes pudieran ser tenidos en cuenta en la medición de la pena, primero dentro del marco de la norma prevalente; luego se aceptó que incluso podía llegarse a modificar el marco penal del precepto aplicable para impedir que se impusiese el límite mínimo del prevalente si éste resultaba inferior al de algunos de los preteridos; y finalmente se llegó a aceptar que se podrían imponer las penas o consecuencias accesorias previstas en el tipo o tipos preteridos. Lo único que quedaba vedado a los tipos desplazados era la posibilidad de fundamentar una declaración de culpabilidad <sup>50</sup>. De esta forma se llegaba a establecer para el concurso de leyes una consecuencia jurídica prácticamente igual que si los tipos hubieran concurrido idealmente, siempre que hubiera de aplicarse la pena más grave <sup>51</sup>. La única diferencia entonces entre ambas figuras estribaba en la declaración de culpabilidad. El concurso de leyes y el concurso ideal se sustentaba en declaraciones de culpabilidad diferentes que sin embargo no se tenían en cuenta en la pena a imponer. Ciertamente como señala García Albero el análogo tratamiento jurídico del concurso ideal y el concurso de leyes evidencia una intrínseca contradicción entre presupuestos de partida y conclusiones <sup>52</sup>.

La necesidad de diferenciar el concurso de leyes del concurso ideal en atención a las declaraciones de culpabilidad es lo que llevó a la doctrina a atribuir al concurso ideal una mera función de “esclarecimiento” o “clarificación” (*Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*) <sup>53</sup>. Explicaba

---

<sup>50</sup> Vid. sobre esta evolución y la función de los tipos preteridos GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes penales*”, 1995, pp. 185 y ss.

<sup>51</sup> Vid. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 157 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, p. 191.

<sup>53</sup> Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 657; STREE / SCHÖNKE / SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 52,

Samson que en el caso de que el autor hubiese herido a la víctima cuando intentaba cometer un homicidio debía ser castigado por una tentativa de homicidio en unidad de hecho con la lesión consumada. La lesión precedente al homicidio sería por tanto subsidiaria de éste. Pero con la simple punición del homicidio intentado no se reflejaba que el autor también había lesionado a la víctima. Con el concurso ideal se posibilitaba esta clarificación<sup>54</sup>.

Así, el concurso ideal se erigía en límite de aplicación de la norma de subsidiariedad, pues ésta sólo existe si la acción que realiza el delito precedente no presenta un contenido de injusto más grave que el posterior. Y no resulta de aplicación si el tipo precedente se consuma mientras que el subsiguiente sólo ha quedado intentado, como sucede en el caso de las lesiones consumadas y el homicidio intentado.

En mi opinión, este criterio de que las leyes preteridas sean tenidas en cuenta en la determinación de la pena del concurso de leyes carecía de fundamento, pues no siendo posible, como se mantenía, la declaración de culpabilidad, en lo que se refiere a la infracción de dichas leyes, no se justificaba en modo alguno que las leyes desplazadas pudieran producir ningún tipo de efecto. Además de resultar incoherente es injusta.

En efecto, es incoherente porque si los presupuestos son distintos, las consecuencias no pueden ser idénticas. Si la pena definitiva resulta de la combinación de los distintos tipos tanto en el concurso ideal como en el de leyes, la única peculiaridad a destacar del concurso ideal frente al aparente de normas estriba en la necesidad de que en aquél la sentencia debe reflejar una declaración de culpabilidad de todas y cada una de las leyes que resultan necesarias para captar el contenido de injusto de la única acción realizada.

Y además resulta injusta porque si la diferencia entre el concurso ideal y el concurso de leyes radica exclusivamente en la declaración de culpabilidad

---

marginal 2, p. 703.

<sup>54</sup> Cfr. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 1987, p. 358.

de los distintos delitos cometidos, pero la consecuencia jurídica va a ser la misma que cuando se trate de un solo delito, tienen razón los autores que han criticado este proceder en la fijación de la consecuencia jurídica del concurso aparente de normas <sup>55</sup>, pues si no hay responsabilidad declarada en virtud de una ley, difícilmente puede justificarse la aplicación de las penas o consecuencias jurídicas de las leyes preteridas.

## **6.- LA TESIS DE PUPPE**

Innovadora pero con escaso éxito en la doctrina alemana es la teoría formulada por Ingeborg Puppe <sup>56</sup>.

Tras analizar detalladamente las posiciones defendidas por los partidarios de la teoría de la unidad y de la pluralidad, concluye Puppe que para explicar la naturaleza jurídica del concurso ideal no resultan suficientes ninguna de las definiciones de delito sobre la que se sustentan dichas teorías <sup>57</sup>. En este sentido, y desde las concepciones de la teoría de la lógica formal y de la teoría del lenguaje, critica que la definición de delito como acción sólo haga referencia al concepto extensional del mismo, mientras que la definición de delito como lesión de la norma aluda sólo a la intensión del concepto, y señala que como ambos aspectos resultan necesarios en la definición de toda expresión, también en la definición del delito ambos aspectos tienen que ser tenidos en cuenta <sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Vid. sobre este particular y de las consecuencias que conlleva para los principios de subsidiariedad, consunción, especialidad y alternatividad que resuelven la concurrencia de normas: GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes penales*, 1995, pp. 185 y ss.

<sup>56</sup> Vid. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung)*, 1979 y “Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz”, en *GA*, 1982, pp. 143-165.

<sup>57</sup> Vid. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 27-35.

<sup>58</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 35-36.

Explica Puppe que de entenderse la acción como un concepto exclusivamente dado por la naturaleza, tal y como hace la teoría de la unidad, se practica un crudo naturalismo que deja al margen todo lo dicho hasta el momento por los clásicos en la hermenéutica y en la teoría del lenguaje acerca de la relación entre el pensamiento y la realidad; pero si por el contrario, se atiende sólo a la acción típica (teoría de la pluralidad), la aplicación del § 52 resulta del todo punto imposible ya que no habría forma de explicar cómo una única acción puede realizar dos tipos, y sobre todo no permite afirmar que ésta deba ser total o parcialmente idéntica a ambos tipos<sup>59</sup>.

Para la citada autora los tipos penales recogidos en las normas al hacer referencia a las particulares cualidades de la acción quedan sólo definidos por “intensión”, y en consecuencia su descripción es incompleta y necesita de una integración a cargo del juez, que en atención al caso concreto (concepto extensional), cree una norma de determinación de la pena propia para cada caso sustentada en el principio de la culpabilidad. Esto es, al estar los tipos definidos por intención, mediante unas variables individuales, en el proceso de subsunción que realiza el juez al caso concreto, éste debe sustituir dichas variables por las presentes en el supuesto enjuiciado. Proceso a través del cual lo que resulta es un “delito singular” (*Einzelnen Verbrechen*), que estará conformado por un sólo tipo o por varios. En este último caso, se daría un concurso ideal<sup>60</sup>.

La configuración de este “delito singular” vendría dado por lo que denomina “los tipos emparentados por el injusto” (*unrechtsverwandte Tatbestände*), expresión mediante la cual quiere explicar que todo tipo contiene en sí mismo y de forma implícita otros posibles tipos menores, que podrán concurrir idealmente con el primero como posibles complementos de la

---

<sup>59</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 35-36.

<sup>60</sup> Cfr. PUPPE, en GA, 1982, p. 152.



descripción del injusto y de la culpabilidad por el hecho<sup>61</sup>. Y este concepto de parentesco de injusto es el que debe determinar si nos encontramos ante un concurso ideal o un concurso de leyes, y no la unidad de acción como propone la doctrina mayoritaria.

Así, si este “delito singular” comprende varios tipos es porque al llevar a cabo el correspondiente proceso de aplicación judicial de las normas de determinación de la pena sobre cada uno de los tipos por separado, las normas de determinación de la pena que resulten de dicho proceso van a ser todas ellas idénticas. Y, precisamente por este resultado, justifica Puppe la norma contenida en el § 52 del StGB alemán, pues, a través de ella si el legislador obliga al juez a aplicar únicamente el marco penal más grave es justamente para evitar que hayan de ser aplicadas todas las normas de determinación de la pena, ya que en caso contrario, los elementos comunes a los distintos tipos serían objeto de una múltiple valoración que vulneraría el principio del *ne bis in idem*<sup>62</sup>.

Por ello, señala Puppe, que en la creación judicial del “delito concreto” o concurso ideal ha de partirse del tipo sancionado más gravemente, en cuyo contenido de injusto se incorporan todas las cualidades penalmente relevantes de los tipos concurrentes. De esta forma, en todo supuesto de concurso ideal, el tipo de menor gravedad queda absorbido en el “delito concreto” desarrollado a partir del tipo más grave, y al establecerse una única pena se evita que la misma cualidad atinente a lo injusto o a la culpabilidad por el hecho, aparezca doblemente desvalorada pues, como elemento presente también en los tipos menores pasa a formar parte de los elementos de la norma de determinación de la pena del tipo mayor<sup>63</sup>.

Concluye, así, que únicamente ese parentesco en el injusto puede fundamentar el concurso ideal de delitos, parentesco que se desvela cuando del

---

<sup>61</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 125.

<sup>62</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 162 y ss.

<sup>63</sup> Cfr. PUPPE, en GA, 1982, p. 157.

tipo del que se parta para la creación de la norma de determinación de la pena, muestre elementos comunes con los concurrentes.

Esa relación de parentesco entre los tipos existe, según la autora, cuando los diversos tipos contienen elementos de ilicitud comunes, tal y como ocurre por ejemplo en los casos de estafa y falsedad documental, cuyo elemento de ilicitud común es el “engaño”; o bien cuando un elemento típico aparezca como “la diferencia más cercana respecto de un elemento de otro tipo” (“nähere Differenzierung”), así por ejemplo, señalaba que “debería reconocerse como criterio diferenciador del concepto de violencia en los delitos de coacción el hecho de que el agredido resultase corporalmente lesionado”; y por último cuando un elemento de un tipo esté en relación de especialidad con otro elemento del tipo emparentado<sup>64</sup>.

No obstante, estos criterios para la determinación del parentesco de ilicitud entre los tipos que ofrece, Puppe no los considera reglas generales pues no serían los únicos posibles ya que su averiguación, según señala, sería la consecuencia de una labor de interpretación de los tipos particulares y de sus elementos cuando entre los mismos exista de un modo explícito o implícito un pensamiento de injusto común<sup>65</sup>.

Partiendo de esta construcción del concurso ideal sobre la base de los tipos emparentados por el injusto, Puppe afirma que el concurso de leyes queda limitado a los casos en los que entre los tipos se dé una estricta relación lógica de especialidad, esto es, sólo cuando todos los elementos de un tipo estén contenidos en otro. Y para este tipo de concurrencia debe regir un principio de exclusión absoluta del tipo desplazado<sup>66</sup>. Y por ello, al no exigirse como condición del concurso ideal más que el parentesco por el injusto entre los tipos concurrentes y no la unidad de acción, Puppe entiende que los casos en

---

<sup>64</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 128.

<sup>65</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 172 y 184.

<sup>66</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 313 y ss.

los que se dan los actos anteriores y posteriores copenados no existe problema alguno en considerarlos como supuestos de concurso ideal <sup>67</sup>.

La referencia a este pensamiento de injusto común como criterio para averiguar el parentesco que debe existir entre los tipos para darse un concurso ideal, ha sido lo que ha determinado que su tesis tuviera escasa aceptación. En efecto, la alusión a un concepto tan abstracto llevó a la doctrina alemana a criticar la deficiencia de esta teoría para determinar los tipos que podían concurrir idealmente y diferenciar estos casos de los supuestos de delito único <sup>68</sup>.

Igualmente, se critica de esta teoría que el parentesco entre los tipos que conformaban el concurso ideal se encuentre supeditado a una conexión temporal. En efecto, para Puppe, todas las cualidades de los tipos deben ser clasificadas dentro de espacios temporales en la vida del autor <sup>69</sup>.

Así, advertía Gössel, que este requisito, ajeno a la descripción típica, no puede ni debe resultar más decisivo que el requisito de la unidad de acción, del que prescindía Puppe en la determinación del concurso ideal <sup>70</sup>.

### **6.1.- Opinión personal**

En mi opinión, la integración que efectúa Puppe del concepto intensional y extensional para definir el delito consiste simplemente en

---

<sup>67</sup> En sentido crítico con esta consecuencia: JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1052-1053, nota 18, para quien esta nueva posición a lo que conducía realmente era a negar el concurso ideal como un auténtico supuesto concursal.

<sup>68</sup> En este sentido: GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed. 1995, p. 521; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1052-1053, nota 18. También en España: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 146; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, pp. 284 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 294.

<sup>70</sup> Cfr. GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed. 1995, p. 521. En el mismo sentido, JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1502-1503, nota 18. Entre nosotros recogen esta crítica: SANZ MORAN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 146; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, p. 285.

conjugar el objeto de la valoración (acción) y los parámetros sobre los que efectuar la misma (tipos). Por ello necesita recurrir a la fase de aplicación judicial de las normas. Las normas o tipos penales no pueden recoger ese concepto extensional que viene dado por el caso concreto, esto es, por la realidad de lo acontecido. La descripción de un tipo penal debe tender a ser lo más cerrada posible pero ello no quiere decir que en la misma no se puedan o incluso se deban recoger conceptos normativos, interpretativos, conceptos globales..., que requieran de un proceso de valoración posterior. Los textos legales están llenos de ejemplos de estos conceptos. Si esto es así, entonces el delito nunca quedaría definido por la norma y si no queda definido por la norma el principio de legalidad carece de justificación.

Otra cosa es la responsabilidad penal y para ésta sí se debe exigir que se conjuguen ambos conceptos el extensional y el intencional. Si el hecho se subsume en la norma, entonces habrá que declarar la responsabilidad penal del sujeto.

Por otra parte, la propuesta de Puppe de prescindir del concepto de unidad de acción como fundamento del concurso ideal y sustituirlo por el de los elementos emparentados con el injusto me resulta difícil de aceptar. En primer lugar porque como ya se ha señalado el concepto resulta demasiado abstracto porque se deja a la labor interpretativa de los jueces el determinar cuándo se da este parentesco entre los tipos. La propia Puppe así lo reconoce.

En segundo lugar, porque si ha de atenderse al concepto del pensamiento de injusto común para determinar dicha relación se introduce un elemento subjetivo que puede resultar muy peligroso, máxime cuando es al juez a quien se le atribuye la función de determinar los elementos emparentados por el injusto. Este criterio sin duda puede crear una gran inseguridad jurídica a la hora de distinguir los supuestos de concurso ideal, concurso de leyes y concurso real para los que las penas pueden ser muy distintas.

Y en tercer lugar, porque la propia indefinición de estos elementos como base estructural del concurso ideal no tiene sustento en la ley.

Además la tesis de Puppe conlleva que el concurso ideal se extienda a supuestos que realmente son de concurrencia de normas en las que la aplicación de una sola de ellas es suficiente para abarcar el total contenido de injusto del hecho <sup>71</sup>. Pero también que supuestos de concurso ideal pasen al ámbito del concurso real, pues la exigencia de que los tipos menores queden comprendidos en el de mayor gravedad impedirá que muchos supuestos de identidad parcial sean considerados como concurso ideal. Y si esto es así, la propia teoría de Puppe puede incurrir en la vulneración del principio *ne bis in idem* que trata de evitar.

---

<sup>71</sup> Sobre este particular vid. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de normas penales*, 1995, pp. 284 y ss.





### **CAPÍTULO III**

## **LA CONFIGURACIÓN DEL CONCURSO IDEAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA**

### **1.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. CÓDIGO PENAL TOSCANO DE 1854 Y EL CÓDIGO PENAL DE ZANARDELLI DE 1889**

La naturaleza jurídica del concurso ideal también ha sido objeto de una importante discusión en la literatura italiana. Una polémica en la que el caballo de batalla fue la interpretación de los términos “acción” y “hecho” empleados en la definición de esta figura concursal por los Códigos penales de 1854 y 1889.

Así, la figura del concurso ideal aparece regulada por primera vez en el artículo 81 del Código penal toscano de 1854<sup>1</sup> cuyo texto era el siguiente:

---

<sup>1</sup> Fue el Código penal toscano considerado por su contenido como un modelo de sabiduría legislativa y de modernización y de ahí su influencia en los Códigos penales posteriores. Vid. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 19.

Al igual que ocurriera en España o en Alemania, también en Italia la preocupación de los primeros textos legales al regular la concurrencia delictiva se limitó exclusivamente a establecer reglas de compatibilidad entre las distintas penas impuestas a un mismo sujeto. Así, en este sentido encontramos que en el Código penal sardo de 1859 se disponía en el artículo 106 que: “Los reos de varios delitos serán castigados del modo siguiente: artículo 107.- “En el concurso de crímenes castigados con trabajos forzados para toda la vida y con pena temporal, se aplicará sola la pena por la vida”. El artículo 108.- “En el concurso de dos o más crímenes a cada uno de los cuales corresponda la pena de veinte años de trabajos forzados, será esta aplicada con el aumento de cinco a diez años.” El artículo 109.- “Si concurriesen dos o más crímenes a los que correspondan penas temporales, del mismo o diverso género, se aplicará la pena más grave, aumentada según el número, se aplicará la pena más grave, aumentada según el número de delitos o la cualidad de la pena en que incurra. Cuando



*“Si una acción viola diversas disposiciones legales, siempre deberá imponerse la que esté amenazada con la pena más grave, y esta pena, cuando no esté absolutamente determinada, se aumentará dentro de los límites legales, por las otras violaciones cometidas por el mismo hecho”.*

Como se puede comprobar en este texto legal se preveía un principio de absorción simple que podía llegar a convertirse en agravada en atención a las penas concurrentes, y en él sólo admitía la figura del concurso ideal

---

ocurra aumentar las penas temporales excediendo el máximo de cada una de dichas penas, el aumento tendrá lugar dentro del límite de cinco años; salvo lo dispuesto en el artículo precedente.” Artículo 110.- “Cuando concurren delitos castigados con penas criminales, correccionales o de policía, la pena correccional o de policía será absorbida por la pena criminal. Cuando la pena correccional consista en tres o más años de cárcel, la pena de trabajos forzados, de reclusión y de relegación se aumentará tomando en cuenta la cualidad de la pena criminal impuesta; pero de modo que el aumento no exceda en duración de la mitad de la pena correccional señalada. Este aumento no tendrá lugar cuando la pena criminal por sí sola sea mayor de diez años.” Artículo 111.- No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, la pena de interdicción de oficios públicos será aplicada simultáneamente cuando concorra con otra pena criminal o correccional. Igualmente la multa y la enmienda podrán ser simultáneamente aplicadas con la pena criminal”. Artículo 112.- “Concurriendo dos o más delitos sujetos al mismo género de pena correccional, se aplicará la pena correspondiente a cada uno, con tal de que todo no exceda de la mitad del máximo establecido en la ley al género de pena en que se incurra”. Artículo 113.- “Cuando concurren dos o más delitos a los que corresponden penas correccionales de diverso género, serán simultáneamente aplicadas al delincuente, salvo siempre la disposición del artículo precedente en el caso de que en tal concurrencia existan delitos a los que correspondan penas del mismo género. En el caso de dos o más delitos a los que esté señalada la pena de confinamiento y de destierro local se aplicará la pena de confinamiento con el aumento de un tiempo igual a la mitad del que debía durar la otra pena.” Artículo 114.- “Cuando concurren la pena de cárcel, la de confinamiento o la de destierro local, si la cárcel es aplicada por menos de tres años se podrá, en consideración a esta circunstancia, disminuir la duración del confinamiento o del destierro local.” Artículo 116.- “En todos los casos enunciados se impondrá la pena accesoria que la ley declare que lleva consigo el género de la pena señalada.” Artículo 117.- “Si después de una condena a pena temporal se descubriere otro delito cometido por el condenado anteriormente a la sentencia, será el mismo sometido a nuevo juicio y será aumentada la dicha pena o pronunciada otra, según los casos respectivamente indicados en los artículos 107 y siguientes y la regla allí determinada. Cuando con la nueva sentencia se pronuncie una pena de género superior a la primera, cesará el efecto de la sentencia precedente; y el tiempo que su hubiera sufrido de la primera condena, será proporcionalmente descontado en todo o en parte, según la regla prescrita en el artículo 66 y computada en la pena impuesta en la segunda sentencia.”

homogéneo pues el precepto exigía que fueran diversas las disposiciones legales infringidas.

La utilización al final del texto legal del término “hecho” condujo a que en un principio los autores de la Escuela clásica sostuvieran que el concurso ideal era un supuesto de unidad delictiva, ya que para estos autores como lo fuera para los partidarios de la teoría de la unidad en Alemania, el delito era igual a un hecho. Por tanto de un solo hecho, un solo delito podía derivarse.

Posteriormente el Código penal de Zanardelli de 1889 mantiene la referencia a un solo hecho como fundamento del concurso ideal pero modifica el sistema punitivo estableciendo el de absorción simple. Así, en el artículo 78 de dicho texto se disponía lo siguiente:

*“El que con un solo hecho viole diversas disposiciones legales será castigado con arreglo a la disposición que establezca la pena más grave”.*

Al igual que su antecesor en dicho texto sólo se hace referencia a la posibilidad de un concurso ideal heterogéneo dejando fuera del mismo la múltiple violación de la misma disposición legal.

Como novedad este Código penal, en su artículo 77, extiende la aplicación de las reglas del concurso real a los supuestos que se conocen como de conexión delictiva y que se daban cuando un sujeto para ejecutar o para ocultar un delito (conexión teleológica y conexión consecucional respectivamente), o con ocasión de él (conexión ocasional), cometiere otro hecho constitutivo de delito. Para estos supuestos, por tanto se preveía la punición por separado de todos los delitos cometidos, salvo que tales hechos se considerasen como elementos integrantes o circunstancia agravantes del delito cometido, esto es, lo que se conocería como delito complejo. En concreto este precepto disponía lo siguiente:

*“El que para ejecutar o para ocultar un delito, o con ocasión de él, ejecute otros hechos constitutivos de delito, salvo que tales hechos se consideren elementos integrantes o circunstancias agravantes del delito mismo, se le impondrán las penas que correspondan a todos los delitos cometidos”<sup>2</sup>.*

Previsto pues, el concurso ideal como un solo hecho que violaba diversas disposiciones legales y cuya sanción vendría dada por un principio de absorción simple, veamos que naturaleza jurídica se le reconoció por la doctrina de aquella época.

## **2.- LAS POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL Y SUS MODALIDADES BAJO LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL TOSCANO Y DEL CÓDIGO PENAL DE ZANARDELLI**

Para el estudio de las distintas posiciones doctrinales que sobre la concurrencia ideal se ofrecieron durante la vigencia de estos Códigos penales paso a exponer las posturas de los autores más representativos de la época de una forma cronológica.

---

<sup>2</sup> En España, el Código penal de 1848 regulaba junto al concurso ideal de delitos el denominado concurso medial en el artículo 77. Pero también recogía en el artículo 10.11 como circunstancia agravante el “Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro”. Su aplicación estaba prevista para aquellos casos en que se tratase de delitos que pudiendo ser definitivos en sí mismos, y término de la acción criminal, se cometían, sin embargo como medio para preparar, facilitar, o perpetrar otro. Sólo cuando dicho delito medio fuere de menor entidad que el delito fin sería de aplicación dicha agravante y resultaría de aplicación al delito medio. Vid. PACHECHO, *El Código penal*, t. I, 1848, pp. 245-247.

Vid. *infra*, Capítulo IV, 3.3.

## **2.1.- Carrara, Pessina e Impallomeni**

En un primer momento, Carrara y Pessina consideraron que el concurso ideal o formal siempre era un supuesto de unidad de delito, distinguiendo, además, dentro del concurso ideal dos modalidades: cuando una sola acción violaba diferentes relaciones jurídicas de tal forma que originaba varias causas de responsabilidad (concurso ideal en sentido propio); y como segunda modalidad, y esto es una novedad que hasta ahora no habíamos mencionado, cuando se hubiese cometido un delito como medio para realizar otro, esto es, lo que se conoce como concurso medial y que como hemos visto el Código de Zanardelli sin embargo lo trataba como un supuesto de concurso real <sup>3</sup>.

Para estos autores la unidad de delito se fundamentaba como ya lo haría von Liszt en la “unidad de acción”, pero con la diferencia de que dicha unidad de acción se extendía también a la unidad de fin, esto es, a los casos en los que, aún realizándose dos acciones las mismas estaban ligadas por el fin propuesto por el agente. La razón de esta doble posibilidad de concurso ideal venía dada porque el delito, según estos autores, se configuraba, como un ente jurídico que constaba de dos elementos, un elemento material y un elemento ideológico <sup>4</sup>.

Sobre la base de esta doctrina se llega a sostener por Carrara que solamente aquél que con dos acciones diversas mata a dos individuos sería reo de dos homicidios, y que el que con un solo golpe matase voluntariamente a varias personas, cometería “un solo homicidio complejo” y no varios homicidios, porque para que existiera la pluralidad de delincuencias no bastaba con la pluralidad de personas muertas voluntariamente, sino que era necesaria

---

<sup>3</sup> Vid. CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, vol. I, 5ª ed, 1877, p. 140; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., 1936, pp. 547-548.

<sup>4</sup> Vid. CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, vol. I, 5ª ed., 1877, p. 140; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., 1936, p. 548.

una pluralidad ontológica y una pluralidad de fines propuestos por el agente. Por esta misma razón equiparaba el concurso medial al concurso ideal. Si el reo, dice Carrara, no tiende más que a un solo fin con el que viola un derecho y se vale de la violación de otro como medio para alcanzar aquél, existe un solo delito porque si los dos hechos fuesen considerados como dos delitos cuando el acto es uno, se imputaría dos veces la misma determinación. El elemento intencional imputado en un delito volvería a ser imputado en el segundo delito; así, cuando existe una determinación compleja para el autor citado habría un delito complejo, pero un solo delito <sup>5</sup>.

De esta concepción del delito se concluía que en el concurso ideal en sentido propio al no existir más que una acción criminosa constituía un sólo delito, y en la modalidad del concurso medial, aunque se reconociera la presencia de dos hechos que en un principio tendría que significar dos delitos, sin embargo, se consideraba también como un supuesto de unidad delictiva

---

<sup>5</sup> Cfr. CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, vol. I, 5ª ed., 1877, pp. 141-143. Señalaba, además, que para conocer el tipo de delito que correspondería aplicar se había de distinguir: si la violación del derecho del cual se vale como medio el reo, no se configura como un tipo de delito independiente o bien esta violación constituiría, si se presentase, como un tipo especial de delito (§ 168). “En el primer caso de esta subdivisión, es decir, cuando la violación como medio no constituye por sí misma un delito (parricidio), el delito que resulta de la violación del derecho al que tendía el agente como fin no cambia de clase. Permanece el mismo tipo, y el haberlo obtenido merced a la violación de otro derecho constituye una circunstancia agravante, que podrá a su vez modificar el título del delito principal pero no altera su clase” (§ 169). “En el segundo caso, es decir, cuando el medio constituya también un delito, surge una tercera distinción. O el derecho violado como medio era menos importante que el derecho que constituía el fin del agente, o aunque fuera de la misma importancia: entonces dicho delito medio se considera como auxiliar o subordinado al otro, agravando su imputación y hasta pudiendo cambiarle el nombre, pero compenetrándose con él sin variarlo de clase (robo con fuerza), o por el contrario, el delito que sirvió de medio resultaba más grave que el que el agente se proponía como fin (lo que sucede en la mayor parte de las veces cuando el delito medio viola un derecho universal), y entonces el hecho sale de la categoría del delito fin para pasar a la clase a la que pertenezca la infracción que sirvió de medio (resistencia con lesiones) tomando unas veces el nombre que le daba la violación empleada como medio, por ejemplo, incendio con el fin para robar, y llegando, otras a cambiar el nombre; así el homicidio con el fin de robar se llama latrocinio. Por tanto, es el fin el que modifica el medio, puesto que el medio es el que define el delito calificado por el fin, y no el medio el que califica el fin” (§ 170).

porque los mismos se conformaban en un todo por efecto del vínculo final que coordinaba el uno con el otro. El nexo entre el delito que sirvió de medio y el que constituyó el fin del delincuente unificaba las dos delincuencias en un solo delito que adoptaba la forma de un delito complejo. En estos casos, según decía Pessina, existía un concurso formal porque, dado el vínculo final, los delitos podían distinguirse pero no podían separarse el uno del otro, ni en la conciencia del delincuente ni en la objetividad del delito <sup>6</sup>.

En definitiva, para estos autores no sólo la unidad de acción sino también la unidad de fin constituían la base estructural del concurso ideal o formal y como el delito era tanto el elemento material como el elemento ideológico, cuando se tratase de un solo hecho o de una sola finalidad sólo podía apreciarse un delito <sup>7</sup>.

Ciertamente esta postura doctrinal tiene mucho que ver con la tesis defendida por los partidarios de la teoría de la unidad en Alemania ya que al identificar el delito con la acción en los casos clásicos de concurso ideal no podía más que aceptarse su naturaleza unitaria, si bien introducía un nuevo elemento para estructurar la concurrencia ideal: “la unidad de fin”.

Una concepción intermedia es la propuesta por Impallomeni, quien consideraba que si bien en el concurso ideal tradicional existía un solo delito porque se daba un solo hecho, sin embargo en el concurso medial existía una

---

<sup>6</sup> Cfr. PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., 1936, p. 547.

<sup>7</sup> Cfr. CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, vol. I, 5ª ed., 1877, p. 140. Señalaba este autor que: "En primer lugar, y esta es una regla indefectible, debe distinguirse si la violación de varios derechos fue realizada para servir a diversos fines del culpable, independientes el uno del otro, o si el reo no tendía más que a uno solo fin, por el cual violaba un derecho, y se valía de la violación del otro derecho como medio para alcanzar dicho fin" (§ 166). "En el primer caso, las acciones se consideran por separado porque en realidad lo están tanto material como intelectualmente. Así tantos son los fines, tantos los delitos. Por tanto, si el delito fuera un ente material, la concurrencia puramente material del lugar y tiempo podría unificar dos hechos en un solo delito. Pero el delito es un ente jurídico que consta de un elemento material y del elemento ideológico. Para que haya nexo jurídico entre un hecho y otro debe mediar un nexo ideológico, en conexión de medio a fin. Por el contrario dos actos volitivos independientes, aunque concurrentes, dan lugar a dos delitos" (§ 167).

auténtica concurrencia delictiva ya que la unidad de fin no podía tener la capacidad de convertir en un solo delito lo que en realidad eran dos, y ello precisamente por la pluralidad de hechos que se daba en los casos de concurso medial. Y así en contra de lo manifestado por Carrara y Pessina, Impallomeni sostenía que si el reo tenía necesidad de una determinación dirigida a un medio y después de otra determinación dirigida al fin, el delincuente tendría conciencia de ambos delitos por lo que no era posible afirmar la existencia de un solo delito sino que por el contrario el reo veía los dos delitos distintos y separados uno del otro y si los unía era por su propia comodidad<sup>8</sup>. Se trataba de una postura más acorde con lo dispuesto en el Código penal de Zanardelli, que como hemos visto, aplicaba a esta modalidad concursal las reglas de la concurrencia real.

Con esta teoría se daría paso a la de otros autores como Alimena, quien no sólo admitiría la naturaleza plural del concurso medial sino que además cuestionaba también la naturaleza unitaria de la figura del concurso ideal en sentido propio.

## **2.2.- La tesis de Alimena. La Teoría del exceso del dolo**

Alimena aceptó como posibilidad que una única acción diera lugar a una pluralidad de delitos, ya que la unidad o pluralidad delictiva no podía sustentarse, según este autor, sobre la base de que la acción fuera única o plural, sino en la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.

En este sentido se manifestó en contra de la afirmación de que si existía una sola acción existía un solo delito, porque la acción para Alimena no era más que el medio para la comisión del delito. Así, entendía que el delito quedaba configurado por dos elementos necesarios: la intención, como dolo, y

---

<sup>8</sup> Cfr. IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto penale*, 1908, pp. 442-446.

la lesión jurídica; y en consecuencia resultaba posible la pluralidad de delitos ya se llevara a cabo con una sola acción o con una pluralidad de ellas<sup>9</sup>.

Sobre esta base afirmaba que lo decisivo para determinar la unidad o pluralidad delictiva se sustentaba en los elementos propios del delito y no el número de acciones llevadas a cabo por el sujeto. Por eso afirmó Alimena, y en contra de los postulados de Carrara que, aún cuando se partiera de la doctrina de que el delito es acción cabía la posibilidad de admitir la pluralidad delictiva del concurso ideal. En este sentido sostuvo que en todo delito se distinguían tres clases de objetividades: la objetividad material o real, la ideológica y la jurídica, y por tanto no podía decirse que aquél que violase un domicilio para estuprar o el que matase para robar cometía un solo delito por el solo hecho de que el fin perseguido por el agente hubiera sido único, según afirmaba Carrara. Pues, aunque fuera única la objetividad ideológica, al constituir los hechos dos objetividades materiales o reales que, a su vez la ley garantiza, se darían dos objetividades jurídicas<sup>10</sup>.

Con esta finalidad de distinguir entre los supuestos de unidad o pluralidad de delitos formuló la llamada “teoría del exceso del dolo”, en virtud de la cual afirmaba que existía un solo delito cuando las normas que tutelaban los bienes jurídicos fueran tan inseparables- precisamente porque inseparables fueran los bienes tutelados- que violada una norma, también resultase violada la otra, aun cuando quisiera violarse una sola. En estos casos la inseparabilidad de los bienes jurídicos no aumentaría la materialidad del delito, aunque se quisieran violar las dos, y existía- según decía Alimena- un solo delito porque existía una sola intención o una representación que no añadía nada más de lo que sin ella se habría producido. Por consiguiente, si el punto de partida de un delito era la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, resultaba evidente

---

<sup>9</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, p. 493.

<sup>10</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, p. 552.



para este autor que no podía imputarse el exceso de voluntad porque no producía nada más que aquello que sin ella se habría producido <sup>11</sup>.

La inseparabilidad de los bienes tutelados en un único hecho se daba en aquellos casos en los que las lesiones fueran natural y jurídicamente inseparables, esto es, bastaba querer una lesión para ocasionar también las otras <sup>12</sup>.

Como ejemplo más común de estos supuestos apuntaba el adulterio incestuoso en el se ejecuta un solo hecho y un solo delito pues, aunque al mismo hecho le correspondiesen dos objetividades jurídicas (violación e incesto), porque son dos las disposiciones legales violadas y dos son las intenciones, la objetividad material del delito era única. Sin embargo estas dos objetividades jurídicas serían tan inseparables, que queriendo una sola no se ejecutaría menos, pero queriendo las dos tampoco se ejecutaría más y por tanto sólo se podría apreciar un delito <sup>13</sup>.

Por el contrario, cuando las lesiones jurídicas fueran separables – precisamente porque separables fueran los bienes tutelados-, existirían varios delitos, porque el reo los habría de querer todos individualmente, de tal forma que un bien jurídico se podría separar del lesionado y respetar el otro. Así por ejemplo ocurriría en aquellos casos en los que se viola un domicilio para golpear al paralítico que no se quiere que salga de casa. En estos casos, las lesiones sólo serían inseparables por el único fin del agente pero no por el hecho único, ya que aquí sí son necesarias tantas violaciones cuantas sean las lesiones <sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, pp. 520-521.

<sup>12</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, pp. 521-522.

<sup>13</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, pp. 521.

<sup>14</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, pp. 521-522 y 526-528 donde se decía que el que mediante un solo golpe mata voluntariamente a dos personas daría nacimiento a una sola acción pero produciría no uno y el mismo hecho, sino dos hechos, cada uno de los cuales, conteniendo una intención y un evento, es por sí un delito que, concurriendo con otro da lugar a un concurso real.

Alimena razona que si la cuestión de la unidad o pluralidad de delitos se sustenta sobre la base de la inseparabilidad o separabilidad de las lesiones jurídicas, ello quiere decir que la concurrencia delictiva es independiente de la unidad o de la pluralidad de acciones llevadas a cabo por el sujeto. Pues el que viola el domicilio para violar a la mujer que siempre está en casa, desobedece dos disposiciones legales (allanamiento y violación) que ni natural ni jurídicamente son inseparables, y ello aun cuando lo haya de hacer mediante dos acciones diversas. Pero también, el que viola en medio de la calle a una mujer que no puede encontrar en otra parte, desobedece igualmente dos normas distintas (violación y orden público) pero con una sola acción. Precisamente, en esta posibilidad de que dos disposiciones legales puedan ser violadas ya sea con una sola acción o con varias, sustentaba el autor italiano la idea de que las dos lesiones eran separables y que tanto en un caso como en el otro se daban dos delitos, aun cuando en un supuesto se hubiera llevado a cabo mediante una sola acción y en el otro mediante una pluralidad de ellas <sup>15</sup>.

No obstante, consideraba Alimena que ya se tratase de violar normas que protegieran bienes jurídicos separables o normas que tutelasen bienes jurídicos inseparables, siempre se habría de apreciar dos violaciones igualmente imputables, porque independientemente de las leyes, los bienes jurídicos violados o puestos en peligro eran dos, y así era como se representaba en la conciencia del reo. En el primer caso existirían dos delitos, porque siendo las dos lesiones separables, el reo habría causado una sola, si sólo una hubiera querido ocasionar; y en el segundo, habría un solo delito porque el resultado sería el mismo, ya hubiera querido el reo ocasionar ambas lesiones o hubiese querido ocasionar una sola <sup>16</sup>.

Lo cierto es que como en ambos casos todas las violaciones resultaban imputables porque varios eran los bienes jurídicos lesionados, estos supuestos no constituían un concurso de leyes, ya que, como señalaba Alimena, de

---

<sup>15</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, p.522.

<sup>16</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol I, 1915, pp. 521-522.

concurso de disposiciones legales solo podía hablarse cuando se hubiera violado un solo bien jurídico, y dicha violación estuviera prevista por varias disposiciones legales que se excluyesen <sup>17</sup>.

En definitiva se trataba de reconocer que en determinados supuestos de concurso ideal efectivamente existía una pluralidad de delitos, y esto se producía porque los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro eran separables. Pero también, cuando los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro eran inseparables se reconocía en cierto modo la pluralidad delictiva pues se exigía la múltiple imputación. Ahora bien, el primero de los supuestos mencionados sería considerado por este autor como un concurso real y en consecuencia se castigaría conforme al principio de acumulación previsto para esta modalidad concursal, mientras que el concurso ideal seguiría sancionándose conforme a lo previsto en el artículo 78 mediante un principio de absorción simple <sup>18</sup>.

No obstante, ante el tenor literal del artículo 78 del Código penal de Zanardelli de 1889, donde se definía el concurso ideal sobre la base de un mismo “hecho” y la violación de diversas disposiciones legales, Alimena entendió que el concurso ideal era un supuesto de unidad de delito <sup>19</sup>.

A este respecto señalaba que la violación de las normas podía tener lugar mediante un mismo acto, con una misma acción o con un mismo hecho, y que si el legislador no había empleado el término acto era porque resultaba posible que una acción se compusiera de varios actos, y así si la unidad del acto podía dar lugar a un concurso cualquiera, tal unidad con mayor razón podría dar lugar a un solo delito. Por otra parte, entendía también que si el legislador no había empleado el término acción era porque, según dicho autor, la acción por sí misma ni excluía ni admitía el concurso. El legislador utilizaba el término “hecho” como sinónimo de delito para definir el concurso ideal y lo

---

<sup>17</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol I, 1915, pp. 523-524.

<sup>18</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol I, 1915, p. 524.

<sup>19</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol I, 1915, p. 526.

hacía para contemplar esta modalidad concursal en aquellos casos en los que con una sola acción se daba lugar a un único hecho que violase normas protegidas por disposiciones legales inseparables. Por el contrario se daría un concurso real cuando con una misma acción o varias acciones se lesionaran varias disposiciones legales separables <sup>20</sup>.

Alimena convertía así al concurso ideal, definido como la violación de normas que tutelan bienes jurídicos inseparables, en un supuesto especial en el que a pesar de la lesión de dos bienes jurídicos sólo se cometía un delito en atención a la inseparabilidad de los bienes jurídicos tutelados por las disposiciones vulneradas, frente al concurso de leyes en el que sólo un bien jurídico resultaba lesionado.

En cierto modo esta línea de pensamiento seguía un camino paralelo al de la teoría de la unidad en la doctrina y jurisprudencia alemana que, si bien en un principio excluía toda valoración múltiple de un mismo hecho posteriormente admitió, como hizo Alimena, la posibilidad de una múltiple imputación por un mismo hecho y en definitiva el reconocimiento de que la única acción llevada a cabo por el agente había dado lugar a un contenido de injusto superior que la de un supuesto de concurso de leyes en el que las normas no concurren sino se excluyen <sup>21</sup>.

Por este motivo y en atención a este reconocimiento de que en el concurso ideal existía un contenido de injusto superior al de un supuesto de unidad de delito, Alimena criticaba el que para el concurso formal sólo se hubiera previsto la aplicación de la pena con la que se conminara la lesión de mayor gravedad, pues, como recordaremos, en estos casos aunque se trataba de un solo delito, todas las disposiciones vulneradas resultaban imputables y eran varios los bienes jurídicos (inseparables) los lesionados. Por ello consideraba que hubiera sido deseable que se hubiese adoptado un sistema sancionador en

---

<sup>20</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I, vol. I, 1915, pp. 526-528.

<sup>21</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, 2.

el que se hubiera tenido en cuenta las demás lesiones, agravando dicha pena <sup>22</sup>. En el fondo ello no era más que un reconocimiento de que el concurso ideal de delitos violaba diversas disposiciones legales ya fueran separables o inseparables y por tanto un supuesto de pluralidad delictiva.

Y lo que es más, proponía que en estos casos de concurso ideal debía haberse adoptado un principio de exasperación <sup>23</sup>, lo que en mi opinión era una forma de reconocer que también en los supuestos de concurso ideal de disposiciones legales inseparables se daba una pluralidad de delitos que debían tener su reflejo en la pena a imponer.

Alimena, al igual que el Código penal, tampoco admitió la modalidad homogénea del concurso ideal porque con una sola objetividad material resultaba imposible que se pudiera violar repetidas veces la norma protegida por una misma disposición legal <sup>24</sup>.

Por otra parte, y en lo que se refiere a la conexión delictiva, Alimena, al hilo de lo dispuesto en el Código de Zanardelli, señaló en contra de Carrara y Pessina que en los supuestos en los que mediaba una conexión final entre la realización de varios delitos no podía hablarse de concurso ideal sino de un concurso real <sup>25</sup>. Así, indicaba este autor, que tanto el delito medio como el

---

<sup>22</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I., vol. I, 1915, p. 531.

<sup>23</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I., vol. I, 1915, pp. 528-529.

<sup>24</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I., vol. I, 1915, pp. 528-529.

<sup>25</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I., vol. I, 1915, pp. 537-540; para este autor son diversas las formas en las que se puede presentar un concurso real, así existe el *concurso simultáneo*, cuando los delitos concurrentes se cometen mediante una sola acción o mediante varias acciones pero en un mismo conjunto; *concurso sucesivo*, cuando los delitos no tienen entre sí ninguna relación pero todos se juzgan al mismo tiempo porque, no habiendo sido conocidos anteriormente, haya sido imposible someterlos a juicio; concurso de *conexión cronológica o accidental*, cuando los delitos se cometen al mismo tiempo sin que importe que sean cometidos en el mismo lugar; *conexión jurídica*, cuando una lesión jurídica, aun cuando por sí misma agote los elementos de un delito, sea todavía elemento de otro delito mayor del que entre a formar parte; *conexión ideológica*, cuando ambos delitos se encuentren unidos por el vínculo de medio a fin; *conexión ontológica o material*, cuando un delito facilita otro o cuando un delito sirve de medio para otro, aun cuando se haya meditado de antemano; y *conexión consecucional*, cuando un delito ha servido para borrar las huellas de otro delito, o cuando ha servido para procurarse la impunidad.

delito fin tenían su propia personalidad porque eran queridos individualmente, y cada uno tenía su propia objetividad, por lo que no existía razón alguna para que los dos delitos quedasen fundidos en uno sólo <sup>26</sup>.

Igualmente Alimena rechazó que en los casos de concurso ideal pudiera reconocerse la figura del delito complejo tal y como lo habían hecho Carrara y Pessina, pues para este autor una cosa era que el legislador, en determinadas ocasiones y por razones técnicas o porque considerase que la pena debía ser mayor que la correspondiente a los delitos concurrentes, tipificase un nuevo delito mediante la concurrencia de delitos distintos, y otra que en los casos en los que se hubiera violado una pluralidad de disposiciones legales inseparables realmente no hubiera más que un delito. De esta forma, reconducía el delito complejo a una cuestión de mera técnica legislativa, distinta de los supuestos de concurrencia delictiva.

Sin duda la aportación de Alimena fue muy importante en tanto sentó las bases para la distinción entre la unidad y pluralidad delictiva en torno no al concepto de acción u hecho sino a la unidad o pluralidad de bienes jurídicos lesionados. Y por otra parte, delimitó la figura del delito complejo de los supuestos concursales o lo que es lo mismo la unidad delictiva de la pluralidad.

### **3.- LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ANTE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE ROCCO DE 1930**

La preocupación de la Escuela positiva sobre la peligrosidad que manifestaba un sujeto cuando incurría en una pluralidad de delitos, ya fuera por medio de un único acto, ya porque la comisión de uno fuera el medio para la comisión de otro, o porque los hubiere realizado en varios actos, estuvo muy presente en la reforma del Código penal de Zanardelli. Se criticaba el trato de favor que se otorgaba por dicho Código penal a los supuestos de concurso ideal

---

<sup>26</sup> Cfr. ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, t. I., vol., I, 1915, pp. 518 y 540-543.

frente al resto de los supuestos concursales <sup>27</sup>, sobre todo tras el reconocimiento por parte de Alimena de que en el concurso ideal se lesionaban varios bienes jurídicos.

Por ello, la publicación del Código penal de Rocco de 1930 vino a modificar sustancialmente la situación creada bajo la vigencia de los textos legales anteriores. Así, en primer lugar se sustituyó el término “hecho” sobre el que se había sustentado toda la teoría anterior, por los términos “acción” u “omisión”; en segundo lugar, se impuso el mismo sistema sancionador para todas las modalidades concursales; se admitía expresamente como modalidad de concurso ideal, el concurso ideal homogéneo y se regulaba el delito continuado de forma expresa. Así, el artículo 81 disponía lo siguiente:

*“Quien con una sola acción u omisión viola diversas disposiciones de ley o comete varias violaciones de la misma disposición de ley, será sancionado según las normas de los artículos precedentes.*

*Quien con varias acciones u omisiones ejecute el mismo designio criminal, comete, también en diversos momentos, varias violaciones de la misma disposición de ley, aunque sean de diversa gravedad. En tal caso las diversas violaciones se consideran como un solo delito y se aplica la pena que debe infligirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple”.*

La conexión delictiva que se preveía como modalidad concursal especial en el artículo 77 del Código penal de Zanardelli se sustrajo de las reglas reguladoras del concurso de delitos y se convirtió en una circunstancia agravante común a todos los delitos. En concreto el artículo 61.2 preveía como circunstancia agravante el haber cometido el delito para ejecutar u ocultar otro o perseguir o asegurar, a si mismo o a otro, el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro delito. Se recogían, pues tres hipótesis diferentes, que se pueden agrupar en la denominada conexión teleológica, cuando un delito es

---

<sup>27</sup> Vid. sobre esta postura de los autores de la Escuela Positiva, NUVOLONE, en *Revista italiana di Diritto penale*, 1959, pp. 1092-1905.

cometido para ejecutar otro o cuando un delito es cometido para ocultar otro; y consecuencial, cuando un delito se comete para conseguir o asegurar, a sí mismo o para otras personas, el producto, provecho, precio o la impunidad de otro delito.

Esta circunstancia agravante se calificó como una circunstancia mixta, objetiva y subjetiva, cuyo aspecto objetivo se representaba por el vínculo teleológico que unía a los dos delitos en el plano comisivo y el aspecto subjetivo, en la motivación del agente <sup>28</sup>.

La necesidad de criminalizar con mayor dureza a los sujetos que cometieran una pluralidad de delitos según la Escuela positiva también estuvo presente en la regulación de esta nueva circunstancia agravante, pues se entendió que su aplicación procedía en cualquier caso en el que se hubiera realizado una pluralidad de delitos aún cuando se hubiese aplicado las reglas concursales. De ahí que se mantuviera como fundamento de la misma que el cometer un delito para ejecutar u ocultar otro o para conseguir el fin propuesto revela en el agente una mayor insensibilidad moral y peligrosidad <sup>29</sup>.

En esta nueva regulación también se excepcionan de las reglas concursales el denominado delito complejo que pasa a ser una figura creada por el legislador según señala el artículo 84 del citado Código en el que se decía que:

*“Las disposiciones de los artículos anteriores no son de aplicación cuando la ley considera como elementos constitutivos o circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que constituirían por sí mismo delito”.*

Pero lo más importante de este Código penal a efectos del concurso ideal fue que el término “hecho” que lo definía, fuera sustituido por el de “acción”, pues ello supuso un cambio radical en la doctrina en lo que se refiere

---

<sup>28</sup> Vid. NUVOLONE, *Il sistema del Diritto penale*, 2ª ed., 1982, p. 435.

<sup>29</sup> Vid. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 393.



a la naturaleza jurídica de dicha modalidad concursal. En efecto, al fundamentar el concurso ideal en la acción y no en el hecho la doctrina reconoció en él un supuesto de auténtica concurrencia delictiva <sup>30</sup>. En este sentido señalaría Bettioli que al sustentar el concurso ideal en el hecho, identificando hecho con delito, se incurría en un error legal, en tanto hacía imposible la concurrencia ideal, pues si a cada delito le correspondía un hecho, el concurso ideal se hacía imposible, pues la idea de un solo hecho, como sinónimo de delito, productor de varios delitos resultaba contradictoria <sup>31</sup>. Y de manera idéntica Moro afirmaba que concebido el concurso ideal sobre la unidad de acción, permitía establecer una clara distinción entre esta figura de auténtica concurrencia delictiva de lo que simplemente constituía el concurso de leyes, pues, según este autor, y tras analizar los postulados de Beling, hubo de concluir que el concurso de leyes consistía en la coincidencia de más de una norma en la valoración de un hecho, pero en una relación en la que sólo era válida la aplicación de una de ellas, mientras que el caso del concurso ideal se definía por la independencia que caracterizaba a las distintas leyes concurrentes y por la coexistencia efectiva y definitiva de las mismas <sup>32</sup>.

También se ha de señalar que pesar de que en el artículo 81 del Código de Rocco se hiciera referencia expresa a la posibilidad de que las disposiciones legales violadas fueran una misma, la aceptación del concurso ideal homogéneo como posible modalidad del mismo siguió resultando cuestionable por gran parte de la doctrina. No obstante, si no era aceptada dicha modalidad no fue tanto por cuestiones estructurales sino por las consecuencias jurídicas que de su aceptación se derivaban.

---

<sup>30</sup> Así, MORO, *Unità e pluralità di reati*, 2ª ed., 1954, p. 153, quien califica al concurso ideal como un concurso de delitos de características especiales que requiere por ello de una disciplina especial. También en este sentido, vid. PROSDOCIMI, en *Digesto delle Discipline Penali*, vol. II, 4ª ed., 1992, pp. 517-518.

<sup>31</sup> Cfr. BETTIOLI / MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1986, p. 691.

<sup>32</sup> Cfr. MORO, *Unità e pluralità di reati*, 2ª ed., 1954, p. 155.

En efecto, como ya he dicho en el Código de Rocco se sancionaba con el mismo sistema punitivo al concurso real y al ideal, esto es, aplicaba el sistema de acumulación material de las penas a ambas modalidades concursales, mientras que para el delito continuado preveía un sistema de exasperación. Ante esta diferencia punitiva entre el delito continuado y la concurrencia ideal, la doctrina llegó a considerar como un atentado a la justicia material el que determinadas hipótesis de pluralidad de acciones y de delito, unificadas a través del mismo designio criminal, pudiera aplicársele una pena sensiblemente inferior a la que se prescribía para la unidad de acción con pluralidad de lesiones legales, máxime cuando éstas podían ser homogéneas. De ahí que se concluyera que por lógica, si la entidad mayor comprende también la menor, habría de admitirse igualmente la continuación en estos casos de concurso ideal o formal homogéneos. Así, se consideró por parte de algunos autores, que cuando había una sola acción con varias violaciones de la misma disposición de ley, de lo que se trataba era de un delito continuado y no de un concurso ideal<sup>33</sup>.

En cierto modo esta necesidad de buscar una sanción jurídica proporcionada a los hechos ponía de manifiesto que la doctrina italiana, a pesar de la regulación prevista en el Código penal de 1930, reconocía en los distintos supuestos concursales un contenido de injusto diferente, bien porque existiese un mismo designio criminal bien porque se hubiere llevado a cabo una sola

---

<sup>33</sup> Vid. sobre el particular BETTIOL / MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1986, p. 692; SANTANIELLO / MARUOTTI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 1990, p. 544, nota 6; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 458. No admitían delito continuado en los casos de que una única acción lesionara la misma disposición de ley varias veces: MANZINI, *Istituzioni di Diritto penale italiano*, vol. I, 9ª ed., 1958, p.166, quien, sin embargo, calificaba al delito continuado y al delito complejo como supuestos de concurso ideal de delitos. También, RANIERI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, vol. I, 4ª ed, 1968, p. 457, nota 3, para quien la consideración del concurso ideal homogéneo como delito continuado no podía aceptarse porque iba contra el tenor literal del precepto, pues para el delito continuado se exigía además del mismo designio criminoso, una pluralidad de acciones u omisiones que era justamente lo contrario de lo que se daba en un concurso ideal que se definía por la unidad de acción.

acción. Por ello, en 1974 se reforma el artículo 81 tratando de buscar para el concurso ideal una solución jurídica más ajustada a los criterios de justicia material. En este sentido ya señalaba Moro, siguiendo a Carnelutti, que la ecuación compuesta por una acción y varios delitos no podía ser igual a la ecuación compuesta por dos acciones y dos delitos, como no es indiferente al Derecho la diversa participación en un delito <sup>34</sup>.

#### **4.- LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE ROCCO POR EL DECRETO DE 11 DE ABRIL DE 1974**

La reforma del artículo 81 del Código penal de Rocco por el Decreto de 11 de abril de 1974 no afectó a la definición del concurso ideal pero sí a su sistema sancionador, ya que estableció una diferencia punitiva entre éste y el concurso real. Así para el concurso ideal el nuevo artículo 81 impuso como sistema punitivo del concurso ideal un sistema de exasperación, idéntico al que se preveía para el delito continuado y con el límite de que nunca podría superar la penalidad que correspondiese en caso de tratarse de un concurso real para el que se preveía un sistema de acumulación material de penas.

En este sentido, el artículo 81 tras su reforma disponía lo siguiente:

*“1.-Se sancionará con la pena que debe imponerse por la infracción más grave aumentada hasta el triplo, quien con una sola acción u omisión viola diversas disposiciones legales o infringe varias veces la misma disposición legal.*

---

<sup>34</sup> Cfr. MORO, *Unitá e pluralità di reati*, 2ª ed., 1954, pp. 147-148, 157-159 y 161, donde se rechaza expresamente el sistema de acumulación material previsto por la legislación penal vigente, por considerar demasiado rígida e injustificada la equiparación del concurso ideal y real. No obstante rechazaba el sistema de absorción aunque se adecuara a la estructura unitaria del concurso ideal, pues consideraba que al existir una pluralidad de delitos no era suficiente para la punición del concurso ideal con que una sola ley fuese la que diera respuesta a la verdadera situación jurídica del concurso ideal; y por ello proponía un sistema de exasperación en el que la pena correspondiente al delito más grave fuera aumentada en cierta medida, para dar respuesta adecuada a la multiplicidad de valoraciones jurídicas que existe en un supuesto de concurso ideal.

*2.- Corresponde imponer la misma pena a quien con varias acciones u omisiones, ejecutadas conforme al mismo designio criminal, comete también en distintos momentos varias violaciones de la misma o de diversa disposiciones legales.*

*3.- No obstante lo dispuesto en este artículo, la pena no podrá ser superior a la que resultare de aplicar las normas de los artículos precedentes”<sup>35</sup>.*

La razón por la que esta reforma restablece los distintos sistemas sancionadores para las diferentes modalidades concursales se deriva del hecho de que la doctrina italiana siempre tuvo presente que el concurso real tenía un mayor contenido de injusto que los supuestos de concurso ideal. Pues, independientemente de la peligrosidad de cualquier delincuente, cuando los delitos se suceden unos a otros, como dice Palermo, la persistencia del sujeto

---

<sup>35</sup> El concurso real viene regulado en los artículos 71-80 del Código penal italiano de 1974. Distingue el texto entre concurso de penas de la misma especie o de distinta especie. Así, el artículo 73 señala para las primeras que se aplicará una pena única por tiempo igual a la suma de las penas singulares. Por su parte, el artículo 74 dispone que si como consecuencia de la comisión de varios delitos procede imponer penas de prisión de diferente especie, éstas se aplicarán independientes y por entero. La pena de arresto se cumplirá la última. El artículo 75 contiene una norma idéntica a la anterior pero referida a las penas pecuniarias. El artículo 77 contempla el régimen de las penas accesorias. Por su parte el artículo 78 establece los siguientes límites: cuando se impongan penas de prisión de la misma especie o penas de multa igualmente de la misma especie, la pena no podrá ser superior al quíntuplo de la más grave de las penas concurrentes, ni exceder de 30 años en caso de pena de reclusión, 6 años por la de arresto; 30 millones de liras para las penas de multa impuesta en caso de crímenes y de 6 millones en caso de pena de multa por las contravenciones, salvo que el juez hiciera uso de lo dispuesto en el artículo 133 bis del Código. Para los casos de concursos castigados con penas de diferente naturaleza la duración de la pena a imponer conforme a dicho artículo no podrá ser superior a 30 años. En el artículo 79 se establecen los límites a las penas accesorias, que serán de 10 años si se tratara de interdicción a cargo público o interdicción al ejercicio de una profesión u oficio; y de 5 años, si se tratara de una suspensión del ejercicio de una profesión u oficio. En caso de imposibilidad práctica para acumular algunas de las penas, el artículo 72 prevé un sistema de sustitución de penas. El artículo 76 precisa cuándo las penas concurrentes se consideran a efectos jurídicos como pena única y cuándo como penas independientes. Y por último, el artículo 77 contiene una norma para la determinación de las penas accesorias y de otros efectos penales de la condena en caso de concurrencia delictiva.

en su actitud criminal requiere de una sanción superior que la que debe corresponder a los sujetos que hayan actuado una sola vez <sup>36</sup>.

No obstante, hay que decir que aunque para el concurso ideal se prevea un sistema de exasperación frente al de acumulación material del concurso real, en la práctica forense aquél se ha visto sustituido por el de acumulación material cuando las penas concurrentes son de diversa naturaleza <sup>37</sup>.

Una de las consecuencias de esta nueva regulación es que se encuentra asentada la idea de que la característica esencial del concurso ideal heterogéneo estriba en que el hecho concreto presenta una complejidad de elementos de los cuales una parte de ellos corresponde a la vez a dos o más delitos, mientras que los otros pertenecen a cada uno de los tipos concurrentes <sup>38</sup>. Y otra es que los mismos autores citados entienden, como ya lo hicieran Bettiol y Moro, que la diferencia del concurso ideal con el concurso de leyes estriba en que mientras en éste una de las normas excluye la aplicación de la otra u otras, porque comprende en sí la totalidad del hecho, en el concurso ideal o formal resulta necesaria para la valoración del hecho la consideración de la totalidad de las disposiciones, y por ello se han de aplicar conjuntamente, en cuanto cada una de ellas comprende solamente una parte del hecho <sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Vid. PALERMO, *Comentario breve al Codice penale*, 1992, pp. 274-282.

<sup>37</sup> Sobre la aplicación por los tribunales italianos de este principio de exasperación y la Corte Constitucional italiana, vid. *supra* Capítulo X, 3.2.3.

<sup>38</sup> Así por ejemplo: RANIERI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., 1968, p. 458; BETTIOL / MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 12<sup>a</sup> ed., 1986, p. 694; SANTANIELLO / MARUOTTI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 1990, p. 544; PADOVANI, *Diritto penale*, 1990, p. 477; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 12<sup>a</sup> ed., 1991, p. 457, quien lo explica comentando el siguiente supuesto: en el caso de la violencia carnal con la hermana, el acto sexual corresponde tanto al delito de incesto como al previsto en el artículo 519 del Código penal, mientras el vínculo de sangre es propio del incesto y el acometimiento físico es propio de la agresión sexual. En otro término, en el concurso formal dos o más disposiciones legales valoran la misma parte del hecho y, además cada una de las partes no comunes.

<sup>39</sup> En este sentido: MORO, *Unità e pluralità di reati*, 2<sup>a</sup> ed., 1954, p. 155; RANIERI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., 1968, pp. 93-94; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale, parte generale*, 12<sup>a</sup> ed., 1991, p. 457.

También este cambio del sistema punitivo del concurso ideal ha hecho que la doctrina ya no tenga inconveniente en aceptar el concurso ideal homogéneo y entienda que resulta indiferente que una acción lesione una misma disposición legal varias veces o que sean varias las leyes infringidas <sup>40</sup>. Por ello, ahora ya ni la doctrina ni la jurisprudencia necesita reconducir esta modalidad al delito continuado y distingue entre ambas figuras en atención a que en el delito continuado son múltiples las acciones que se llevan a cabo, frente al concurso ideal homogéneo en el que hay solo una acción u omisión, así como porque para la primera de las figuras se exige inexorablemente la presencia de un mismo designio criminal que, sin embargo, no es propio del concurso ideal <sup>41</sup>.

Por otra parte, se mantiene como circunstancia agravante la prevista en el artículo 61.2 para los casos en los que entre varios delitos se dé un vínculo teleológico o consecucional, si bien hoy en día su fundamento es cuestionado por los autores italianos por entender que ello no siempre es así. En efecto se considera que existen delitos que no son fines en sí mismos, bien porque el delito medio resulte en la práctica el único medio o al menos el modo más usual para realizar el delito fin, o bien porque el delito consecucional representa casi una necesidad, como sucedería en el caso de que un empleado tras haber sustraído una cantidad de dinero se viese obligado a alterar la contabilidad a fin de no ser descubierto, y en consecuencia no siempre el nexo de unión entre los delitos cometidos justifica la aplicación de la circunstancia agravante <sup>42</sup>.

Lógicamente resulta controvertida para la doctrina y la jurisprudencia italiana el que esta circunstancia sea posible aplicarla al concurso ideal, ya que hay autores, como Antolisei, que niegan dicha posibilidad al considerar que

---

<sup>40</sup> Vid. MORO, *Unità e pluralità di reati*, 2ª ed, 1954, p. 165.

<sup>41</sup> Cfr. FLORA, en *Rivista italiana di Diritto penale*, fas. 2º., 1975, pp. 507- 516; BETTIOL/ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 12ª ed, 1986, p. 693.

<sup>42</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 393.

presupuesto para la aplicación de la agravante lo constituye la necesidad de actividades criminales distintas y autónomas que por definición no se dan en el concurso ideal <sup>43</sup>.

Por otra parte se ha de señalar que el delito complejo, tan ligado tradicionalmente a las figuras concursales en este país, se sustrae de forma expresa por el legislador de las reglas del concurso <sup>44</sup>.

## **5.- LOS MOVIMIENTOS REFORMADORES**

El proceso de reforma del Código penal italiano que se inició en virtud de un Decreto de 8 de febrero de 1988 y culminó el 31 de diciembre de 1991, nunca llegaría ver la luz de una forma definitiva. En el nuevo esquema de Ley penal que se proponía mantuvo la definición del concurso ideal dada por el artículo 81 del Código penal de Rocco y el sistema sancionador previsto por la reforma de 1974, esto es, de exasperación, por el que la pena correspondiente

---

<sup>43</sup> Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 392. En el mismo sentido PISAPIA, *Istituzioni di Diritto penale. Parte generale e parte speciale*, 3ª ed., 1975, p. 153. En sentido contrario se manifiesta MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 3ª ed., 1992, pp. 406-407, donde se cita jurisprudencia en la que se aplica esta circunstancia agravante en caso de concurso ideal. Postura intermedia mantiene NUVOLONE, *Il sistema del Diritto penale*, 2ª ed., 1982, pp. 435-436.

<sup>44</sup> ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 473, señala que se trata de un caso de unificación legislativa, de tal forma que el delito compuesto o complejo es ciertamente un único delito, que resulta configurado a través de los elementos de otros delitos. Y se distingue entre dos supuestos de delito complejo: uno primero como delito complejo o compuesto en sentido estricto, que es al que se refiere el artículo 84; y el delito complejo en sentido lato, el cual surge cuando un delito, contiene en sí necesariamente otro delito menos grave. Un ejemplo sería el de la violencia carnal, que comprende la violencia y presenta el elemento añadido del acceso carnal, elemento que por sí solo no constituye delito. Otro caso, el desacato previsto en el artículo 341 del Código penal italiano, este delito incluye necesariamente el delito de injuria (artículo 594), con la particularidad de que el sujeto pasivo es la autoridad pública. Esta figura no encuentra su fundamento en el artículo 84 transcrito, sino en el principio general de especialidad (y por tanto concurso de leyes), recogido en el artículo 15 del Código penal italiano, en cuanto que el hecho del delito que comprende otro menos grave es especial respecto de aquel que debe prevalecer sobre el segundo, y por ello se excluye su aplicación.

al delito más grave se aumentaría hasta el triplo. Para el concurso real se suprimía el principio de acumulación material y se sustituía por un sistema de exasperación en el que la sanción del delito más grave se incrementaba hasta el cuádruplo de la misma, y el principio de acumulación material se convertía en el límite superior <sup>45</sup>. En definitiva, en líneas generales se mantenía la doctrina consolidada tras la reforma de 1974 de otorgar un tratamiento sancionador a las distintas modalidades concursales.

## **6.- RECAPITULACIÓN**

De lo hasta aquí expuesto podemos observar como los problemas que se han ido planteando en la evolución doctrinal y legal en Alemania e Italia han tenido una evolución paralela, sin perjuicio lógicamente de las particularidades de cada de una de ellas según lo expuesto. Sin embargo en ambas se comprueba como la naturaleza jurídica del concurso ideal depende del concepto de delito que se asuma. Así, si el delito equivale a acción, el concurso ideal no puede ser nunca un supuesto de concurrencia delictiva. No obstante, aunque se partiera de este presupuesto la figura del concurso ideal siempre ha presentado características distintas de la unidad de delito y del concurso de leyes, pues la necesidad de una valoración jurídica ajustada a los casos en los que una misma acción vulnera varias disposiciones legales obliga de una u otra forma a tener en cuenta todas las disposiciones infringidas. Por eso, y aun partiendo de ese concepto de delito, la solución jurídica consistente en aplicar sólo la pena del delito más grave nunca satisfizo y por ello, por un camino u otro siempre se ha buscado tener en cuenta en la consecuencia jurídica todas las normas violadas. Este reconocimiento paulatino del papel de todas las normas violadas en la consecuencia jurídica de la concurrencia ideal no ha sido

---

<sup>45</sup> Para el esquema del Proyecto de Ley completo, vid. PISANI, en *Quaderni de L'indice penale*, nº 9, 1993.



más que una forma de constatar la pluralidad que subyace en la figura concursal.

Posteriormente, la concepción del delito como infracción de la norma modifica el panorama y permite aceptar con mayor facilidad la naturaleza plural del concurso ideal. Ahora bien, la unidad de delito y la concurrencia delictiva ya no se decide por la unidad o pluralidad de la acción, sino que ésta se convierte sólo en un elemento diferenciador entre las distintas modalidades concursales.

Una vez pues, que se llega reconocer que el concurso ideal no es un supuesto de unidad de delictiva surge otro problema y que se sitúa en el polo opuesto: tratar de diferenciar el mismo de la concurrencia real. Por ello, tanto por parte de la doctrina alemana como de la italiana se ha llegado a proponer que ambas modalidades concursales recibieran el mismo tratamiento sancionador. La legislación alemana nunca lo plasmó pero sí la italiana. No obstante, cuestiones de diversa índole como la menor culpabilidad del sujeto o el menor contenido de injusto de la unidad de acción que se puede apreciar en el concurso ideal han justificado en ambos países que hoy se establezcan distintos tratamientos punitivos para ambas modalidades concursales y en definitiva se reconozcan las diferencias que existen entre las mismas.

## **CAPÍTULO IV**

# **EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL CONCURSO IDEAL EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA**

### **1.- INTRODUCCIÓN**

El presente capítulo tiene como único objetivo mostrar la evolución legislativa del concurso ideal de delitos en nuestros textos legales a fin de comprobar desde cuándo, cómo y qué soluciones jurídicas se han propuesto y previsto por nuestros legisladores a lo largo de la historia de la codificación española.

### **2. ANTECEDENTES**

Con carácter previo al estudio de la evolución histórico-legislativa del concurso ideal de delitos en la codificación española haré una pequeña referencia a cómo la teoría del concurso se presentó en el Derecho Romano, Derecho germánico, Derecho canónico y así como en la Edad Media y en la Edad Moderna. No me voy a detener en estos antecedentes en tanto su estudio pormenorizado podemos encontrarlo en la obra del autor alemán Geerds, *Zur*

*Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*<sup>1</sup>, y en España la ha analizado Sanz Morán, en su libro *El concurso de delitos*<sup>2</sup>.

Comenzaré señalando que, a pesar de la postura mantenida por v. Hippel en Alemania y Pessina en Italia, a principio del siglo pasado<sup>3</sup>, lo cierto es que en el Derecho romano la concurrencia delictiva sólo interesó en el ámbito jurídico procesal<sup>4</sup>.

En efecto, se ha discutido mucho sobre el régimen sancionador que se aplicaba durante esta época a los casos de pluralidad delictiva, manifestando Geerds<sup>5</sup> en este sentido, que aunque se generalizará la idea de que en el Derecho romano para los supuestos de concurrencia delictiva regía con carácter general el principio de acumulación de penas (*“Quot crimina, tot*

---

<sup>1</sup> Vid. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 5-22.

<sup>2</sup> Vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 39-56.

<sup>3</sup> Vid. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, 1925, pp. 74-75, quien identificaba las figuras del concurso real, ideal y de leyes en la acumulación y concurrencia de acciones procesales. En este mismo sentido, en Italia, PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 1936, p. 552.

<sup>4</sup> Así, BLEI, *Strafrecht I, All. T.*, 18<sup>a</sup> ed., 1983, p. 340. También, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 40, quienes respecto de la obra de MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. I y II, 1991, pp. 272-375, y pp. 338-343, analizan como este último autor distinguía entre lo que él denominó como *“Klagenkumulation”*, esto es, la acumulación de acciones dirigidas contra un mismo sujeto con la posibilidad de un enjuiciamiento unitario, y la *“Klagenkonkurrenz”*, o concurrencia de acciones, cuando un mismo hecho punible servía de base para las diversas acusaciones.

<sup>5</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 6-7. Se entendió que el principio de acumulación material encontraba su apoyo en el pasaje 47,1, 2. del Digesto de Justiniano, donde se señalaba que *“De la concurrencia de varios delitos nunca puede resultar que el que los cometió salga impune, porque un delito no debe atenuar la pena de otro delito. Así pues, el que hurtó y mató un esclavo, responde con la acción de hurto, y con la Aquilia por matar, y ninguna de estas dos acciones consume la otra (...)”*. Sin embargo, para este autor la expresión *“en nullius impunitas detur”*, tan solo constituía una regla de Derecho procesal, que en modo alguno obligaba a entender que a cada delito en particular le correspondiese una pena, sino que de la misma sólo se derivaba que ningún delito podía quedar impune, pero nada decía sobre cuál había de ser el castigo a imponer.

*poenae*”) <sup>6</sup>, lo cierto es que fueron otros muchos los sistemas que se barajaron en atención a la naturaleza de las penas concurrentes <sup>7</sup>.

En el Derecho penal germánico primitivo el papel preponderante lo tenía la venganza privada (*Blutrache*). Así el castigo de las ofensas cometidas contra los individuos pertenecientes a la *Sippe* se configuró no sólo como un derecho sino un deber de la misma. En este contexto, la responsabilidad de los sujetos se traducían en una responsabilidad eminentemente objetiva fundada en el daño, por lo que de producirse un resultado lesivo se daba por supuesta la voluntad del individuo <sup>8</sup>, y en consecuencia, se apreciaban tantos delitos como resultados se hubiesen producido <sup>9</sup>.

Ahora bien, no todos los supuestos de pluralidad delictiva iban a gozar del mismo tratamiento sancionador, pues como ya ocurriese en el Derecho romano, éste dependería de la naturaleza de las sanciones impuestas. Así, prevalecía el principio de absorción cuando las penas que concurrían eran las más graves, tales como la pérdida de la paz (*Freidlosigkeit*) <sup>10</sup>, el destierro, o la pena de muerte. Mientras que el principio de acumulación estaba previsto,

---

<sup>6</sup> Por ejemplo encontramos esta afirmación en: CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, vol. II, 5ª ed., 1877, § 730, pp. 234-235; IMPALLOMENE, *Istituzioni di Diritto penale*, 1908, p. 414; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 1936, pp. 552-553, para quien este principio sería de aplicación no sólo a los delitos privados sino también a los públicos, aunque estuviera recogido en el título dedicado a los primeros.

También en nuestro país, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, t. II, 1872, p. 421.

<sup>7</sup> Así, GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 8, señalaba que no era de aplicación la acumulación de penas en casos en los que las penas a imponer fueran incompatibles, como por ejemplo cuando concurría la pena de muerte con los trabajos forzados perpetuos o con el destierro, y aún en penas que, por sus respectivas naturalezas no resultaban incompatibles, tampoco constituía regla general este principio, según se advertía en el pasaje del Digesto (9, 2, 32).

<sup>8</sup> Cfr. DEL GIUDICE, en *Enciclopedia de Diritto penale italiano*, de E. PESSINA, vol. I, 1905, p. 486.

<sup>9</sup> Cfr. v. HIPPEL, *Duestches Strafrecht*, t. I, 1925, pp. 100-108.

<sup>10</sup> La pena de la pérdida de la paz se imponía cuando el individuo de la tribu cometía un delito contra ésta.

aunque no siempre con carácter ilimitado, para las penas corporales y la pena de multa <sup>11</sup>.

En definitiva, si la pluralidad delictiva dependía exclusivamente del número de resultados materiales producidos y la elección del sistema sancionador estaba presidida fundamentalmente por la naturaleza de las penas, se ha de concluir que tampoco el Derecho penal germánico conoció una verdadera teoría del concurso.

El Derecho penal canónico hizo depender la responsabilidad de la culpa, y si bien no se llegó a identificar el delito con el pecado, sí se exigía el segundo para admitir el primero. Es por ello, que la pena adquirió un carácter vindicativo propio de la justicia ultraterrena, con un fundamento puramente retribucionista, y que a efectos de la concurrencia delictiva se tradujo en la aplicación del principio de acumulación de las “*poena latae*” <sup>12</sup>. No obstante, de tratarse de las “*poenae ferendae sententiae*”, la múltiple violación de una ley se consideró solamente como una circunstancia agravante.

La acumulación material, la absorción de penas y la acumulación jurídica <sup>13</sup>, como criterios sancionadores a la concurrencia delictiva canónica aparecieron por primera vez consagrados en el Código Canónico de 1917 <sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. DEL GIUDICE, en *Enciclopedia de Diritto penale italiano*, de E. PESSINA, vol. I, 1905, pp. 486-489. También, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 42.

<sup>12</sup> Se denominan *latae sententiae* aquéllas en las cuales se incurre en el momento de cometer el delito, y *ferendae* las que se imponen por la autoridad eclesiástica en cumplimiento de una ley. En el caso primero, la pena y su aplicación viene de la ley, y el juez únicamente tiene que declarar para los efectos externos que el delincuente ha incurrido en ella; en el segundo caso, de la ley no se deriva más que la obligación de imponerla, pero la pena no existe hasta que de hecho sea impuesta por el juez eclesiástico. Vid. MORALES Y ALONSO, *Instituciones de Derecho Canónico*, t. II, 1895, pp. 786-787; SCHIAPPOLI, en *Enciclopedia de Diritto penale italiano*, de E. PESSINA, vol. I, 1905, pp. 747-748.

<sup>13</sup> La denominación de acumulación jurídica se emplea por este ordenamiento para designar aquel sistema de determinación de la pena en el que las distintas penas se reducían hasta compensarlas proporcionalmente con el hecho cometido. En este sentido, el citado texto sentaba como regla general el principio de acumulación material, para cuya aplicación se distinguía según se tratara de “*poena latae*”, o

El *Codex iuris canonici* de 1983 excluyó la posibilidad del principio de absorción para las penas *ferendae sententiae*, haciéndoles extensible el sistema acumulativo de las “*poena latae*”, si bien con la facultad de mitigar su rigor conforme al criterio del propio juzgador <sup>15</sup>.

En conclusión, aunque en el Derecho penal canónico positivo se establezcan diversos sistemas sancionadores para la concurrencia delictiva, las amplias facultades que se les otorgan a los jueces, y la atención que se presta a la naturaleza de las penas concurrentes, impiden reconocer que en el mismo existiera y exista una verdadera teoría concursal.

Los distintos cuerpos legales elaborados en nuestro país durante la Edad Media no presentan diferencias sustanciales con relación a lo hasta aquí expuesto <sup>16</sup>. La pervivencia del Derecho visigodo y la posterior recepción del

---

“*poenae ferendae sententiae*”. Para las primeras, la acumulación resultaba siempre obligatoria y para las segundas, podría el juez diferir o incluso prescindir de la aplicación de todas las penas o de algunas de ellas, si el reo ya se hubiese enmendado, o bien, podía cambiar una o varias penas en “penitencias saludables”, si hubiera circunstancias atenuantes que así lo aconsejaran (C. 2223).

Junto a este principio se concedía también al juez la posibilidad de sancionar mediante el sistema de absorción agravada facultativa. Principio que resultaría de aplicación, según interpretaba AMOR RUBIAL, cuando con un solo acto se cometiesen varios delitos sobre un mismo objeto de delincuencia común y fueran del mismo género, sin perjuicio de apreciar el delito más leve como circunstancia agravante, si lo mereciere. Además, se preveía un principio de acumulación jurídica mediante el cual se suavizaban equitativamente las penas de aquellos delitos que no fueran del mismo género o fueran inconexos. Vid. AMOR RUBIAL, *Derecho penal de la Iglesia Católica según el Código Canónico vigente*, t. II, pp. 116, y 123-124.

<sup>14</sup> En el Canon 224 del Código Canónico de 1917 se disponía que: “§ 1. Ordinariamente deben ser tantas las penas cuantos son los delitos. § 2. Sin embargo, si por el número de los delitos pudiese ser excesivo el cúmulo de penas que habrían de aplicarse, se deja al prudente arbitrio del juez, o el aplicar la pena más grave de todas, añadiéndole si el caso lo pide, alguna penitencia o remedio penal, o el suavizar equitativamente las penas, teniendo en cuenta el número y gravedad de los delitos”.

<sup>15</sup> Dispone el canon 1346 del *Codex iuris canonici* de 1983 que: “Cuando el reo haya cometido varios delitos, si parece excesiva la acumulación de penas *ferendae sententiae*, queda a la prudente discreción del juez el atemperar las penas dentro de unos límites equitativos”.

<sup>16</sup> Vid. Fuero Juzgo, Libro VI, “De los malfechos, et de las penas, et de los tormentos”, que tan solo se refiere a que la responsabilidad era personal y no se podía transferir a la familia. También, El Fuero Real, Libro IV, Título V, “De las penas”,

Derecho romano-justiniano y del Derecho canónico se tradujo en que durante esta época tampoco se prestara atención a la teoría del concurso.

Durante la Edad Moderna y a diferencia de lo que ocurría en el resto de Europa, España continuó anclada en los viejos textos medievales. Por ello, ni en la Nueva Recopilación o en la Novísima Recopilación, ni en las diferentes Pragmáticas dictadas por los monarcas de la época, existen mención alguna a la problemática concursal.

Hubo que esperar hasta finales del siglo XVIII para que comenzara a surgir una necesidad real de reformar nuestro arcaico sistema penal, aunque en lo que se refiere a nuestro tema tendría que transcurrir, aún, más de medio siglo<sup>17</sup>.

### **3.- LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA**

#### **3.1.- El Código penal de 1822**

El Código penal de 1822 también se limitó a establecer distintos sistemas sancionadores según la naturaleza de las penas a imponer. En este sentido, los artículos 113 y 114<sup>18</sup> del Código preveían:

---

Ley III en la que sólo se establece un límite a la sanción por las heridas causadas. Así dependiendo de la herida debía pagarse una cantidad determinada de maravedís, y de causar una pluralidad de ellas ésta cantidad no podría ser superior a los 500 sueldos. La Partida VII “Que fabla de todas las acusaciones e maleficios que los omes fazen; e que pena merescen auer por ende.”

<sup>17</sup> Puede observarse como ni en el “Discurso sobre las penas” de Lardizabal y Uribe (1782), ni en el Plan de Código Criminal de 1787, ni en el posterior “Discurso sobre los delitos y las penas” de J. Marcos Gutiérrez, existe mención alguna a la concurrencia delictiva.

Vid. sobre los intentos codificadores, ANTÓN ONECA, *El Derecho penal de la Ilustración y Don Manuel de Lardizabal*, 1967; CASABÓ RUIZ, en *ADPCP*, 1969, pp. 313- 342. También, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 173-174.

<sup>18</sup> Disponía el artículo 113 Código penal de 1822 que: “En el caso de que algún reo haya de ser sentenciado por dos o más delitos de los cuales el uno tenga señalada la pena de muerte, y los demás otras diferentes, sufrirá solamente la mayor, pero se impondrá con ella la infamia, si la mereciere el reo, y las penas pecuniarias en que hubiese incurrido.

a) un sistema de absorción de las penas más leves por las penas más graves, como la muerte, deportación y trabajos perpetuos (artículos 113 y 114);

b) un sistema de acumulación material para las penas de infamia, de las pecuniarias, y, asimismo, respecto de las penas privativas y restrictivas de libertad (artículo 114);

c) el sistema de exasperación, cuando concurrieran penas de obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto (artículo 114).

Sin embargo, resulta interesante destacar de este Código penal el que en su parte especial dedicada a la regulación de los delitos se encuentren las primeras cláusulas relativas a la concurrencia delictiva, si bien al no quedar definidas las modalidades concursales en la Parte general tal y como hoy las

---

Si por un delito mereciere penas de trabajos perpetuos, y otras más leves por los demás, todas se refundirán en la primera, excepto las pecuniarias, las cuales se impondrán también al mismo tiempo.”

El artículo 114 del Código penal de 1822 señalaba que: “Si el reo en caso del artículo anterior mereciere pena de deportación por un delito, y por otro u otros destierro, presidio, reclusión, prisión, confinamiento, arresto, sujeción a vigilancia u obligación de dar fianza, solamente se le impondrá la primera pena; pero si de un delito mereciere obras públicas y por otro deportación, sufrirá ésta después de cumplir el tiempo de aquéllas. El que por un delito merezca destierro, confinamiento, sujeción a vigilancia u obligación de dar fianza, y por otro obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto, sufrirá éstas últimas penas respectivamente, y después será desterrado, confinado, o sujetos a vigilancia, u obligado a dar fianza. El que por dos o más delitos incurra en dos o más penas distintas dentro de la clase de obras públicas, presidio, reclusión, prisión o arresto, sufrirá la pena mayor en el caso respectivo, aumentándosele el tiempo de la otra u otras con la proporción siguiente: un año de obras públicas por cada dieciocho meses de presidio o reclusión o por cada dos años de prisión o arresto. Un año de presidio por cada uno de reclusión. Un año de presidio por cada dieciocho meses de prisión o arresto. El que por un delito merezca prisión y por otros arresto, sufrirá todo el tiempo de éste en la prisión. En todos los casos comprendidos en este artículo, las demás penas no expresadas en él menores que las de muerte y trabajos perpetuos se impondrán y ejecutarán todas como las prescribe la ley contra los diferentes delitos en que hubiera incurrido el reo, guardándose en la ejecución el siguiente orden: Primero: el oír públicamente la sentencia. Segundo: la reprensión o apercibimiento judicial. Tercero: la retractación y satisfacción. Cuarto: el ver ejecutar la sentencia”.



conocemos, el significado de dichas cláusulas no iba más allá de establecer una simple regla para la determinación de la pena a imponer <sup>19</sup>.

Pero sin duda, lo más sobresaliente de este primer Código penal es que por primera vez en nuestra historia legislativa se cuestiona el principio de que a cada delito le corresponda la aplicación de una pena <sup>20</sup>.

Por eso conviene que antes de continuar exponiendo como los textos legales posteriores regularon las diversas modalidades concursales, fije en líneas generales, ya que será objeto de un estudio más pormenorizado en la tercera parte de este trabajo <sup>21</sup>, en que consisten los distintos sistemas sancionadores aplicable a la concurrencia delictiva.

En primer lugar cabe mencionar el principio punitivo que se conoce como *sistema de pena unitaria*, que consiste en imponer una pena a la

---

<sup>19</sup> Así, por ejemplo el artículo 664, tras definir el delito de rapto, preveía la correspondiente pena a imponer y añadía que ésta se impondría “sin perjuicio de otra mayor que merezca si usare el engaño referido, o causare heridas u otro mal tratamiento de obra en la violencia”.

También, el artículo 665 que disponía lo siguiente: “El que con cualquier otro engaño que el expresado en el artículo anterior, pero sin violencia ni amenazas, robe fraudulentamente a una persona que deje llevar de buena fe sin conocer el engaño, sufrirá dos a seis años de obras públicas; sin perjuicio de otra pena a que se haga acreedor por el engaño que cometa”.

O el artículo 666 en el que se preveía lo siguiente: “Si el reo abusare deshonestamente de la persona robada en cualquiera de los casos de los dos artículos precedentes contra la voluntad de ella, sufrirá ocho años mas de obras públicas y destierro perpetuo del pueblo en el que habite dicha persona y veinte leguas en contorno. Si además de robarla la maltratare de obra, o cometiera con ella otro delito, sufrirá también la pena respectiva al que cometa”.

En otras ocasiones establecía directamente la pena en caso de pluralidad delictiva. Por ejemplo, el artículo 730 sancionaba a trabajos perpetuos a los que en distintas ocasiones hubieren cometido dos o más robos.

<sup>20</sup> Así, en la regulación especial de los delitos se establecía una pena para una concurrencia delictiva según resultase de la aplicación de un principio de absorción agravada o del de exasperación. Por ejemplo, el artículo 732 decía que: “Los que en distintas ocasiones hubieren cometido dos o más robos de los expresados en este artículo y en el precedente, o uno de ellos y dos hurtos, o más sin haber sido condenados por ninguno de ellos, sufrirán el máximo de la pena señalada al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta una cuarta parte más”. También en este sentido vid. lo dispuesto en el artículo 751.

<sup>21</sup> Vid. *infra*, Capítulo X, 2.

conurrencia delictiva al arbitrio del juzgador. Así, este sistema lo que propone es que los distintos delitos que concurran pierdan su autonomía, de tal forma que no sea necesario individualizar las penas que a cada uno de ellos corresponda para fijar la que definitivamente se haya de imponer. Por eso no le falta razón a Jakobs cuando señala que a través de este sistema lo que se impone es una pena a “una masa indiferenciada de injusto”<sup>22</sup>.

Realmente no se trata de un sistema de determinación de la pena pues consiste en no determinar la misma, sino en crear una nueva que el juzgador en atención al caso considere oportuna, sin tener en cuenta las previstas para los delitos concurrentes ni las circunstancias particulares de cada hecho conforme a unas reglas predeterminadas. No es necesario poner de manifiesto que con este sistema el principio de legalidad, la seguridad jurídica...y demás principios del Derecho penal se ven gravemente perjudicados.

Como auténtico sistema sancionador cabe mencionar el *sistema de acumulación material*, que consiste en la imposición de todas y cada una de las penas individuales que corresponden a las infracciones concurrentes (*quot delicta tot poenae*). Las consecuencias negativas que sin embargo pueden derivarse de este sistema, han hecho que surgieran otros que lo que pretenden son mitigarlas, o corregirlo a través de la imposición de unos límites absolutos o relativos<sup>23</sup>. En este sentido, el sistema que se conoce como *acumulación jurídica o mitigada* limita la pena resultante de la aplicación del sistema de acumulación material.

Otro sistema sancionar es el *principio de combinación de penas* que consiste en crear un marco penal propio para la concurrencia delictiva,

---

<sup>22</sup> Cfr. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 864.

<sup>23</sup> Expone SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 30, otra posibilidad de acumulación jurídica que se denomina “sistema de reducción”, que nunca ha tenido aplicación práctica. Este sistema consiste en reducir, debido a la existencia de varios delitos, las penas individuales que correspondería imponer, y para lo cual se establecen unas pautas concretas. Posteriormente se sumarían todas las penas individuales reducidas.

partiendo de los marcos penales de las singulares infracciones, dentro del cual se fija la pena definitiva.

Un tercer sistema es el *sistema de exasperación* consistente en aumentar la pena de la infracción más grave de las que individualmente concurren. Para ello, se determinan las penas correspondientes a cada una de las infracciones, eligiéndose la más grave, que se eleva hasta unos límites determinados.

Otro posible sistema es el *sistema de absorción* que consiste en la imposición de una sola pena, que se corresponda con la más grave de todas las individuales. Lo característico de este sistema es que la pena definitiva queda restringida al marco fijado por la pena más grave con la que se haya sancionado los distintos delitos cometidos. Y precisamente, por ser la pena definitiva una sola entre las concurrentes, las penas accesorias y las medidas de seguridad, así como cualquier otra consecuencia que se haya de imponer sólo podrán elegirse entre las que acompañen a dicha pena.

Este sistema puede presentarse de dos formas: como "*absorción simple*", en el que el juzgador debe determinar la pena imponible teniendo en cuenta toda la extensión de la pena disponible o pena más grave de las concurrentes; o como "*absorción agravada*", en cuyo caso la individualización judicial se encuentra limitada a una parte de la parte de la pena disponible.

Veamos pues, cuales han sido los sistemas elegidos por el legislador a lo largo de nuestra historia legislativa para las distintas modalidades concursales.

### **3.2.- Los Proyectos de Código penal de 1830, 1831 y 1834**

En la década de los treinta se suceden una serie de Proyectos de Código Criminal que ya podríamos considerar como el origen de la teoría del concurso en nuestra historia legislativa.

Bajo el reinado de Fernando VII, se dicta un Decreto de 26 de abril de 1829, por el entonces Ministro Francisco-Tadeo Colomarde Arria, que crea una Junta de tres Magistrados y un Secretario Letrado, D. Pedro Sáinz de Andino, al que se le encarga la redacción de un nuevo Código criminal. El 6 de mayo de 1830 se concluye el primer proyecto que se presenta ante Su Majestad el Rey<sup>24</sup>.

Siguiendo la línea del Código de 1822 este nuevo Proyecto solamente recoge distintos sistemas punitivos para sancionar al culpable de varios crímenes, aplicables según la naturaleza de las penas impuestas. En este sentido, el artículo 44<sup>25</sup> combina el principio de absorción para cuando las penas a imponer fuesen penas corporales<sup>26</sup>, y un sistema de acumulación material para la pena de multa, siempre que los delitos cometidos fueran de la

---

<sup>24</sup> Vid. sobre el particular, LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, Codificación penal, vol. I, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 175-201 y vol. II, apéndice II, pp. 137-196. El texto del Proyecto de Código Criminal de 1829-1830 se encuentra recogido por el profesor CASABÓ RUIZ, *El proyecto de Código criminal de 1830. Estudio preliminar y edición*, publicado por la Universidad de Murcia, 1978.

<sup>25</sup> El artículo 44 del Proyecto de Código penal de 1830 se encuentra recogido en el Libro I, Título III, sobre “Disposiciones generales sobre delitos y penas”, con la siguiente redacción: “Al reo de muchos crímenes de una misma especie se le impondrá únicamente la pena corporal que mereciere por el mayor de ellos, y todas las pecuniarias que corresponda”.

Vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. I, 1970, p. 193, y vol. II, apéndice II, pp. 137- 196.

<sup>26</sup> Divide este Proyecto las penas en tres clases: corporales, civiles y pecuniarias (art. 5). Entre las primeras están “la de muerte, la de argolla, la de arsenales, minas y obras públicas; la de extrañamiento del Reino, la de confinamiento temporal o perpetuo a castillos, fortalezas o a alguna isla, la de destierro y la de reclusión” (art. 6). Son civiles: “la privación y suspensión de empleos y cargos públicos, y la inhabilitación para obtenerlos, la privación o suspensión de hacer fe en juicio, el apercibimiento, la

misma especie <sup>27</sup>. Pero, nada se establecía para el caso de que los delitos tuvieran naturaleza diferente, aunque podría entenderse que en estos casos y siguiendo la tradición se aplicaría el principio de acumulación material, “*quot delicta, tot poenae*”.

Mayor importancia reviste el Proyecto de Código Criminal de 25 de mayo de 1831 <sup>28</sup>, obra individual de Sáinz de Andino, pues en éste se comienza a atisbar la necesidad de establecer unas reglas sancionadoras diferentes según que la pluralidad de delitos se cometiera mediante un solo acto o mediante una pluralidad de ellos. Se caracteriza, además, este Proyecto por diferenciar entre delitos homogéneos y heterogéneos, y tanto para aquellos casos en los que se hubiesen cometido en un mismo acto como en actos separados.

En concreto, el artículo 137 <sup>29</sup> preveía un sistema de absorción si el delincuente con un sólo acto hubiera cometido varios delitos y éstos fueran heterogéneos, mientras que para los casos de concurso real de delitos heterogéneos se establecía como regla general el principio de acumulación material <sup>30</sup>, si bien, tal y como sucedió en el Código penal de 1822 y en el

---

represión y la retractación judicial” (art. 7). Y las pecuniarias serían según el artículo 8, “la confiscación y las multas de determinada cantidad.”

<sup>27</sup> La exigencia de que los delitos fueran de la misma especie se introdujo por el propio López Pelegrín en una segunda redacción.

<sup>28</sup> Vid., su texto en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. II, apéndice III, 1970, pp. 199- 383. También, en CASABÓ RUIZ, *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sáinz Andino. Estudio preliminar y edición*, 1978.

<sup>29</sup> El artículo 137 del Proyecto de 1831 en el Libro I, Título V sobre “Disposiciones generales sobre aplicación de las penas”, disponía que: “Cuando en un solo acto se comprendan varios delitos de diferente calificación, o si en un mismo delito se reunieran circunstancias que individualmente tengan penas determinadas, se impondrán solamente al delincuente las penas correspondientes al delito o circunstancias más grave.”

SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 176, pone de manifiesto con acierto que dicho precepto recogía una regla a caballo entre el concurso ideal y el delito complejo.

<sup>30</sup> El artículo 139 del Proyecto de 1831 establecía que: “Al reo que haya cometido diferentes delitos en actos separados se le impondrán tantas penas cuantas correspondan a los delitos de que sea declarado culpable bajo las limitaciones que prescriben los artículos siguientes desde el 140 al 145.”

Proyecto de 1830, se exceptonaba por el principio de absorción cuando la pena impuesta a cualquiera de los delitos en concurrencia fuera de las más graves (artículos 140 a 145) <sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> El artículo 140 del Proyecto de 1831 disponía que: “Si por alguno de estos delitos tuviese lugar la pena de muerte, la de trabajos perpetuos, la de encierro solitario con la misma calidad, o la de deportación, se entenderán refundidas en cualquiera de éstas, que corresponda aplicarle, todas las demás penas en que hubiese incurrido por otros delitos.”

El artículo 141 del mismo texto señalaba que: “Cuando con la pena de extrañamiento del Reino mereciese el delincuente por otro delito la de trabajos públicos en presidios o arsenales, la de confinación en los mismos, la de reclusión en un establecimiento correccional o la de obras públicas municipales, tendrá lugar la aplicación del extrañamiento con cualquier pena de éstas en que haya incurrido, con la más grave de ellas si fueren más de una; y se pondrá aquél en ejecución cumplida que sea la otra pena.

Toda otra pena corporal distinta de las cuatro que van referidas se tendrá por comprendida en la de extrañamiento.”

El artículo 142 decía que: “En el caso en que las diferentes penas corporales en que haya incurrido el autor de varios delitos sean todas de tiempo limitado, se le impondrá la más grave en calidad, y por el máximo de tiempo que la ley prefijare, teniéndose los demás delitos por circunstancias agravantes para la imposición del máximo, y sus penas como refundidas en éste.”

El artículo 143 disponía que: “Se exceptúan de la disposición del artículo precedente: 1º La pena de destierro que se acumulará con cualquier otra clase de pena corporal más grave, en que por delito diferente haya el delincuente incurrido, para que después de ejecutada aquélla y conmutándose el tiempo de la duración en el que se haya impuesto de destierro, cumpla el reo lo que falte hasta completar éste. 2º La pena de detención en arresto que podrá acumularse con la de servicio forzado de las armas, la de confinamiento en la Península o Islas adyacentes, y la de destierro, poniéndose el arresto en ejecución antes de cualquiera de aquellas otras penas en que el reo haya también incurrido.”

El artículo 144 establecía que: “Para graduar la mayor gravedad de las penas corporales en la aplicación del artículo 142 se observará el orden siguiente: 1º La de trabajos públicos en presidio o arsenales. 2º La de confinamiento en los presidios de Africa. 3º La de reclusión en una casa de corrección. 4º La de prisión en una fortaleza. 5º Las obras públicas municipales. 6º El servicio forzado en los Cuerpos fijos del Ejército o en los bajeles de guerra. 7º La confinación en puntos determinados de la Península o Islas adyacentes.”

Y por último el artículo 145 señalaba que: “El reo que hubiese sido condenado en sentencia ejecutoriada a la pena de trabajos públicos en presidios o arsenales, de confinación en los de Africa, de reclusión o de obras públicas municipales por más tiempo de cinco años, no podrá ser juzgado de nuevo por otro delito que no tenga impuesta por la ley pena de muerte, de trabajos violentos perpetuos; de deportación o de extrañamiento perpetuo del Reino.”

De tratarse de delitos homogéneos, se remitía el artículo 138 <sup>32</sup> a la aplicación de la regla de reincidencia.

De lo todo lo anterior se deduce que es en estos momentos cuando el prelegislador español advierte por primera vez la necesidad de establecer regímenes sancionadores diferentes, atendiendo no tanto a la naturaleza de las penas como a la forma en que los distintos delitos se hubieran cometido.

Fallecido Fernando VII el 29 de septiembre de 1933, comienza una nueva etapa política y legislativa de mano de la Reina Gobernadora Doña María Cristina de Borbón, presidida, igualmente, por la necesidad de promulgar un nuevo Código Criminal. En este intento surge el Proyecto de

---

<sup>32</sup> Así, el artículo 138 del Proyecto de 1831 preveía que: “El delincuente que haya cometido un mismo delito diferentes veces sin haber sufrido pena por ninguno de ellos será juzgado sobre todos los que se le prueben, y se le impondrán las penas de la reincidencia conforme al número de actos de que sea declarado culpable en iguales términos que si sobre cada uno de ellos hubiera recaído condenación, salvo cuando se haya expresado en la ley pena determinada para el caso de haberse incurrido en un mismo delito diferentes veces.”

Este Proyecto, a diferencia del que le antecede y del de 1834 regulaba la reincidencia en un título aparte. En concreto el artículo 122 del Título XV (artículos 122-143) del Proyecto de 1831 bajo la rubrica “De las penas comunes de la reincidencia”, definía la reincidencia así: “Incorre en la pena de la reincidencia el que habiendo sido juzgado y condenado por un delito vuelve a cometer otro del mismo género, aunque sean distintas las circunstancias que prefijen el grado de su criminalidad y el que comete (por) segunda vez un delito comprendido en la disposición de una misma ley o artículo, aun cuando no haya sido juzgado por el primero.”

Y por su parte el artículo 123 señalaba que: “Se tiene por delito de un mismo género para calificar en el delincuente la reincidencia, todos los que se comprendan en un mismo Título de este Código cuando no estuviere dividido en Secciones. En este caso lo serán todos los que pertenecieren a una misma Sección, no obstante que esté subdividida en párrafos, pero no los de Sección diferente.

De esta disposición general se exceptuarán los delitos comprendidos en los títulos 11, 12 y 13 de este Libro que, aunque se hallen contenidos en Secciones diferentes se tendrán por delitos de un mismo género cuando pertenezcan a un solo Título.”

A continuación el Proyecto prevé las distintas penas que por la reincidencia deben imponerse según que las penas que se hubieran impuesto en la condena anterior.

Además señala el artículo 141 que: “Cuando la perpetración de un segundo delito no tenga la calidad de reincidencia, se considerará el primer delito como circunstancia agravante para graduar la pena del segundo.”

Código Criminal de 1834 <sup>33</sup>. Los redactores de este nuevo Proyecto fueron los mismos miembros que los de la Primera Junta encargados de la elaboración del Proyecto de 1830 y de ahí la semejanza que entre sí guardan ambos textos. No obstante, en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio el Proyecto de 1834 participa tanto de lo dispuesto por el de Sáinz de Andino como de lo previsto por el de 1830.

En efecto, incluye su texto un artículo en el que se vuelve a establecer distintos sistemas punitivos en atención a que la pluralidad de delitos fuera consecuencia de un mismo acto o de una pluralidad de ellos. Así, en primer lugar, establecía el artículo 60 que:

*“Al reo de muchos crímenes de una misma especie cometidos en un mismo acto, se le impondrá únicamente la pena corporal que merezca por el mayor de ellos, y todas las pecuniarias que correspondan a las demás.”*

Y continuaba el artículo 61 disponiendo que:

*“Pero si los delitos fuesen diferentes en especie, por cada uno de ellos sufrirá la señalada por la ley.”*

Aunque algunos autores hayan querido reconocer en este último artículo la regla del concurso real <sup>34</sup>, lo cierto es que tanto del tenor literal del precepto como por su ubicación, la regla contenida en el artículo 61 parece referirse más que al concurso real al concurso ideal en su modalidad heterogénea. El que de esta afirmación se desprenda que entonces el Proyecto de 1834 no contemplara norma alguna que regulase el concurso real, tampoco es de extrañar, pues como ya indicamos, este Proyecto guardaba gran similitud con el de 1830, donde tampoco se recogía regla alguna para la pluralidad de

---

<sup>33</sup> Vid., su texto en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. II, apéndice V, 1970, pp. 387-457. También, en CASABÓ RUIZ, *El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio preliminar y edición*, 1978.

<sup>34</sup> En este sentido: LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. I, 1978, p. 222; CASABÓ RUIZ, *El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio preliminar y edición*, 1978, p. 14.



delitos heterogéneos, pero para los que se entendía que, en consonancia con la tradición, les sería de aplicación el principio de acumulación material.

De los preceptos transcritos se observa en primer lugar, que el nuevo Proyecto admitía el concurso ideal tanto cuando se trataba de delitos de la misma especie, como cuando los delitos eran heterogéneos. No obstante, cabe precisar que cuando el texto se refiere a delitos de la misma especie no tendría por qué referirse a delitos idénticos, esto es, a la modalidad homogénea tal y como hoy la entendemos, sino que podría referirse a los comprendidos en un mismo Título, en cuyo caso su ámbito de aplicación sería más amplio. Y en segundo lugar, dentro de la identidad del acto, distinguía para establecer el régimen sancionador según la naturaleza de los delitos cometidos y las penas que hubieran de imponerse. Así, para los delitos de una misma especie cometidos en unidad de acto establecía el principio de absorción para las penas corporales y de acumulación para las penas pecuniarias. Y para los delitos de diferente especie, cometidos también en unidad de acto, se restablecía el principio de acumulación.

Como se puede comprobar esta nueva regulación y su precedente establecían regímenes opuestos para las mismas modalidades concursales. El Proyecto de 1831 preveía un sistema de absorción para el concurso ideal heterogéneo, y el Proyecto de 1834 un sistema de acumulación.

Por otra parte, como en el Proyecto de 1834 no se contemplaba norma para el concurso real, se entendió que en estos casos sería de aplicación la regla general de la acumulación material <sup>35</sup>. De todo ello se deduce que a diferencia del Proyecto de 1831, sólo los casos de concurso ideal de los delitos de una misma especie recibirían un tratamiento más benigno.

Estas simples diferencias punitivas demuestran que todavía en estos momentos no existía una idea clara acerca de si la infracción de delitos de una misma o diferente especie debía afectar al régimen sancionador aplicable. No

---

<sup>35</sup> Así, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 176.

obstante, a estos Proyectos les cabe el mérito de haber reconocido la identidad y pluralidad de actos en los casos de concurrencia delictiva como fundamentos para el establecimiento de regímenes sancionadores diferentes.

### **3.3.- El Código penal de 1848**

Tras estos tres Proyectos se sucedieron otros que carecen de intereses para nuestro objeto de estudio, ya que en ninguno de ellos se hace mención a los concursos de delitos <sup>36</sup>. Sin embargo, de gran importancia para el tema que nos ocupa será el Código Penal de 1848, ya que no sólo contiene las bases de la vigente regulación de toda la teoría del concurso sino que además formula el concurso ideal y el medial en términos muy semejantes a los actuales.

Por este motivo resulta necesario realizar un análisis detallado de su proceso de elaboración, especialmente en lo que afecta a la evolución del concurso ideal, y en general de la teoría del concurso <sup>37</sup>.

#### **3.3.1.- Las Bases Generales de la Codificación**

En el año 1843 se hace realidad en España la inquietud codificadora presente en todos los países y en todas las ramas del Derecho, a través de la

---

<sup>36</sup> Sobre el Proyecto de 1836 elaborado por una Comisión creada el 1 de octubre de ese mismo año, y que fue rechazado en 1841 por el gobierno tras oír la opinión desfavorable del Tribunal Supremo, vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. I, 1970, pp. 233-241. En el mismo se puede encontrar una relación de los Proyectos de Código que sucedieron al Proyecto de 1836 y Disposiciones de carácter penal, todos ellos trabajos de autores particulares, pp. 242-250.

<sup>37</sup> Vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. II, apéndice VI, 1978, pp. 461-1.105, en donde se publica una serie cronológica completa de las

creación de la Comisión General de Codificación por el Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Presidida por D. Manuel Cortina Arenzana, encargó a D. Manuel Seijas Lozano, como Presidente de la Sección de Código penal, la redacción del Proyecto de Código Penal <sup>38</sup>.

El 7 de marzo de 1844 la Comisión elevó al Gobierno para su aprobación 17 Bases Generales de Codificación, que iban a constituir el punto de partida en la redacción del Código penal y que tuvieron como antecedente inmediato 18 cuestiones planteados por el propio Seijas, en nombre de la Sección del Código Penal, ante la Comisión General. Pero a pesar de la novedad que representaba la inclusión de las figuras concursales en el nuevo texto no se encuentra ninguna alusión a ellas, ni en las Cuestiones ni en las Bases Generales <sup>39</sup>.

### **3.3.2.- El Proyecto de Código penal de D. Manuel Seijas y su discusión**

---

sesiones de la Comisión General de Codificación sobre Código penal, entre el 2 de octubre de 1844 y 19 de diciembre de 1845.

<sup>38</sup> Vid. ANTÓN ONECA, en *ADPCP*, 1965, pp. 473-495. En este estudio se pone en duda la paternidad del Código de 1848, que señalaba como su autor a Pacheco, y demuestra que el autor principal del mismo fue D. Manuel Seijas Lozano, miembro también de la Comisión General de Códigos. En este mismo sentido se pronunció CANDIL JIMÉNEZ, en *ADPCP*, 1975, pp. 405-411 y 1981, pp. 413-431. En efecto, Pacheco fue nombrado vocal de la Comisión el 2 de julio de 1844 y renunció el día 15 del mismo, y aunque no se le admitió la renuncia quedó adscrito a la Sección de procedimientos.

Cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. I, 1970, p. 257.

<sup>39</sup> Vid. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. I, 1970, pp. 258-266, quien reproduce las 18 Cuestiones planteadas a la Comisión y las 17 Bases Generales para la elaboración del Código penal. También se pueden encontrar en, CANDIL JIMÉNEZ, *ADPCP*, 1975, pp. 405-411.

El Proyecto presentado por Seijas reguló el concurso ideal en el artículo 110, para el que se preveía un principio de absorción, y en lo que se refiere al concurso real, tal y como ya había sucedido en los Proyectos anteriores lo remite a la regulación de las reglas de la reincidencia y reiteración <sup>40</sup>.

En concreto, el artículo 110 de la ponencia de Seijas decía lo siguiente:

*“Si por un solo hecho se cometieren infracciones de diferente calificación, o siendo la infracción una, reuniere circunstancias que individualmente tengan diversas penas señaladas por la Ley se impondrá únicamente al culpable la más grave de aquéllas, salvo en el caso de que la misma ley aplique alguna de calidad accesoria”* <sup>41</sup>.

En este precepto se observan dos supuestos: por un lado, el que podría considerarse como el antecedente del concurso ideal, aunque sólo en la modalidad heterogénea, mediante el enunciado “por un solo hecho se cometieren *infracciones* de diferente calificación”; y por otro, hace referencia a la existencia de una sola infracción pero que reúna “circunstancias” a las que la ley haya asignado una pena individual. Se trata de una cláusula que ya se encontraba en el artículo 137 del Proyecto de Código penal de 1831. Y creo entender que se refería a una regla de determinación de las penas para las

---

<sup>40</sup> La distinción entre reincidencia y reiteración adoptada por Seijas está tomada del Código penal de Dos Sicilias de 1819, una de las fuentes de inspiración del Código penal de 1848. El artículo 85 de Código de Dos Sicilias establecía que: “habrá reiteración cuando el reo de un crimen por el cual no haya sido todavía legalmente condenado cometiese otro, o cuando el reo de un delito cometiese otro, o cuando el reo de una contravención cometiese otra”; y el artículo 78 del mismo Código decía que “será reincidente el que cometiere un crimen después de haber sido condenado por otro anterior”. Sin embargo la regla de penalidad correspondiente al supuesto considerado por Seijas como reiteración está tomada del artículo 61 del Código de Brasil de 1830, otro de los textos inspiradores del Código penal español, y que establecía para los supuestos de concursos, la aplicación de las penas establecidas por la ley para cada uno de los delitos.

Vid. Acta nº 16 de la sesión de 12 de noviembre de 1844.

<sup>41</sup> Este artículo se encuentra transcrito en el Acta nº 16 de la sesión del 2 de noviembre de 1844.

circunstancias modificativas de aquellos casos en los que una misma infracción tuviese señalada una pena compuesta de dos indivisibles.

Debemos tener en cuenta que en el Proyecto inicial de Seijas las reglas de determinación de la pena aparecían diseminadas entre varios Títulos; de hecho, el concurso ideal se regulaba en una sección aparte del concurso real. Por otra parte, el artículo 111 de este Proyecto, es decir el inmediato al que analizamos, lo que preveía eran reglas generales de la atenuación y agravación para penas indivisibles. Y otro dato a tener en cuenta para llegar a esta conclusión es que cuando se efectúa la primera revisión del Proyecto y se introducen las reglas del concurso real junto a las del ideal se hace mediante dos artículos el 110 bis y 110 tercio que mantiene la misma sistemática respecto de estas reglas de determinación de penas indivisibles. Y cuando ya en 1845 se aprueba definitivamente el texto sobre las reglas de determinación de la pena, del artículo 44, que regulaba el concurso ideal, desaparece la referencia a las infracciones que reúnan circunstancias a las que la ley haya asignado una pena individual, pero se introduce un nuevo artículo 27 (el artículo 26 recogía las reglas del artículo 111 del Proyecto inicial de Seijas), que preveía que cuando el delito o la falta tuviera señalada una pena compuesta de dos indivisibles, los Tribunales impondrían la mayor, de no concurrir circunstancia atenuante. Así, decía el artículo que: “si la pena señalada es la de cadena perpetua a la de muerte se aplicará esta ultima siempre que no concurra alguna de dichas circunstancias”<sup>42</sup>. Por lo que esta referencia del artículo 110 no se refería al concurso ideal sino a una regla de determinación de la pena para las circunstancias modificativas en aquellos casos en los que una misma infracción tuviese señalada una compuesta por dos indivisibles.

Es necesario destacar que en esta redacción del artículo 110 se modifica el término “acto” empleado en los Proyectos anteriores, por el de “hecho”,

---

<sup>42</sup> Vid. el texto completo del artículo 27 en GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 197.

atribuyéndosele, no obstante, el mismo significado, pues como veremos a continuación, al definir lo que se entendía como los supuestos de concurso real, se sigue aludiendo al número de actos independientes como origen de varios crímenes. Así, también se desprende de lo manifestado por el Sr. Vizmanos con ocasión de la discusión del citado artículo. En este sentido, manifestó que:

*“El Código de Brasil contiene la disposición que se echa de menos en este artículo y las que le son consiguientes para la aplicación de las penas. En buena hora que si en un acto se cometieren delitos diferentemente calificados no se impongan por un hecho sólo varias penas, sino la correspondiente al más grave, porque así lo aconseja la razón; pero si se han cometido varios crímenes en distintos actos deben sufrirse las penas establecidas para cada uno”* <sup>43</sup>.

Por otro lado, el precepto hacía referencia a la posibilidad de un concurso ideal de “infracciones”, lo que supone que también la concurrencia delictiva abarcaba a las faltas, frente al hecho de que hasta el momento sólo se había hablado de delitos.

Y por su parte, en el Título IV, bajo el epígrafe “De la reiteración y de la reincidencia”, el artículo 119 preveía que:

*“Cuando una persona cometiese en actos distintos infracciones de la misma naturaleza, sin haber precedentemente recaído sentencia ejecutoriada que le imponga pena por alguno de ellos, sufrirá las que por cada una de dichas infracciones le señale la ley a no encontrarse en el caso designado en el artículo siguiente”* <sup>44</sup>.

El motivo por el que Seijas dejó sin regulación expresa los supuestos de concurso real estribaba en su rechazo al principio de absorción pura que Código penal francés establecía para este tipo de concurrencia delictiva y por

---

<sup>43</sup> Vid. Acta nº 16 de la sesión de 12 de noviembre de 1844.

<sup>44</sup> Vid. Acta nº 17 de la sesión de 14 de noviembre de 1844. No se recogen los demás artículos de este Título IV.

el que sólo se imponía la pena correspondiente a la infracción de mayor gravedad, dejando impunes el resto de los delitos cometidos. Según el propio Seijas esto constituía “un aliciente para cometer otros”. Por ello, consideró que estos supuestos quedaban perfectamente cubiertos por la circunstancia de la reiteración, lo que sin embargo no fue aceptado por el resto de la Comisión <sup>45</sup>.

En este sentido, señaló Luzuriaga que en la propuesta de Seijas se contemplaban dos supuestos bien diferentes: “el que comete varios delitos, antes de recaer sentencia por la cual sea penado uno de ellos, y el que comete un delito después de haber sido penado por otro u otros: a aquello llama el Sr. Seijas reiteración, a esto reincidencia” <sup>46</sup>. Pero para el vocal citado, la reincidencia “sólo puede apreciarse en aquellos casos en los que se vuelve a cometer el mismo delito después de haber sido penado por el primero, cuando esto sucede manifiesta el delincuente que fue ineficaz la medicina penal que se le impuso y que es necesaria otra más grave” <sup>47</sup>. Pero, por el contrario lo que Seijas había llamado reiteración, tenía un fundamento diferente, ya que en estos casos se producía la repetición de un delito sin que hasta entonces hubiese recaído sentencia y por tanto resultaba imposible determinar el efecto que sobre el delincuente hubiera tenido “la medicina penal”, proponiendo Luzuriaga, que en estos casos el culpable tendría que cumplir todas las penas previstas por los distintos delitos cometidos.

En definitiva, lo que venía a manifestar Luzuriaga era que solucionar los casos de concurso real como simple circunstancia agravante resultaba manifiestamente injusto, pues la pena que le correspondería al sujeto que hubiere cometido varios delitos independientes y de naturaleza diferente, quedaría limitada al grado máximo de la señalada por la Ley. La consecuencia que precisamente quería eludir el propio Seijas.

---

<sup>45</sup> Vid. Acta nº 16 de la sesión de 12 de noviembre de 1844.

<sup>46</sup> Vid. Acta nº 17 de la sesión de 14 de noviembre de 1844.

<sup>47</sup> Vid. Acta nº 17 de la sesión de 14 de noviembre de 1844.

En esta misma línea se había ya pronunciado el Sr. Vizmanos quien en la sesión anterior había propuesto que para estos casos se siguiera lo establecido en el Código penal del Brasil <sup>48</sup>, “por ser más justas y conformes a los buenos principios”.

Estando de acuerdo la Comisión con estas últimas opiniones, se aprobó el artículo 110 redactado por Seijas, al que se añadieron dos nuevos párrafos:

*Artículo 110.- “Si por un solo hecho se cometieren infracciones de diferente calificación, o siendo la infracción una, reuniese circunstancias que individualmente tenga diversas penas señaladas por la Ley, se impondrá únicamente al culpable la más grave de aquéllas, salvo en el caso de que la misma ley aplique aquella de calidad accesoria.”*

*Artículo 110 bis.- “Al culpable de más de un delito se impondrán las penas establecidas por las leyes a cada uno de los que hayan cometido y las sufrirá todas siguiendo el orden de mayor a menor considerada su intensidad y no su duración. Si se ha impuesto la de muerte sólo se le podrá imponer a la vez la de multa.”*

*Artículo 110 tercio.- “Cuando se impongan dos o más penas que no puedan sufrirse una después de otra, los tribunales impondrán la pena del grado superior inmediato a la que mereciese el delito más grave que hubiese cometido.*

*Sin embargo, si la inmediata superior fuese la de muerte, se le condenará a trabajos forzados perpetuos”* <sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> El artículo 61 del Código de Brasil de 1830 establecía que: “Cuando el culpable fuera convicto de más de un delito, se le aplicarán las penas establecidas por las leyes para cada uno de ellos; sufrirá las penas corporales una después de otra, comenzando y continuando de la más grave a la menor, teniendo en cuenta su grado de intensidad y no la duración. Sin embargo, si mereciere la pena de muerte, ninguna otra pena corporal podrá serle infligida; únicamente la de multa podrá imponérsele conjuntamente.”

El artículo 62 decía que “Cuando los delincuentes hubieren merecido dos o más penas que no puedan sufrirse una después de otra, se les infligirá un grado superior a la pena del crimen más grave que hubieren cometido; sin embargo, si el grado superior fuera la pena de muerte se les condenará a galeras a perpetuidad.”

<sup>49</sup> Vid. Acta n° 16 de la sesión de 12 de noviembre de 1844.



A raíz de la inclusión de estos dos nuevos artículos ya no tenía sentido mantener la figura de la reiteración en los términos propuestos por Seijas, y se suprimió del texto <sup>50</sup>. La reincidencia se aprobó como circunstancia agravante, definiéndola como, “*la de haber sido uno castigado por otro delito o falta aunque sea de distinta naturaleza*” <sup>51</sup>.

Tras la discusión del Proyecto se mantiene, pues, el concurso ideal en su modalidad heterogénea, y se regula expresamente el concurso real, de forma independiente respecto a la reincidencia. Para el concurso real, la Comisión impuso un sistema de acumulación material con independencia de que los delitos cometidos fueran de idéntica o diferente naturaleza, y estableció la modalidad de cumplimiento sucesivo para las distintas penas impuestas. No obstante, si el cumplimiento sucesivo no era posible se sustituía por un principio de exasperación, esto es, por la aplicación del grado superior de la pena correspondiente al delito más grave. Por otra parte, como límite a este criterio de exasperación se estableció, con muy buen criterio, que si la pena inmediata superior fuera la de muerte, y ésta no estuviera contemplada para los delitos concurrentes, se impusiera la de trabajos forzados perpetuos.

En estos términos la Comisión aprobó provisionalmente el borrador del Libro I, y posteriormente fue sometido con el conjunto de la obra, a una revisión general que llevó a cabo una Sección especial que a tal efecto se creó.

### **3.3.3.- La revisión del Proyecto por una Sección especial creada al efecto**

La dificultad principal que encontramos al analizar esta nueva etapa es que no hay Actas que reflejen los debates surgidos en torno a la revisión del citado Proyecto. Sólo existen siete borradores que se conservan en el Archivo

---

<sup>50</sup> Vid. Acta nº 17 de la sesión de 14 de noviembre de 1844.

<sup>51</sup> Vid. Acta nº 19 de la sesión de 20 de noviembre de 1844.

de la Comisión General de Codificación, a través de los cuales se podría seguir en cierto modo la evolución del Libro I, desde la aprobación provisional de 1844 hasta que es sometido el citado Proyecto a una segunda lectura por la Comisión General y de la cual saldrá ya el texto definitivo, que se remitiría al Gobierno para su aprobación definitiva.

En lo que se refiere al concurso de delitos, se observa que en el borrador segundo se encuentra tachado el artículo 110 del texto de Seijas y aprobado en 1844, y en el borrador tercero ya no se recoge. Los artículos 110 bis y tercio también aparecen tachados y además el primero se encuentra incompleto. Estas correcciones se han entendido como un indicio de que esta regulación no era la que buscaba la Sección especial encargada de revisar el Proyecto <sup>52</sup>. Tan es así, que el cuarto borrador propone una redacción nueva. En concreto el artículo 44 contiene una nueva regulación del concurso ideal y la hace extensible, además, a los supuestos en los que un delito es medio para cometer otro, en términos muy semejantes a la redacción actual. Disponía este nuevo artículo 44 que:

*“Cuando un solo hecho constituya dos o más delitos especial y separadamente castigados por la ley, o cuando uno de ellos sea medio necesario para perpetrar otro, se impondrá solamente al culpable la pena que corresponde al más grave en su grado máximo.”*

Se trataba de una regulación nueva que afectaba tanto al ámbito de aplicación del concurso ideal, como a su consecuencia jurídica. Así, respecto a lo primero, observamos que se sustituye el término infracciones por el de delito, pero por otro lado, ya no exige que se traten de delitos distintos, dando así cabida a la modalidad homogénea.

---

<sup>52</sup> Cfr. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, pp. 201-202.

En lo atinente a la pena se modifica el sistema sancionador de absorción simple por uno más grave, la absorción agravada, en la que la aplicación de la pena más grave se impondría en su grado máximo.

Para el concurso real se sigue manteniendo el sistema de acumulación material de las penas, pero en esta ocasión no lo limita a que las penas por su naturaleza puedan ser objeto de un cumplimiento sucesivo; por el contrario, contempla como modalidades de ejecución, la simultánea y la sucesiva. Dispone el artículo 45:

*“Fuera del caso previsto en el artículo anterior, al culpable de más de un delito ó falta se le impondrán siempre tantas penas cuantas estén señaladas por la ley a los delitos ó faltas que hubiere cometido.*

*El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, si la naturaleza de ellas lo permitiera.*

*Si se hubiere impuesto la pena de muerte se ejecutará desde luego; si las penas fuesen de tal naturaleza que no consintieren la simultaneidad en su aplicación, el Tribunal expresará en la sentencia el orden con que las ha de sufrir el reo prefijando el que sea más conducente para que se cumplan todas las condenas; y en cuanto fuere conciliable con este primer objeto, que se cumplan también primero las más graves.”*

En el sexto borrador se ordena el capítulo dedicado a la aplicación de las penas en secciones, y sitúa las distintas modalidades concursales en la Sección tercera, bajo el epígrafe “Disposiciones comunes a las dos anteriores”, ubicación sistemática que se mantendría a lo largo de casi toda nuestra historia legislativa.

Aunque todavía no se hubiera alcanzado la redacción definitiva, es importante destacar que en los borradores sexto y séptimo se invierte el tratamiento de la regulación del concurso, anteponiendo la del concurso real a la del ideal y medial, pues, estos dos supuestos iban a configurarse como una regla excepcional a lo previsto para el concurso real.

Revisados los borradores por la Sección especial, se sometieron a una segunda lectura por la Comisión, y es en esta nueva discusión del texto cuando el concurso real consagró su redacción definitiva, al proponer Pérez Hernández que la expresión “al culpable de más de un delito ó falta” del último borrador se sustituyera por la de: “el culpable de dos ó más delitos ó faltas”<sup>53</sup>.

### **3.3.4.- La aprobación definitiva del Código penal de 1848**

La aprobación definitiva del texto se produce el 23 de diciembre de 1845 y se remite al Gobierno al día siguiente. Sin embargo, hasta 1847 el Gobierno no presenta el Proyecto de Código penal a las Cortes, aprobándolo definitivamente el 16 de marzo de 1848, se promulga el día 19, y entra en vigor el 1 de julio del mismo año.

El Código penal de 1848 recogía el concurso ideal, en el Libro I, Título III “De las penas”, Capítulo IV “De la aplicación de las penas”, Sección Tercera “Disposiciones comunes a las dos anteriores”. Desde un principio, pues, nuestro legislador optó, como en la mayoría de los códigos penales extranjeros, por ubicar las normas concursales entre las relativas a la aplicación y medición de las penas<sup>54</sup>. La regulación del concurso ideal rezaba así:

*Artículo 77.- “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*

*En estos casos solo se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, aplicándola en su grado máximo.”*

Subrayaré que desde su formulación originaria se estableció un tratamiento idéntico para los dos supuestos concursales: de un lado, el

---

<sup>53</sup> Vid. Acta nº 58 de la sesión celebrada por la Comisión General de Codificación la noche del día 10 de diciembre de 1845.

denominado concurso ideal o formal que se identifica con el primer inciso del párrafo primero, (“cuando un hecho constituya dos o más delitos”); y por otro, el llamado concurso medial, instrumental o teleológico al que hace referencia la última parte de este primer párrafo, y que se da cuando el sujeto realiza pluralidad de acciones, cada una de las cuales constituye aisladamente un delito, pero uno de ellos es medio necesario para cometer otro.

Al mantenerse el término “delitos” que se había empleado en el artículo 44 del cuarto borrador, en vez del de “infracciones” en la definición del concurso ideal, se negó desde ese momento la posibilidad de un concurso ideal entre delitos y faltas <sup>55</sup>.

A diferencia de lo que sucedió en los textos anteriores, esta nueva regulación prescindía de la circunstancia de que los delitos fueran de diferente o igual naturaleza o calificación, lo que permitió entender que se estaba admitiendo tanto la modalidad de concurso ideal homogénea como heterogénea. Y ello, porque ya no preocupaba la posibilidad de aplicar el sistema de absorción agravada cuando se tratase de penas de distinta naturaleza, pues el propio Código Penal preveía una serie de reglas que graduaban tanto las penas divisibles como las indivisibles.

Los supuestos contemplados en este artículo 77 constituían una excepción al sistema de penas a aplicar del artículo precedente <sup>56</sup>, donde se

---

<sup>54</sup> Vid. *supra*, Capítulo I, 3.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo se pronunció DE ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho penal español, arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, 1860, p. 113.

<sup>56</sup> El artículo 76 del Código penal de 1848 disponía que: “Al culpable de dos ó mas delitos ó faltas se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, ó sean las más altas en la escala general, excepto la de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º.”

Para el concurso real se prevé lo que se ha denominado por la doctrina “acumulación simultánea” y “acumulación sucesiva”, pero esto no significa que

regulaba el concurso real de delitos, esto es, cuando un sujeto era culpable de dos o más delitos o faltas, y para el que se preveía un sistema de acumulación material de penas, el más riguroso de los sistemas penológicos previstos para los supuestos concursales, y que sería excepcionado para los casos de concurso ideal y medial por un sistema que debía resultar más favorable, y por el que sólo se aplicaría una de las penas de los delitos cometidos, el más grave en su grado máximo. Desde un principio se puso de manifiesto la necesidad de una sanción más benigna para el concurso ideal que la que pudiera corresponder al concurso real. Por ejemplo, Claudio Antón de Luzuriaga, en la discusión del proyecto de Código penal de Seijas señaló que: “si en un acto se cometiera delitos diferentemente calificados no se imponga por un solo hecho varias penas, sino la correspondiente a las más grave, porque así lo aconseja la razón, pero si se han cometido varios crímenes en distintos actos debe sufrirse las penas establecidas en cada una”<sup>57</sup>.

La aplicación de esta regla penológica más beneficiosa se extendió también al concurso medial.

La previsión por el legislador de un sistema de absorción agravada para el concurso ideal de delitos fue recibida por la doctrina como un acierto, al contrario de lo que sucedería con la fórmula elegida para el concurso real<sup>58</sup>.

---

existan diversas modalidades del sistema de acumulación, pues tanto se acumulan las penas que se cumplen sucesivamente como las que se cumplen simultáneamente. Este carácter sucesivo o simultáneo sólo afecta al aspecto ejecutivo de las penas, a la forma en que deban ser cumplidas todas y cada una de las penas individuales que correspondan por las infracciones concurrentes. Sobre el particular, vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 26. Este es, además, el mismo sentido que se deriva de las discusiones; vid. Acta nº 58 de la sesión celebrada el 10 de octubre de 1845: sobre la discusión del artículo 76, en la que el Presidente manifestaba que: “Luego viene la regla para cumplirla”, refiriéndose al cumplimiento sucesivo y simultáneo.

<sup>57</sup> Vid. Acta de la sesión de 12 de noviembre de 1844, nº 16.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, AURIOLES MONTERO, *Instituciones del Derecho penal de España, escritos con arreglo al nuevo Código*, 1849, p. 125; DE ARAMBURU y ARREGUI, *Instituciones de Derecho penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, 1860, p. 114.

El Código penal de 1848 fue inmediatamente reformado por el Código penal de 1850 <sup>59</sup>, pero en lo que se refiere al concurso ideal, su definición así como la consecuencia penal a aplicar no sufrió modificación alguna <sup>60</sup>.

### **3.4.- El Código penal de 1870**

El 30 de mayo de 1870 se presentó inesperadamente a las Cortes por el entonces Ministro de Gracia y Justicia el Sr. Montero Ríos, un nuevo Proyecto de Código penal. Las Cortes aprobaron provisionalmente dicho Proyecto, y aplazaron su discusión hasta que reanudasen sus sesiones pasado el estío, lo que le hizo merecer el calificativo de “Código del verano”; pero esta discusión nunca tuvo lugar.

Este nuevo Código penal <sup>61</sup> mantuvo la redacción originaria que del concurso ideal y medial contenía el Código penal de 1848-50. En concreto establecía el artículo 90 que:

*“Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. En estos caso solo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo”.*

---

<sup>59</sup> La edición oficial reformada se publica por Real Decreto de 30 de junio de 1850.

<sup>60</sup> Por el contrario, si sufrió modificación el artículo 76 referido al concurso real al que se añadió al párrafo primero una cláusula correctiva que decía lo siguiente “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2”, esto es, que los Tribunales debían acudir al Gobierno cuando por aplicación del sistema de acumulación material previsto el cumplimiento de la misma resultare un rigor excesivo. Además el segundo párrafo se modificó en el sentido siguiente: “El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, *ó si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas*, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por la más graves, o sean las más altas de la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutaran después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales números 1º y 2º”. La cursiva es mía.

<sup>61</sup> Promulgado el 18 de junio de 1870. Gaceta de Madrid de 1 de septiembre de 1870.

Efectivamente, se mantiene en este precepto la definición de lo que se conoce como concurso ideal sobre la unidad de hecho que da lugar a dos o más delitos y se regula conjuntamente con el denominado concurso medial, cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer otro. Se observa, igualmente, que se sigue manteniendo el término delito en vez del de infracción, como ya hiciera el Código de 1848, lo que determinó que los autores y la jurisprudencia limitaran estas figuras concursales al ámbito de los delitos y no de las faltas <sup>62</sup>. Téngase en cuenta que hasta estos momentos la apreciación de un concurso ideal determinaba obligatoriamente la aplicación de la pena más grave en su grado máximo y ello resultaba casi siempre más perjudicial para el reo que la imposición de las penas por separado, lo que sólo podía hacerse si no se apreciaba la concurrencia ideal. Esta circunstancia fue, junto al tenor literal del precepto, la razón por la que se concluyó que no se apreciara concurso ideal entre delitos y faltas. Sin embargo, estas razones no justificaban la no apreciación de la concurrencia entre faltas.

Se mantuvo el principio de absorción agravada, esto es, la imposición en los casos de concurso ideal de una única pena, la correspondiente al delito más grave en su grado máximo, como un sistema sancionador más beneficioso para estos casos de concurrencia delictiva en los que el sujeto hubiera ejecutado un solo hecho <sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Así, VIADA y VILASECA *Código penal reformado de 1870*, 3ª ed., 1885, p. 130; ÁLVAREZ CID, *El Código penal de 1870, estudiado y explicado con la misma jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, tomo I, 1908, p. 422. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1887 (J.C. 343) en la que se dispone lo siguiente: “Considerando que no es aplicable el artículo 90 del Código penal cuando un solo hecho no constituye dos delitos, sino un delito y una falta, y que supuesta aplicación, resultaría en perjuicio de la recurrente, por ser indispensable la aplicación del grado máximo”. También en este mismo sentido SSTS de 23 de noviembre de 1888 (J.C. 365), de 30 de abril de 1889 (J.C. 343), y 27 de septiembre de 1911 (J.C. 41).

<sup>63</sup> Cfr. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Iª parte, 2ª ed., 1903, p. 187; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. II, 1872, pp. 412-414; estos autores consideraron como un acierto la previsión del principio de absorción



Sin embargo, este privilegio punitivo se vio enturbiado en la práctica cuando había de sancionarse delitos conminados con penas de muy diferente duración, o con penas perpetuas junto con la de muerte <sup>64</sup>, pues en estos supuestos la regla prevista causaba un grave perjuicio para el condenado que como consecuencia de la rigurosa aplicación del artículo 90, resultaba castigado con penas cuantitativa y cualitativamente más duras que las que le hubieran correspondido de haberse aplicado el sistema de acumulación previsto para el concurso real. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1887 (J.C. 475) <sup>65</sup>. En esta resolución se

---

agravada para estos supuestos, como ya lo hicieran Áramburu y Arregui y Auriolos Montero respecto del Código penal de 1848.

<sup>64</sup> En este sentido vid. por ejemplo: la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1890 (J.C. 88), en la que se disponía lo siguiente: “Considerando que, según el artículo 417 del Código penal, será castigado como reo de parricidio, con la pena perpetua a muerte, el marido que mató a su mujer, cuya última de las indicadas penas debe imponerse al culpable cuando en el hecho haya ocurrido solamente una circunstancia agravante, o cuando dicho hecho constituya dos o más delitos, de conformidad con lo dispuesto en la regla 1ª del artículo 81 y en el artículo 90 del mencionado Código. Considerando que la extinción de la vida intra-uterina de un feto, consecuencia de la muerte violenta dada a su madre, constituye el delito de aborto, penado en el artículo 426 del mismo Código, como ha declarado repetidas veces este Tribunal. Considerando que cuando ambos delitos tienen lugar a virtud de la agresión del marido que mata a su mujer legítima, embarazada a la sazón, es indiscutible que los expresados delitos de parricidio y aborto son el resultado de un solo hecho, al cual es aplicable el artículo 90 antes citado, que justifica la imposición de la pena de muerte en el caso de no concurrir ninguna circunstancia atenuante”; o la de 28 de junio de 1890 (J.C. 407), cuyo considerando tercero decía lo siguiente: “Considerando que tampoco puede serlo el fundamento 2º, porque el delito complejo de un robo, que es ocasión o motivo de un homicidio, se castiga con la pena de cadena perpetua a muerte, y el delito calificado por el Ministerio Fiscal de “asesinato y robo, verificado el primero para realizar el segundo”, puede tener como sanción única la pena de muerte, al ser necesario e indeclinable la aplicación del artículo 90 del Código penal”.

<sup>65</sup> Los hechos que se declaran probados son los siguientes: “Que en la tarde de 19 de agosto de 1886, estando de servicio en el sitio llamado la Pescadería, de esta capital, los agentes de Orden público agregados a la ronda secreta Juan Cortés, Juan Leal, Manuel Ruiz y José Blanco Estévez, advirtieron que un grupo de individuos que allí había promovían escándalo, con cuyo motivo se acercaron, dándose a conocer como tales agentes de la Autoridad, previniéndoles que se retirasen de allí, en cuya ocasión, Eduardo Alcolea, que con su hermano Juan formaba en el grupo, y estaban resentidos con los agentes por haberles decomisados hacía pocos días varias latas de petróleo, acometió navaja en mano al agente Ruiz, que trató de defenderse, y viendo Juan

resuelve el recurso a la sentencia dictada por la Audiencia de lo Criminal de Málaga por la que se condenaba a Eduardo y Juan Alcolea por un delito de lesiones menos graves y de atentado a los agentes de la Autoridad, comprendido en los artículos 433, y 263, nº 2, 264 circunstancia 1ª del Código penal <sup>66</sup>, en relación con el artículo 90 por derivarse ambos de un mismo hecho, y con la apreciación de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante de arrebató u obcecación, a la pena de seis años, ocho meses y veinte días de prisión mayor, accesorias, y multa de 250 pesetas. El recurso interpuesto por la defensa del condenado Juan Alcolea, alegó que se había infringido el artículo 90 del Código penal, “porque, contra su espíritu y tendencia de favorecer a los reos, se ha impuesto una pena superior a la suma de la que correspondería por cada uno de los dos delitos”. En efecto, si atendemos a las penas previstas para los delitos de atentado y lesiones menos graves la pena que le hubiere podido corresponder castigando por separado los mismos habría sido de 4 años, 2 meses y un día de prisión correccional y de 2

---

Alcolea en peligro a su hermano, sacó también la navaja y juntos acometieron a los agentes, ocasionando a Juan Cortés dos heridas, una en el hipocondrio derecho y otra en la cara interna del brazo izquierdo, que necesitaron dieciocho días de asistencia facultativa, causando además, a consecuencia de varios golpes o navajadas, en las ropas de Cortés, y en la de los agentes Leal y Ruiz, daños o desperfectos, estimados pericialmente en 29 pesetas, y a cuya indemnización renunciaron los interesados”.

<sup>66</sup> Disponía el artículo 433 del Código penal de 1870 lo siguiente: “Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes que produzcan al ofendido inutilidad para el trabajo por ocho días o más, o la necesidad de la asistencia de facultativo por igual tiempo, se reputarán menos graves y serán penadas con el arresto mayor, o el destierro y multa de 125 a 1250 pesetas, según el prudente arbitrio de los Tribunales”.

El artículo 263, nº 2 decía que: “Cometen atentado: 2º Los que acometieren a la Autoridad o a sus agentes, o emplearen fuerza contra ellos, o los intimidaren gravemente, o les hiciere resistencia también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”.

Y el artículo 264, circunstancia 1ª lo siguiente: “Los atentados comprendidos en el artículo anterior, serán castigados con las penas de prisión correccional en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de 250 a 2.500 pesetas, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Si la agresión se verificó a mano armada”.

meses y un día de arresto mayor respectivamente <sup>67</sup>; la suma de tales penas es menos grave que la impuesta por la sentencia de seis años, ocho meses y veinte días de prisión mayor, accesorias, y multa.

Sin embargo, el Tribunal Supremo calificó de correcta la aplicación del artículo 90 a este supuesto sobre la base de la siguiente argumentación:

*“Considerando que la disposición del artículo 88 del Código penal, según la que al culpable de dos o más delitos deben imponerse las penas a cada uno correspondiente, a cuyo precepto se refiere el 89, no es aplicable por expresa determinación del 90, al caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, en el cual ha de imponerse dentro de su grado máximo la señalada al más grave. Considerando que este precepto no tiene excepción ninguna, y por tanto, la Audiencia sentenciadora se ha ajustado a sus términos, imponiendo al recurrente la pena señalada al delito de atentado dentro de su grado máximo, por ser este el más grave de los dos que cometió el procesado Juan Alcolea al herir al agente Cortés (...) declara no haber lugar al recurso”.*

En otros términos, siempre que de un mismo hecho se derivasen dos o más delitos se había de aplicar por imperativo de la ley la penalidad prevista en el artículo 90 independientemente de que del mismo resultase una pena superior a la punición de los delitos por separado. Ello evidentemente resultaba contrario a la finalidad que tanto el legislador como la doctrina entendían que perseguía dicho precepto <sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Esto es, teniendo en cuenta la pena prevista para los delitos concurrentes y las reglas de determinación de la pena previstas en dicho Código, en concreto lo dispuesto en el artículo 82 sobre la aplicación de las circunstancias modificativas y la tabla demostrativa de la duración de las penas divisibles y del tiempo que abarca cada uno de sus grados.

<sup>68</sup> En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1888 (J.C. 33), en la que se justifica la aplicación del artículo 90 a pesar de ser perjudicial al reo de la siguiente manera: “Considerando que si un solo hecho constituye dos o más delitos, o uno de ellos es medio necesario para cometer el otro, debe imponerse la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en el grado máximo; que esta disposición legal ha de ser guardada, aunque la división o separación de penas resultase beneficiosa para el reo, y que al estimarlo así el Tribunal sentenciador no ha infringido, según se alega en el motivo 3º del recurso, el artículo 90 del precitado

Advertidos los prácticos del Derecho del perjuicio que podía causar dicho artículo, la Fiscalía del Tribunal Supremo reclamó, en la Memoria de 15 de septiembre de 1894 <sup>69</sup>, la modificación de este precepto, al que calificaba de un “lamentable error”. En la citada Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo se ejemplarizaba la injusticia de este precepto de la siguiente manera:

*“El artículo 90 del referido Código dice que cuando un solo hecho constituya dos o más delitos ó el uno sea medio necesario de cometer otro, sólo se aplicará la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo. Es pues, un beneficio que el legislador quiere otorgar, como lo prueba el empleo del adverbio sólo. Al que ejecuta un acto que constituye dos delitos la ley le hace el favor de imponerle solamente una pena: la del más grave en su grado máximo. Pues esto tan sencillamente expresado, y que el legislador considera un favor singular, es en la mayoría de los casos tan injusto que apenas se concibe que hayan podido pasar veinticuatro años sin que tal disposición obligatoria para los Tribunales y origen de verdaderas aberraciones, se haya modificado. Excepto en los delitos á que la ley señala penas iguales ó de aproximada duración, en los demás el perjuicio para el culpable es tan grande como irritante. El que cuestionando de noche con un sereno acomete a éste y con una navaja le infiere una lesión que necesita quince días de asistencia facultativa, comete dos delitos: uno el de atentado á agente de la autoridad mediante agresión a mano armada, y el otro de lesiones menos graves. Si se le impusiera la pena correspondiente a cada uno, tendría por el primero cuatro años, dos meses y un día de prisión correccional y multa, y por el otro dos meses y un día de arresto mayor; pero teniendo en cuenta el beneficio que otorga el artículo*

---

Código”. O también la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1888 (J.C. 381) donde se dispone que: “Considerando que cometidos ambos delitos en un mismo escrito, ha sido perfectamente aplicado al caso por el Tribunal *a quo* el artículo 90 del Código, cualquiera que sea la penalidad que resulte, porque prescribiéndose en él la imposición de la pena del delito más grave en su grado máximo, los Tribunales no pueden apartarse del texto de la ley, que solo le es dado modificar al Poder legislativo”. También Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1888 (J.C. 440).

Vid. HIDALGO GARCÍA, *El Código conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, t. 1, 1908, pp. 414-420 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>69</sup> Vid. su texto completo en DORADO MONTERO, voz “Código penal” en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, 1910, pp. 825-829.

90, sólo se le impondrá una pena, la del más grave, que es el atentado, en su grado máximo, y le corresponderá la de seis años, ocho meses y un día de prisión mayor; es decir, que el beneficio consiste en que por el hecho que merecía dos meses de arresto nada más, se le aumenta dos años de prisión. Estos casos se presentan todos los días en los Tribunales y se deciden en la forma que queda indicada, pues aún cuando el criterio sea absurdo, lo impone la ley y de él no pueden prescindir los encargados de aplicarla.

La injusticia se agiganta si se hace extensivo el razonamiento a los delitos que se castigan con las penas perpetuas y la de muerte. El legislador, no sólo ha escatimado éstas, sino que nunca las impone aisladas; las señala conjuntas entre sí las de esas dos clases, ó unidas a otras temporales, de manera que quepa cierta libertad en la elección para armonizar el castigo con las circunstancias que al hecho punible acompañan; pues con el artículo 90 esa sabia y humanitaria regla queda completamente burlada, y lo que es peor, si en la combinación de penas señalada al delito entra la de muerte, ésta será la única aplicable de una manera fatal e inflexible. Un hombre adquiere el convencimiento de que su mujer le es infiel; tiene la certidumbre que su honra está escarnecida por la disipación y liviandad de aquella a quien dio nombre y posición. A solas con ella en su casa, la pide cuenta de sus actos, la amonesta y reprende; mas ella, perdido ya todo freno, contesta de un modo altanero, insulta y provoca a su marido; éste entonces, en el paroxismo de la ira, coge un cuchillo y la mata. La mujer estaba embarazada de cuatro meses. Aquí tenemos dos delitos: uno de parricidio, castigado con cadena perpetua á muerte, y otro de aborto, que como no había propósito directo de causarlo, se castiga con la prisión correccional en sus grados mínimo y medio; pero ambos se causaron a un tiempo, son producto de un solo acto, y deben por tanto castigarse, por un favor especial de la ley, con la pena del más grave en su grado máximo, que en este caso es la de muerte, única sola y exclusiva que corresponde aplicar, sin consideración a las circunstancias atenuantes que en gran número pueden concurrir, porque la inflexibilidad de la pena, que es una e indivisible, no admite disminución. Si a ese desgraciado se le tratara con todo rigor, aún sin computarle motivo alguno de atenuación, se le impondría por el parricidio cadena perpetua, y por el aborto próximamente dos años de prisión correccional; pero tratándole con benignidad, aplicándole ese beneficio del artículo 90, sólo se le impone una pena, aunque por terrible ironía resulta ésta la de muerte”.

### **3.4.1.- La Ley de 3 de enero de 1908**

En este contexto, y con la finalidad de acabar con los reiterados “indultos del artículo 90” que siempre se solicitaba por los Tribunales y el Gobierno concedía cuando la imposición del grado máximo de la pena más grave suponía la pena de muerte <sup>70</sup>, se dictó la Ley de 3 de enero de 1908, que añadió al mencionado artículo un segundo párrafo del siguiente tenor literal:

*“En otro caso solo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ámbos delitos”* <sup>71</sup>.

Aunque en la parte expositiva de la Ley se indicase que: “El verdadero espíritu del artículo 90, no es, entiéndase bien, agravar, sino más bien atenuar la penalidad, evitando la simultaneidad de condenas, como se desprende de su enlace y relación con el artículo 88”, lo cierto es que, el objetivo pretendido por esta Ley se vio nuevamente frustrado por su propia redacción ya que seguía manteniendo, en todo caso, la obligación de aplicar el grado máximo de la pena más gravemente sancionada, y sólo dentro de dicho grado máximo, si ello era posible, operaría el límite que suponía no rebasar la suma de las penas computadas individualmente.

En efecto, disponía este precepto que para los supuestos de unidad de hecho sólo se podría aplicar el principio de absorción agravada “*hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos*”. La interpretación literal del mismo conducía pues, a que la suma de las penas correspondientes a los distintos delitos

---

<sup>70</sup> Sobre estos “indultos del artículo 90” vid., SALDAÑA, en *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., t. III, 1917, pp. 186-191; CUELLO CALÓN, *Exposición del Código penal reformado de 1932, 1933*, pp. 151-154.

<sup>71</sup> Vid. DORADO MONTERO, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, 1910, p. 841.

determinada de manera independiente constituyese exclusivamente un límite hasta el que podría llegar el marco del grado máximo del delito más gravemente sancionado, de tal forma que si esta suma fuera inferior al límite inferior del grado máximo de la pena más grave, entonces, como no podría desplegar su efecto de límite tendría que ser aplicado irremediabilmente el grado máximo de la pena más grave, que evidentemente resultaba ser superior a la adición de las penas computadas por separado <sup>72</sup>. Por tanto lo que dicha cláusula establecía no era la aplicación de un sistema sancionador subsidiario sino simplemente una limitación a la pena resultante del grado máximo de la más grave.

Pongamos un ejemplo: en el caso de que concurriera un delito de atentado a mano armada con unas lesiones menos graves <sup>73</sup>, si la suma de las penas computadas por separado alcanzaba un total de 6 años y 4 meses de prisión <sup>74</sup>, esta pena serviría de límite para el grado máximo de la pena del delito más grave. Por tanto tendría la función de límite si dicho grado fuera superior a dicha suma. En nuestro ejemplo, el grado máximo de la pena del delito de atentado a mano armada venía dado por el grado mínimo de prisión mayor, esto es, 6 años y 1 día a 8 años. Por consiguiente el límite máximo del grado máximo de la pena más grave ya no serían los 8 años sino la suma de las penas correspondientes a los delitos por separado, esto es 6 años y 4 meses.

---

<sup>72</sup> Así: CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, p. 369; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, pp. 439-440; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 492.

<sup>73</sup> El delito de atentado a mano armada venía castigado por los artículos 263 y 264.1º del Código penal de 1870 con la pena de prisión correccional en grado medio a prisión mayor en grado mínimo y multa. Y el artículo 433 castigaba las lesiones menos graves con la pena de arresto mayor o destierro y multa de 125 a 1250 pesetas, al prudente arbitrio de los Tribunales.

<sup>74</sup> Teniendo en cuenta que en el caso no concurriera circunstancia modificativa y según la tabla de duración de las penas divisibles el grado medio de ambas penas irían para la de atentado de 4 años, 2 meses y 1 a 6 años de prisión correccional (grado máximo de la misma) y para el de lesiones menos graves de 2 meses y 1 día a 4 meses (grado medio de la pena de arresto mayor). De la individualización judicial podría resultar una pena de 5 años de presidio y 3 meses de arresto mayor.

Pero, si la suma de las penas correspondientes a las distintas infracciones fuera inferior al límite inferior del grado máximo, por ejemplo, si el total de las penas computadas por separado fuera de 5 años y 3 meses, entonces no podría actuar como límite dentro del grado máximo de la pena prevista para el atentado a mano armada, y en consecuencia seguiría aplicándose el grado máximo de la pena más gravemente sancionada, con los perjuicios para el reo que como hemos visto ocasionaba. O lo que es lo mismo se aplicaría una pena superior a la suma de las penas computadas por separado. En este caso los 6 años y 4 meses de prisión en vez de los 5 años y 3 meses que constituía la suma de las penas correspondientes a las infracciones cometidas.

Además se ha tener en cuenta que en este Código la pena de privación de libertad tenía regímenes distintos según se tratase de reclusión mayor, menor, presidio..., lo que perjudicaba también al reo cuando se aplicaba el principio de absorción agravada, ya que si por ejemplo una pena de prisión correccional se veía agravada por ser la más grave se convertiría en una de presidio, o reclusión, y por consiguiente el reo se veía doblemente agravado, en cuanto a duración y en cuanto al tipo de pena privativa de libertad que hubiera de cumplir.

### **3.4.2.- La interpretación de la Ley de 3 enero de 1908 por la Fiscalía del Tribunal Supremo y por el Tribunal Supremo**

La Circular de 10 de enero de 1908 de la Fiscalía del Tribunal Supremo denunció las contradicciones en las que incurría el párrafo introducido en el artículo 90 del Código penal por la Ley de 3 de enero de 1908. En primer lugar, señaló que si bien su contenido se ajustaba correctamente a aquellos supuestos en los que las penas correspondientes a los distintos delitos fueran homogéneas, porque éstas podían sumarse, por el contrario debía dejarse al buen criterio de los jueces la decisión sobre la aplicación o no de la cláusula



contenida en dicho párrafo en los casos en los que las penas fueran de distinta naturaleza.

Por otra parte explicaba que, dicha cláusula resultaba ineficaz cuando la suma de las penas correspondientes a los delitos cometidos fuese inferior a la duración mínima del grado máximo de la pena más grave. En estos casos como la obligación de los Tribunales era la de seguir imponiendo el grado máximo de la pena más grave, la cláusula en sí misma contravenía el fin moral y jurídico del legislador <sup>75</sup>.

Por último, lamentaba esta Circular el error de la Ley de 3 de enero de no haber previsto una disposición semejante a la del Código de Justicia Militar, en el que se preveía la no aplicación de la pena de muerte cuando no correspondiese a ninguno de los delitos concurrentes <sup>76</sup>.

También el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de febrero de 1908 (J.C. 70), puso de manifiesto las consecuencias a las que conducía el nuevo texto de la Ley y dio unas pautas para su aplicación, en el siguiente sentido:

*“ Considerando que, conforme se establece en el nuevo texto del artículo 90, tal como resulta después de la reforma hecha por la ley de 3 de Enero del corriente año, y que es aplicable al presente caso por virtud de la retroactividad de las leyes penales en*

---

<sup>75</sup> Vid. DORADO MONTERO, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, 1910, pp. 842-843, donde se recoge el texto de la Circular de 10 de enero de 1908, sobre “Cumplimiento de la anterior Real Orden: Revisión de las causas en que se haya aplicado el artículo 90: Dificultades, imperfecciones y consecuencias de la nueva Ley”. Señalaba la misma que: “Con que se hubiese omitido la frase “en su grado máximo”, dejando libertad a los Tribunales para aplicar la pena hasta el límite citado, quedaría desvanecida toda duda y disipada toda dificultad”.

Vid., también Real Orden de 8 de enero de 1908, sobre el efecto retroactivo de la Ley de 3 de enero de 1908, en *Enciclopedia jurídica española*, t. IV, 1910, p. 842.

Vid. ORTIZ ARCE, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 112, 1908, pp. 136-137.

<sup>76</sup> El artículo 213.1 del Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890 disponía que: “Cuando un solo hecho constituya dos ó más delitos, ó uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, se impondrá la pena asignada al delito más grave en toda su extensión, pero sin que pueda aplicarse la de muerte cuando no corresponda á ninguno de ellos penados separadamente.”

*cuanto favorezcan al reo, sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse; texto que en consonancia con el espíritu que hubo de inspirar la reforma, debe interpretarse en el sentido de que en cada caso, y teniendo en cuenta las circunstancias modificativas concurrentes, nunca se imponga al culpable pena de privación de libertad que exceda de la suma de las dos que en las mismas condiciones correspondan á los dos delitos (...), porque de otra suerte, si no pudiera bajarse del grado máximo de la más grave, el intento del legislador quedaría malogrado”.*

En mi opinión esta sentencia no dejaba nada claro cual tenía que ser el modo de proceder de los Tribunales en estos casos en los que la suma de las penas correspondientes a los distintos delitos superase el grado máximo de la pena más grave, es decir, si debían rebajar dicho grado máximo o aplicar las penas por separado, o lo que es lo mismo, si en estos supuestos lo que se dejaba a los tribunales era un margen de arbitrio judicial o por el contrario se imponía legalmente un sistema sancionador subsidiario.

Por su parte, la Circular de 11 de febrero del mismo año, se pronunció a favor de no aplicar el artículo 90 cuando el grado máximo de la pena más grave rebasase el límite de las penas sumadas:

*“cuando el grado máximo no exceda de esa suma, se aplicará la pena del artículo 90; cuando rebase el límite de las penas sumadas, se tendrá por inaplicable dicho artículo”.*

Y respecto de las consecuencias del principio de absorción agravada en las penas indivisibles, como era la pena de muerte y la condena perpetua de privación de libertad, se limitó simplemente a prohibir su aplicación pero sin dar una solución alternativa. En este sentido señaló que:

*“no se llegará (referido a dichas penas), si las penas separadas son á ellas inferiores, impidiéndose que recaiga, por virtud de la*

*disposición del artículo 90, la pena de muerte, ni aun la perpetua de privación de libertad, que aisladamente no debieran aplicarse”*<sup>77</sup>.

Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí optó de forma clara por aplicar en dichos casos las penas por separado, entendiendo de esta manera que lo que determinaba el párrafo introducido por la Ley d 3 de enero de 1908 era una excepción a la regla del artículo 90 y por consiguiente debía aplicarse el sistema de acumulación previsto para los supuestos de concurrencia real<sup>78</sup>.

En definitiva, la nueva Ley impuso que la suma de las penas correspondientes a los distintos delitos determinadas por separado, no iba a representar un simple límite al grado máximo de la pena del delito más grave, sino una posible y distinta consecuencia jurídica para el concurso ideal y para el medial, de tal suerte que si la suma de las penas concurrentes resultaba inferior al límite inferior del grado máximo, el principio de absorción agravada

---

<sup>77</sup> Vid. DORADO MONTERO, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, 1910, pp. 843-844.

En el mismo sentido que el Tribunal Supremo en la sentencia transcrita en el texto, esta Circular se hace eco de la influencia de las circunstancias modificativas en la determinación de la pena dentro del grado máximo. Así se señalaba la obligatoriedad de subdividir también el grado máximo aplicable en los tres períodos que preceptuaba el artículo 83 de dicho Código, como ya se había declarado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de febrero de 1885 (J.C. 8663), 15 de junio de 1886 (J.C. 487), 8 de febrero de 1887 (J.C. 92), 23 de septiembre de 1887 (J.C. 170) y 3 de enero de 1888 (J.C. 4). Para determinar la pena o penas a imponer debía compararse de un lado, el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave, computado conforme a la subdivisión del artículo 83, en armonía con las circunstancias concurrentes o sin ellas, y de otro, la suma de las dos penas aisladas, también sobre la base de las circunstancias aplicables; de tal suerte que “ni en una ni en otra hipótesis es posible prescindir de los propios fundamentos á que ha de ajustarse la solución judicial pertinente.”

<sup>78</sup> En este sentido, las SSTs: 5 de noviembre de 1909 (J.C. 96) y 5 de marzo de 1910 (J.C. 108).

Vid. MARAÑÓN, *Leyes penales de España*, 1923, pp. 58 y ss, y la jurisprudencia allí citada.

previsto en el artículo 90 no sería de aplicación, y sí el de acumulación previsto para el concurso real <sup>79</sup>.

Esta nueva interpretación del artículo 90 y su modificación por la Ley de 3 de enero de 1908 fue valorada positivamente por autores de la época, tales como Álvarez Cid <sup>80</sup>, Pego <sup>81</sup> y Langle Rubio <sup>82</sup>. Y ello debía ser así, porque aunque se haya señalado que no es lo mismo semánticamente la expresión “penando separadamente ambos delitos” que la utilizada para la regla sancionadora del concurso real, que se refiere a que “se impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones” <sup>83</sup>, lo cierto es que, si no resultaba de aplicación el artículo 90 como excepción a los artículos 88 y 89, la

---

<sup>79</sup> El artículo 88 del Código penal de 1870 disponía que: “Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se impondrán, todas las penas correspondientes á las infracciones para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, por la naturaleza y efecto de las mismas.”

Y el artículo 89 señalaba que: “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes á las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán respecto a ellas las reglas siguientes:

1ª En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado, en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas ó por haberlas ya cumplido.

La gravedad respectiva de las penas para la observancia de lo dispuesto en el párrafo anterior, se determinará con arreglo a la siguiente escala: Muerte, Cadena perpetua, Cadena temporal, Reclusión perpetua, Reclusión temporal, Presidio mayor, Prisión mayor, Presidio correccional, Prisión correccional, Arresto mayor, Relegación perpetua, Relegación temporal, Extrañamiento perpetuo, Extrañamiento temporal, Confinamiento, Destierro.

2º. Sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que procedan, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo predicho.

En ningún caso podrá dicho máximo exceder de cuarenta años.

Para la aplicación de lo dispuesto en esta regla se computará la duración de la pena perpetua en treinta años.”

<sup>80</sup> Cfr. ÁLVAREZ CID, *El Código penal de 1870, estudiado y explicado con la misma jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, t. I, 1908, p. 429.

<sup>81</sup> Cfr. PEGO, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, 1910, p. 475.

<sup>82</sup> Cfr. LANGLE RUBIO, *Código penal de 17 de junio de 1870, reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día*, 1915, p. 177.

<sup>83</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 53-56, en relación con el Código penal de 1973.

regla general sí lo sería, esto es, la acumulación material de las penas. Es de destacar que si bien este precepto inicia su redacción señalando que constituye una excepción al artículo “anterior”, lo cierto es, que la doctrina y jurisprudencia siempre lo ha considerado como excepción a los dos anteriores, ambos reguladores del concurso real de delitos <sup>84</sup>.

No obstante, hasta el Código penal de 1944 no se consagraría legalmente esta consecuencia, aunque se haría utilizando los mismos términos que los empleados por esta Ley, según veremos más adelante <sup>85</sup>.

Conviene también señalar la incorrección del precepto al referirse a “la suma de las *dos* (penas) que pudieran imponerse, penando separadamente *ambos delitos*”. De esta manera el legislador parecía querer decir que el concurso ideal o medial de delitos sólo podría configurarse por dos delitos. Sin embargo, el párrafo primero al definir dichas modalidades concursales, permitía sin lugar a dudas que el concurso ideal quedase integrado por dos o más delitos.

Por el contrario, en lo que refiere al concurso medial, la cuestión es más controvertida. En efecto, el precepto define esta modalidad aludiendo a “cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”, por tanto emplea el singular tanto para referirse al delito medio (“uno de ellos”) como al delito fin (“el otro”), de lo que se deduce que para el legislador de 1870 el concurso medial sólo se configuraba entre dos delitos <sup>86</sup>.

Sin embargo, no creo que esta fuera la razón por la que el legislador de 1908 hiciera referencia a la suma de las *dos* penas que pudieran imponerse, sino que fue un mero descuido, pues, de haber sido intencionado, la consecuencia habría sido que la previsión de los dos sistemas sancionadores

---

<sup>84</sup> Vid. en este sentido, VIADA y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, 3ª ed., 1885, p. 128. Y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1888 (J.C. 132).

<sup>85</sup> Vid. *infra*, Capítulo II, 3.7

<sup>86</sup> Vid. *infra*, Capítulo VI, 4.

sólo jugaría respecto del concurso medial y concurso ideal de dos delitos <sup>87</sup>. Probablemente, como el origen de este precepto estuvo en los problemas que en la práctica suscitó la aplicación del artículo 90 del Código penal de 1870, y la gran mayoría de lo supuestos de concurso ideal que se presentaban quedaban configurados por sólo dos delitos, esta fuera la causa de este descuido por legislador.

Por último, se ha de señalar que si bien bajo la vigencia del Código penal de 1848-1850, la doctrina prestó poca atención a las figuras concursales, durante la de este Código de 1870, se inició la andadura tanto doctrinal como jurisprudencial para delimitar la naturaleza y fundamento de las mismas, según podremos comprobar en el capítulo siguiente.

No obstante, adelantaré que al regularse conjuntamente la figura del concurso ideal y medial, la fundamentación del primero de ellos se vio en cierto modo enturbiada, pues, tratándose de dos figuras, que en principio debían ser distintas, se las vinculó de tal forma que quiso verse el mismo fundamento en las dos, difuminando la unidad de acción sobre la que se asentaba el concurso ideal con la unidad de finalidad o pensamiento que definía el concurso medial. Esta consecuencia también se vio favorecida al preverse el mismo régimen sancionador para las dos modalidades concursales. Así, por ejemplo Montes <sup>88</sup>, Groizard y Gómez de la Serna <sup>89</sup> o Silvela <sup>90</sup> justificaban el beneficio que reportaba el régimen sancionador previsto para el concurso ideal en la unidad de pensamiento o voluntad del agente. No obstante,

---

<sup>87</sup> Vid. ORTIZ ARCE, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. 112, 1908, p. 136, donde se recoge una crónica judicial sobre la reforma del artículo 90 y de las posteriores Circulares de la Fiscalía mencionadas, y la que se señala que se procedió a la modificación del citado artículo “Sin el más leve debate en ninguna de ambas Cámaras”.

<sup>88</sup> Cfr. MONTES, *Derecho penal español, parte general*, vol. II, 1917, p. 275.

<sup>89</sup> Cfr. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, t. II, 1972, p. 411.

<sup>90</sup> Cfr. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, 2ª ed., parte primera, 1903, p. 155.

otros autores como Viada y Vilaseca <sup>91</sup> se limitaron a comentar la figura del concurso ideal teniendo en cuenta exclusivamente la redacción dada por el texto legal, reconociendo la pluralidad delictiva del mismo y sustentándolo sobre la unidad de acción, pero sin llegar a profundizar en dichas cuestiones.

Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo sustentó el concurso ideal en la unidad de acción al margen de la unidad o pluralidad del impulso criminal del sujeto. Así, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1878 <sup>92</sup> en cuyos hechos probados aparecía que la desobediencia a la Autoridad por parte del recurrente tuvo lugar en primer término, cuando el juez municipal se presentó en el campo acompañado del Secretario y del alguacil y con el fin de practicar cierto embargo, al que se opuso el condenado, irrumpiendo con palabras ofensivas y haciendo demostraciones amenazadoras que tuvieron como consecuencia el que no se llevara a efecto el referido embargo, y después de esto y cuando el delito de desobediencia debía estimarse consumado, ocurrió el segundo hecho, la muerte de uno de los testigos causada por el condenado, por lo que el Tribunal señala que no podía por menos que reputarse dos hechos distintos, independientes entre sí, aunque realizados el uno inmediatamente después del otro y por la misma persona, pues según señalaba:

*“No basta para la aplicación de este artículo [sc., el 90] que el autor de dos delitos obre en la comisión de ambos a impulsos de un sentimiento solo o movido por una misma pasión, sino que es indispensable que los hechos constituyan un delito complejo o que uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”.*

En esta línea el Tribunal Supremo configuraba la figura del concurso ideal sobre la base de la unidad de acción sin que dicha unidad se viera

---

<sup>91</sup> Cfr. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, 3ª ed., 1885, pp. 128-132. También, ÁLVAREZ CID, *El Código penal de 1870*, t. I, 1908, pp. 422-430.

<sup>92</sup> Recogida por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 2164.

afectada ni por la unidad de propósito del agente ni por la proximidad en el tiempo en la que se realizasen las distintas acciones <sup>93</sup>.

Por otra parte, al establecerse como solución jurídica una sola pena, la resultante del principio de absorción agravada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo <sup>94</sup>, y algún autor como por ejemplo Silvela <sup>95</sup>, comenzaron a identificar el concurso ideal y el medial con el delito complejo o compuesto y los delitos conexos respectivamente, si bien es cierto se mantenía la individualidad de las infracciones concurrentes a fin de que pudieran desplegar cada una de ellas sus propios efectos <sup>96</sup>. Asimismo, el Tribunal aceptaba la posibilidad de que el concurso ideal pudiera venir configurado por delitos de la misma o de distinta naturaleza, lo que hoy conocemos como las modalidades homogéneas y heterogéneas del concurso ideal <sup>97</sup>.

Pero de todo esto hablaré más adelante. Lo importante en estos momentos es destacar que es durante la vigencia de este Código cuando

---

<sup>93</sup> En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de: 29 de enero de 1876; 2 de junio de 1878; 1 de febrero de 1879, 28 de noviembre de 1881, citadas por RODRÍGUEZ NAVARRO, en *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, pp. 2165-2169.

<sup>94</sup> En este sentido: Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 1909 (J.C. 96), que se refiere al delito complejo previsto en el artículo 90 entre disparo de arma de fuego y lesiones; 13 de septiembre de 1909 (J. C 171); 5 de marzo de 1910 (J.C. 108); 23 de febrero de 1910 (J.C. 96); 24 de junio de 1910 (J.C. 257); 14 de octubre de 1910 (J.C. 61).

<sup>95</sup> Cfr. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, 2ª ed., parte primera, 1903, p. 187. Por el contrario, SALDAÑA, en Adiciones al Tratado de Derecho penal de v. Lizst, 3ª ed., t. III, 1917, p. 173 y 189, critica esta terminología utilizada por el Tribunal Supremo pues considera que no es lo mismo complejidad que pluralidad, siendo esto lo que realmente existe en un concurso ideal.

<sup>96</sup> Por ejemplo, así lo manifestaron Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1888; 7 de julio de 1920 recogidas por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 2166.

<sup>97</sup> Así, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1885, recogida por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, pp. 2164-2165, en la que se señala que: “cualquiera que sea la especie o naturaleza de los delitos de que se trate, puesto que la Ley no hace distinción de ningún género, siempre que tales delitos nazcan o resulten de un solo hecho, deberán ser penados sin excepción alguna conforme a la terminante prescripción de este artículo”.



comienza a elaborarse, con mayor o menor acierto según se verá, la teoría del concurso de delitos en nuestro país.

### **3.5.- El Código penal de 1928**

Medio siglo más tarde, siendo D. Galo Ponte Escartín Ministro de Gracia y Justicia se aprueba el Código penal de 1928 <sup>98</sup>. Este nuevo Código penal rompe con la sistemática tradicional, y sin duda con mejor criterio, dedicó una sección especial a regular todos aquellos supuestos que constituían una pluralidad delictiva <sup>99</sup>. En concreto la figura del concurso ideal se regula por el Código penal de 1928 en el Libro I, Título III “De la represión”, Capítulo V “De la aplicación de las penas”, Sección Quinta “Reglas para la aplicación de las penas en los casos de concurrencia de varios delitos”, artículo 164, que disponía lo siguiente:

*“Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables cuando un mismo hecho constituya dos o más delitos o faltas, o uno de ellos haya servido de medio para cometer el otro.*

*Tampoco serán aplicables cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión, que deban ser apreciados, a juicio del Tribunal, como una sola acción continua.*

*En estos casos, sólo se aplicará la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados o la pena inmediatamente superior en grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda ser aquélla inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiere.*

---

<sup>98</sup> Promulgado por Real Decreto de 8 de septiembre de 1928 (Gaceta de Madrid de 13 de septiembre de 1928). Corrección de errores, Real Orden de 30 de octubre de 1928 (Gaceta de Madrid de 27 de noviembre de 1928). Otras subsanaciones “defectos de forma y aun confusiones de conceptos” se llevaron a cabo por la Real Orden de 10 de diciembre de 1928, y publicadas al día siguiente.

<sup>99</sup> Vid, *infra*, Capítulo V, acerca de la utilización de este criterio sistemático para afirmar la naturaleza plural del concurso ideal.

*Si la aplicación de estas reglas resulta, a juicio del Tribunal, más dura que la imposición de las penas correspondientes a las dos o más infracciones, se impondrán todas estas penas, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo anterior”* <sup>100</sup>.

De su simple lectura se puede observar que este precepto introduce una serie de modificaciones respecto a la regulación anterior. En primer lugar, si bien la definición del concurso ideal no varía, se añade que la “unidad de hecho” podría dar lugar tanto a varios delitos, como a delitos y faltas o a varias faltas. La posibilidad de admitir un concurso ideal entre delitos y faltas o simplemente entre faltas había sido negada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, según ya hemos señalado.

En segundo lugar, esta disposición, y como ya era tradicional, regulaba conjuntamente el concurso ideal y el concurso medial o teleológico, pero la novedad más importante es la inclusión de un segundo párrafo referido al delito continuado, figura que tanto había preocupado a los teóricos y prácticos de épocas anteriores, y que hasta dicho momento no se había regulado positivamente <sup>101</sup>. Por ello, Jaramillo García alababa la redacción de este nuevo precepto por considerarlo mucho más completo que sus antecesores <sup>102</sup>.

Por otro lado, en este artículo 164 del Código penal de 1928, se establece un régimen sancionador diferente para los concursos ideal y medial. En efecto, se dejaba al arbitrio del juez la opción entre un sistema de absorción

---

<sup>100</sup> Nótese cómo en este precepto se corrige el error cometido por el legislador de 1908 en cuanto que prevé que la suma de las penas puedan derivar de dos o más infracciones.

<sup>101</sup> Existía, no obstante, algún precedente en los Proyectos de 1830 (art. 24) y 1834 (art. 25).

<sup>102</sup> Cfr. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código penal comentado y cotejado en el de 1870*, t. 1, 1928, pp. 352 y 361.

Por el contrario, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Programa de Derecho Penal y Cuestionario para el acto del examen, curso 1930-1931*, p. 18, califica de torpe el Código de 1928 y de no merecer atención por haber sido impuesto por la Dictadura.

simple, esto es, sin necesidad de imponer en el grado máximo la pena correspondiente al delito más grave, o bien la exasperación, subiendo un grado de la pena más grave con la facultad de imponerla en la extensión que se estimara oportuna <sup>103</sup>.

Otra novedad a destacar es la introducción del denominado efecto de cierre en lo que afecta a la fijación del límite inferior por debajo del cual no cabía descender en ningún caso <sup>104</sup>.

Y por último, acorde con la ley de 3 de enero de 1908, pero con una redacción mucho más cuidada, se mantiene un límite a la aplicación de estos principios. Así, como del principio de exasperación previsto para el concurso ideal podía resultar una pena no sólo cuantitativa sino también cualitativamente más grave se proponía que fuese el Tribunal el que valorase la aplicación de dicho sistema sancionador o el previsto para el concurso real <sup>105</sup>, a fin de imponer la pena más beneficiosa para el reo.

---

<sup>103</sup> Cfr. SANZ MORAN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 31, donde pone de manifiesto que la diferencia entre el sistema de absorción y la exasperación, se cifra en que la pena a imponer por el sistema de absorción no puede trascender del marco legal de la pena disponible, es decir, la pena más grave de todas las individuales, mientras que la que corresponde por exasperación debe superar la pena disponible. En la absorción la pena disponible marca los límites mínimo y máximo de la pena a imponer; en la exasperación la pena disponible puede, aunque no necesariamente, señalar sólo el límite mínimo de la pena a imponer.

También, CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 97. Emplea este autor exclusivamente el término “exasperación”, frente a la mayoría de la doctrina que utiliza indistintamente los términos “asperación” o “exasperación”, para evitar neologismos, dado que la palabra “asperación” no aparece recogida en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

Vid. *infra*, Capítulo X, 2.4 .

<sup>104</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 189.

Sobre el principio de combinación y el efecto de clausura penal, vid. *infra*, Capítulo X, 2,3.

<sup>105</sup> Disponía el artículo 163 del Código penal de 1928, para el concurso real lo siguiente: “Al culpable de dos o más delitos o faltas, se le impondrán en la sentencia que lo sancione, todas las penas correspondientes a las diversas infracciones que haya cometido y por las cuales haya sido juzgado para que las cumpla simultáneamente a ser posible, y cuando no lo sea, por el siguiente orden: Muerte, Reclusión, Prisión, Arresto, Deportación, Confinamiento, Destierro.

Para dicho cumplimiento se observarán las siguientes reglas:

También durante esta época se habla de la concurrencia ideal identificándola como un supuesto de delito complejo si bien de características distintas a la de los expresamente previstos en la ley <sup>106</sup>. Por otra parte comienza a introducirse en el concepto de unidad de acción la necesidad de que el mismo esté presidido por la unidad de propósito del agente <sup>107</sup>.

Dado que este Código penal tuvo un período muy corto de vigencia las novedades que en el mismo fueron introducidas y que he señalado no pudieron desplegar todos sus efectos. Téngase en cuenta que sólo dos años más tarde se restableció el Código penal de 1870 y dado que en el Código penal de 1928 el sistema previsto para el concurso ideal podía ser más gravoso para el reo que el

---

1ª No se podrán imponer a un reo en una misma sentencia penas privativas o restrictivas de libertad que en conjunto sumen un tiempo mayor del triplo de la de mayor duración en que incurra, ni en ningún caso de cuarenta años; y por tanto el Tribunal sentenciador dejará de imponer, aunque declare al reo responsable de mayor número de infracciones, todas las penas procedentes en cuanto excedan del triplo expresado. No obstante, al reo, que estando cumpliendo una condena delinquire de nuevo se le impondrán las penas procedentes que cumplirá a partir del día en que queden extinguidas las impuestas anteriormente, salvo lo que se dispone en la regla 3ª del artículo 166.

2ª En cuanto a las penas de privación de derechos políticos y civiles correspondientes a diversas infracciones que deban ser impuestas en una misma sentencia, ya sola o conjuntamente con otras, los Tribunales, a su prudente arbitrio, fijarán la clase y la duración de la inhabilitación que haya de sufrir el reo, dentro del máximo que resulte de la acumulación.

3ª Cuando las penas correspondientes a las distintas infracciones sean de multa, ya estén impuestas solas o conjuntamente con otras penas, los Tribunales señalarán, a su prudente arbitrio, la cuantía total de multa dentro del máximo que resulte de la suma de todas ellas, teniendo en cuenta la fortuna del penado, la perversidad que demuestra y el número y naturaleza de los diversos delitos cometidos.”

La remisión que hace al artículo anterior donde, según lo transcrito, recoge no sólo la acumulación material (párrafo 1º), sino también la acumulación jurídica (regla 1ª), permite afirmar que conforme a este Código no había duda de que le serían también de aplicación al concurso ideal los límites previstos para el concurso real. Cuestión que, sin embargo, ha sido objeto de discusión por la doctrina desde que la acumulación jurídica se reguló en preceptos independientes.

<sup>106</sup> En este sentido, por ejemplo JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código penal comentado y cotejado en el de 1870*, t. 1, 1928, p. 361.

previsto en el texto de 1870, la aplicación de la ley penal más favorable propició que el artículo 164 del Código penal de 1928 apenas se aplicara.

### **3.6.- El Código penal de 1932**

Tres años más tarde, el Gobierno republicano anuló por el Decreto de 15 de abril de 1931 el "Código Gubernativo" de 1928 y restableció el Código Penal de 1870 <sup>108</sup>, que permanecería en vigor hasta la publicación del Código penal de 1932 <sup>109</sup>. Este Código regulaba el concurso ideal en el Título III "De las penas", Capítulo III "De la duración y efectos de las penas", Sección III "Disposiciones comunes a las dos Secciones anteriores", en el artículo 75, cuyo contenido era el siguiente:

*"Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*

*En estos casos sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos"* <sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Vid. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código penal comentado y cotejado en el de 1870*, t. 1, 1928, p. 359; CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español*, 1929, p. 241.

<sup>108</sup> Vid. Gaceta de Madrid de 16 de abril de 1931.

<sup>109</sup> La Ley de 27 de octubre de 1932 promulgaba el Código penal de 1870 reformado según la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932 (Gaceta de 5 de noviembre de 1932).

Vid. también, LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, nº 5, vol. I, 1970, pp. 768-772.

<sup>110</sup> El Anteproyecto de Reforma del Código penal de 1870 que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora en 1931, definía en su artículo 75, el concurso ideal en términos exactamente idénticos a los que posteriormente se recoge en el texto del Código de 1932.

En ninguna de las 33 Bases que contiene el Dictamen de la Comisión de Justicia parlamentaria presentada a las Cortes para la reforma del Código penal de 1870, se contiene referencia alguna a los concursos.

En lo que al concurso ideal interesa, he de decir que este artículo 75 recoge literalmente lo dispuesto en la redacción inicial del artículo 90 del Código penal de 1870 y su posterior modificación por la Ley de 3 de enero de 1908, incurriendo en los mismos defectos que ya puse de manifiesto al abordar esta reforma, y que habían sido en gran medida resueltos por el Código penal de 1928. Por eso, se puede decir que ni por parte del legislador, ni por parte de la doctrina que volvió sobre la interpretación que había de darse a la reforma introducida en la mencionada Ley de 1908 <sup>111</sup>, ni por parte de la jurisprudencia <sup>112</sup>, se aportó nada nuevo sobre la concurrencia ideal bajo la vigencia de este nuevo Código penal de 1932.

Sí hay que decir que se mantuvo la línea iniciada por la doctrina <sup>113</sup> y la jurisprudencia <sup>114</sup> durante la vigencia del Código penal de 1870 de identificar

---

<sup>111</sup> Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Código penal de 27 de octubre de 1932*, 1933, p. 23, nota 94; GRANADOS y AGUIRRE, *Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, 1936, p. 122; CEULLO CALÓN, en *Elementos de Derecho penal*, 1936, p. 599, quienes en la interpretación del artículo 75 se limitan a comentar la reforma llevada a cabo por la Ley de 3 de enero de 1908 a fin de ser entendida como lo hacía el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de febrero de 1908 a la que ya hicimos referencia.

<sup>112</sup> Cabe mencionar en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1945, recogida por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 2168, en la que se reconocía el beneficio pro reo que suponía esta norma. Decía dicha sentencia lo siguiente: “La unificación de penas en los casos de concurso de delitos a que hace referencia el artículo 75 está basado francamente en el principio pro reo, de tal suerte que cuando este fin no se lograra con la aplicación del castigo único correspondiente al delito más grave de los varios calificados, el mismo precepto sancionador dispone que se penen separadamente todas las infracciones que integra el compuesto criminoso atribuido al culpable”.

<sup>113</sup> Vid., por ejemplo, GRANADOS Y AGUIRRE, *Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, 1936, p. 122, si bien aunque se identificaba el artículo 75 primer inciso con el delito complejo, también se decía que, al unificar la pena no se definía un nuevo delito. Los delitos concurrentes mantenían su individualidad a los efectos por ejemplo, de aplicar las circunstancias modificativas que en cada uno de ellos pudiesen

el concurso ideal con el delito complejo, así como la de sustentar esta modalidad concursal en la unidad de propósito.

Cabe sin embargo destacar por su importancia una Sentencia del Tribunal Supremo que podría considerarse como el antecedente de la teoría de la unidad del hecho a la que más adelante me referiré, y que defiende que el fundamento del concurso ideal sea la unidad de hecho comprensiva tanto de la acción como del curso causal y del resultado producido. Así, para los partidarios de esta teoría aún dándose una única acción, si de la misma se derivan una pluralidad de resultados, éstos producen el efecto de multiplicar el número hechos y por tanto la concurrencia sería la real y no la ideal. Dicha sentencia es la dictada el 9 de febrero de 1935 <sup>115</sup>, según la cual la pluralidad de resultados dolosos determinaba una pluralidad de intenciones criminales que a su vez generaban una pluralidad de hechos y por tanto un concurso real. Así, esta resolución manifestaba que:

*“Este artículo determina la sanción aplicable al delito compuesto y al delito complejo, partiendo para la apreciación del primero de la existencia de un solo hecho productor de varias infracciones, porque ello supone un solo propósito doloso en el agente y una sola resolución delictiva, aún cuando con resultados múltiples que, sin ser directamente queridos por aquél, fueron consecuencia natural de su acción.*

*En consecuencia, no es aplicable este precepto cuando los procesados acuerdan matar a una persona y a tal fin hacen una descarga sobre un coche que ocupaba, con otras varias, a las que hiere, pues su conducta revela la decisión de acabar también con la vida de sus acompañantes, si ello era inevitable para lograr su designio, todo lo cual supone pluralidad de hechos delictivos,*

---

concurrir. En el mismo sentido, CUELLO CALÓN, en *Elementos de Derecho penal* de E. PESSINA, 1936, p. 599.

<sup>114</sup> Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1933 (A. 372). La jurisprudencia que existe de esta época es muy escasa ya que la vigencia de este Código penal coincidió como todos conocemos con la guerra civil española y la difícil época de la posguerra.

<sup>115</sup> Recogida por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, pp. 2163-2164.

*expresión de varias intenciones criminosas dirigidas a la violación de normas protectoras de distintos bienes jurídicos”.*

### **3.7.- EL Código penal de 1944**

En un nuevo panorama político se aprueba por Decreto de 23 de diciembre de 1944 un nuevo Código penal <sup>116</sup>, que responde al limitado propósito de la ley de 19 de julio de 1943 de refundir, con escasas modificaciones, el Código penal de 1932 <sup>117</sup>. No es más que un texto refundido, una edición renovada o actualizada del viejo Cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental, y en muchas de sus definiciones y reglas, databa del Código promulgado el 19 de marzo de 1848. Y esto es lo que sucede en esencia con la figura que constituye nuestro objeto de estudio, regulada en el artículo 71 en los términos siguientes:

*“Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.*

*En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos.*

---

<sup>116</sup> Vid. Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 1945.

<sup>117</sup> Resulta interesante señalar que antes de la elaboración de este Código de 1944, se presentó un Anteproyecto de Código penal por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de la J.O.N.S (1938), que entre otras novedades, sustituye el límite del triplo de la pena más grave que para el sistema de acumulación del concurso real preveía, por el límite que pueda tener como máximo la vida del condenado, sin que pudiera beneficiarse de la libertad ni del indulto condicional.

Vid. CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. Estudio preliminar y edición*, Universidad de Murcia, 1978.



*Cuando la pena así computada exceda de ese límite, se sancionarán los delitos por separado.”*

No obstante, como novedad importante que debo reseñar de este artículo 71 es el último párrafo, en el que se añade que para los supuestos en los que aplicando la primera regla de punición resultase una pena que sobrepasase el límite representado por la suma de las penas computadas por separado, habría de aplicarse el sistema de acumulación. De esta manera, el Código penal de 1944 consagró la interpretación que habían llevado a cabo la jurisprudencia, la Fiscalía del Tribunal Supremo y la doctrina de la Ley de 3 de enero de 1908 <sup>118</sup>.

Igualmente, durante los primeros años de vigencia de este Código penal se consolida por la jurisprudencia la idea de que el concurso ideal, a pesar de infringir varias normas penales, no era más que un supuesto de delito complejo por mor del artículo 71. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1948 (A. 195) dice que:

*“Al sancionar separadamente la Audiencia sentenciadora los delitos de asesinato y aborto, incidió asimismo en la infracción de haber dejado de aplicar el artículo 71 del Código penal, a pesar de estar en presencia de un hecho que produjo dos trasgresiones del orden jurídico y constituían por tanto un delito complejo regulado, también en el aspecto de la punición en el precepto inaplicado”* <sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Cfr. CASTEJÓN y MARTÍNEZ DE ARIZALA, en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 1945, p. 468, quien manifestaba que “esta innovación refuerza el propósito de benignidad del legislador, al castigar separadamente los varios delitos resultantes de un solo hecho, cuando la pena, computada con arreglo a este artículo, cuya redacción se reformó por la Ley de 3 de enero de 1908 con el fin de beneficiar al condenado, resultase más grave que las penas aisladas de aquellos varios delitos”.

<sup>119</sup> En el mismo sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1948 (A. 700), respecto del concurso medial al que reconociendo la independencia de las infracciones concurrentes también lo califica de delito complejo. También, Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1949 (A. 1573); 11 de julio de 1950 (A. 1154); 15 de abril de 1952 (A. 987); 17 de marzo de 1954 (A. 563); 12 de mayo de 1964 (A. 2492); 9 de febrero de 1966 (A. 1326); 2 de junio de 1970 (A. 2722).

También, durante este primer momento fueron muchos los autores que identificaron el concurso ideal con el delito complejo y sustentaron su fundamento no en la unidad de acción sino en la unidad de propósito del sujeto <sup>120</sup>. Será a partir de finales de los años 70 cuando la doctrina rechaza este criterio y comienza a sustentar el concurso ideal exclusivamente sobre la unidad de acción <sup>121</sup>, si bien como se expondrá en los siguientes capítulos otorgando diverso contenido a esta unidad de acción.

En lo que sí existía y existe unanimidad es en reconocer la pluralidad delictiva del concurso ideal, aceptándose la misma incluso por aquellos autores que lo calificaban como un delito complejo pues, aún así sostenían la independencia de los delitos que el mismo comprendía, pudiendo éstos desplegar todos sus efectos, y no sólo respecto a la pena a imponer sino

---

<sup>120</sup> Por ejemplo: FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1947, pp. 298-299; RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 2163; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, t. I, 5ª ed., 1950, pp. 342.345; PUIG PEÑA, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, 1952, p. 838; TERUEL CABALLERO, en *ADPCP*, 1954, p. 478; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, 1964, p. 149-150; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 1966, pp. 380-381; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, 16ª ed., t. I, vol. II, 1974, pp. 657-659; SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, t. III, 1985, p. 213, quien conjuga los dos criterios de unidad de acción y unidad de propósito. En otro sentido: DEL ROSAL, *Derecho penal español*, vol. 2, 1960, pp.148 y 152 quien, sustentaba el concurso ideal exclusivamente en la unidad de acción. Del mismo, *Tratado de Derecho penal español, Parte general*, vol. 2, 1972, p. 372.

<sup>121</sup> Así por ejemplo: CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 48 y ss; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 7ª ed., 1979, p. 788; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9 y ss; MIR PUIG, *Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito*, 1983, p. 369; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 1984, p. 647; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2ª ed., 1986, p. 490; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal*, 1986, pp. 212-215; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 212-215; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1988, pp. 264-265; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 1993, pp. 406 y ss; BACIGALUPO, *Principio de Derecho penal*, 3ª ed., 1994, pp. 278 y ss; DELGADO GARCÍA, en *La Ley*, 1996-1, p. 1686.

también respecto por ejemplo de la posibilidad de beneficiarse de un indulto parcial <sup>122</sup>.

En lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo también durante los años 70 abandonó el criterio de la unidad de propósito o fin del sujeto para justificar la aplicación del concurso ideal, e incluso la del medial y es a partir de entonces cuando para su apreciación se empieza a exigir un criterio más objetivo, como se verá en los sucesivos capítulos de este trabajo.

De las muchas reformas posteriores, sólo la Ley 3/1967 de 8 de abril sobre modificación de determinados artículos del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afectó al artículo 70 regulador del concurso real. En esta reforma se añadió un último párrafo que permitiría aplicar los límites previstos para el cumplimiento sucesivo de las penas, aunque éstas se hubiesen

---

<sup>122</sup> Vid., RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Tratado de Derecho penal* de E. Mezger, 1955, pp. 359-360 y 379, quien consideraba que la redacción dada por la Ley al artículo 71 era lo suficientemente clara como para no tener que confundir los supuestos de concurso ideal con el de concurso de leyes. “El pensamiento de que aquí se trata de varios delitos se expresa de modo tan terminante que no es lícito admitir, en referencia a nuestro Derecho positivo, la tesis a la que el texto se inclina” haciendo referencia a la teoría de la unidad que se sostuvo en la doctrina alemana. También, LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, t. 1, 1964, p. 149, alaba en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1955, en la que decía que: “el artículo 71 del Código penal es de aplicación a un supuesto distinto al del artículo 68, pues se refiere al concurso de delitos, no de leyes, o sea, en el caso de que un mismo hecho, no es que quepa encuadrarlo bajo dos o más preceptos penales, para calificarlo como un solo delito, sino que él de por sí constituya dos o más delitos, bien concurrentes de igual rango (delito compuesto), bien en relación de medio a fin (delito conexo), en que salvo la terminología se perfilan con nitidez suficiente los rasgos de esta figura especial de pluralidad delictiva”.

En el mismo sentido: TERUEL CABALLERO, en *ADPCP*, 1954, p. 478; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., vol I, 1966, p. 381; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 351; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, 16ª ed., t. I, vol. II, 1974, p. 657; CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1978, pp. 35 y ss; del mismo, *ADPCP*, 1979, pp. 45 y ss y 451 y ss.

Sobre la independencia de los tipos en concurrencia delictiva y sus efectos, vid., *infra*, Capítulo VIII.

impuesto en distintos procedimientos, siempre que por la conexión de los hechos se hubieran podido enjuiciar en uno sólo <sup>123</sup>.

Posteriormente, y en virtud de lo dispuesto en la disposición final de la Ley de 15 de noviembre de 1971, se publica en 1973 un nuevo Texto Refundido de Código penal que, no obstante, no introdujo modificación alguna en lo referente al concurso ideal de delitos.

### **3.8.- El Proyecto de Código penal de 1980**

La Comisión General de Codificación se reorganiza mediante un Decreto orgánico de 26 de febrero de 1976, parcialmente modificado por el Real Decreto 225/1978 de 17 de febrero, en el que se facultaba al Ministerio de Justicia para designar unas ponencias especiales que elaborasen un nuevo

---

<sup>123</sup> El párrafo segundo del artículo 70 dispone que: “La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo”.

Vid. *infra*, Capítulo XI, 3.2.

El Preámbulo de la Ley 8 de abril de 1967 justificaba este nuevo párrafo de la siguiente manera: “Es conocida la aplicación restrictiva que viene haciéndose de la limitación que, en cuanto al cumplimiento de las penas, establece la regla segunda del artículo 70 del Código penal, por cuanto se reduce a los casos en que las múltiples infracciones que se incriminan a un mismo agente se hallan relacionadas entre sí por una cierta conexión y se tramitan conjuntamente en el mismo proceso, conforme a los requisitos establecidos en los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De este modo lo que, en definitiva, es un beneficio para el reo depende muchas veces del azar determinado por el enjuiciamiento o no en un solo proceso y conduce frecuentemente a conclusiones injustas. A la interpretación restrictiva del precepto han contribuido factores diversos, entre ellos, quizás el más importante, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevea el procedimiento a seguir para la aplicación del beneficio cuando las múltiples infracciones cometidas se conozcan en procesos independientes. Para evitar tal problema se hace necesario, en primer término, regular tal procedimiento en la ley procesal, cuya competencia se atribuye al Tribunal que hubiera dictado la última sentencia contra el reo, el cual con los antecedentes precisos, que reclamará a los demás Tribunales sentenciadores y del Registro Central de Penados y rebeldes, fijará el máximo de cumplimiento de condena. En segundo lugar, es conveniente también proclamar expresamente en el Código penal, para desvanecer toda duda, el carácter general que en cuanto a su ámbito de aplicación tiene la regla segunda del artículo 70, respetando los límites que imponen el juego de la reiteración y reincidencia y evidentes razones de política-criminal”.

Anteproyecto de Código penal <sup>124</sup>. En enero de 1979 se presenta un Anteproyecto que reproduce en su artículo 85, el artículo 71 del Código penal de 1944, salvo en lo que concierne a la agravación de la pena correspondiente al delito más grave que se acomoda al nuevo sistema que para la determinación de las penas se propone.

La posterior redacción del Proyecto de Código de 1980 <sup>125</sup>, contiene la regulación del concurso ideal en su artículo 88, en idénticos términos al Anteproyecto, e incorpora como únicas novedades a destacar la ubicación de los supuestos concursales en un nuevo apartado dedicado a “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, y la sustitución de la palabra “delito” por el término más amplio “infracción”. Disponía el artículo 88 del Proyecto lo siguiente:

*“Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*En estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave, imponiéndola desde la mitad al tanto de su extensión máxima, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaren separadamente las infracciones.*

*Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”*

Observamos como el Proyecto emplea el término “infracciones” para admitir el concurso ideal entre delitos, entre delitos y faltas y entre faltas, tratando de poner fin a la cuestión planteada por la doctrina y la jurisprudencia

---

<sup>124</sup> La Comisión encargada de elaborar dicho Proyecto estuvo integrada por Rodríguez Mourullo (ponente general), Conde Pumpido, Díaz Palos y Gimbernat Ordeig.

<sup>125</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A. Proyectos de Ley. Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 17 de enero de 1980, nº 108-I.

española bajo la vigencia del Código penal de 1973 y que databa ya desde el Código penal de 1848, acerca de si esta modalidad concursal procedía sólo cuando concurrieran delitos o admitía, también, la concurrencia con las faltas. En estos momentos no voy a entrar a analizar, pues, al no haber llegado a buen término dicho Proyecto, la cuestión se mantuvo vigente hasta la reciente publicación del Código penal de 1995 <sup>126</sup>.

Por otra parte, el Proyecto de Código penal también modificaba la agravación del principio de absorción conforme al nuevo sistema para la determinación de las penas, que abandona la división de las penas en tres grados (mínimo, medio y máximo), y pasó a sustituirla por una división en mitades (mitad inferior y mitad superior).

Entre las enmiendas que se presentaron a este Proyecto se ha de destacar la número 924 propuesta por el Grupo Parlamentario Comunista (PCE-PSUC) en la que se formulaba una revolucionaria definición del concurso ideal porque afectaba directamente a su fundamento. Proponía sustituir el texto del artículo 88 del Proyecto por el siguiente:

*“Las disposiciones de los artículos anteriores no serán aplicables en el caso de que las distintas infracciones se produzcan unidas en el tiempo o en relación necesaria de medio a fin y se hallen estrechamente relacionadas entre sí.*

*Tampoco serán aplicables cuando aquéllas constituyan infracciones continuadas que supongan la ejecución de un plan preconcebido o supongan un aprovechamiento de idéntica ocasión y vulneren un mismo o semejante precepto penal, salvo cuando éste proteja bienes jurídicos eminentemente personales, en cuyo caso el Tribunal atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para estimar o no la continuidad delictiva.*

*En todos estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave desde la mitad al tanto de su extensión máxima o la pena superior en grado, a juicio del Tribunal. La pena resultante no podrá exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las*

---

<sup>126</sup> Vid. *infra*, Capítulo IV, 3.11.1.

*infracciones. Cuando la pena así computada exceda de ese límite, se sancionarán las infracciones por separado. Si se tratara de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”* <sup>127</sup>.

En efecto, en la fórmula alternativa propuesta se sustituía “la unidad de acción” por la de que “las infracciones se produzcan unidas en el tiempo”. Con esta nueva fórmula se quería acabar con los múltiples problemas de interpretación que en la doctrina se habían planteado sobre el contenido y alcance de la “unidad de acción” que como fundamento del concurso ideal establecía la norma penal. Sin embargo, señalaré, sin ánimo de adelantarme en el estudio del fundamento del concurso ideal, que en una misma unidad de tiempo se pueden multiplicar las acciones sin necesidad de que entre las mismas exista unidad de acción <sup>128</sup>. Por ello, cabe afirmar que con dicha

---

<sup>127</sup> La motivación que justificaba tal sustitución señalaba que: “La modificación propuesta trata de superar el concepto de unidad de hecho como criterio decisorio del tratamiento del concurso de delitos, de acuerdo con la doctrina más actual. La unidad de hecho es un concepto prácticamente sustraído a la posibilidad de una determinación precisa. Es imposible determinarlo con criterios no jurídicos, pues al Derecho sólo le interesa en cuanto unidad típica. Pero, aparte de que es muy discutible también este concepto (así, ¿debe condicionar la unidad típica el resultado típico?), si sólo se atiende el mismo no se toman en cuenta las razones que aconsejan el trato más favorable del concurso ideal: así la unidad de tiempo (por ejemplo, dar muerte a varias personas en la misma ocasión), pues los delitos pueden tener lugar, pese a dicha unidad, mediante varios actos que a su vez produzcan varios resultados (los homicidios se ejecutan mediante varios disparos). La conexión de medio a fin es otro criterio unificador que han tenido en cuenta tradicionalmente los códigos españoles a través del llamado concurso medial, pero que en su redacción actual es insuficiente para cobijar a los supuestos de cadenas mediales de más de dos delitos.

En todo caso, se exige que las infracciones se hallen estrechamente ligadas entre sí -se quiere evitar, por ejemplo, que baste la pura coincidencia temporal de hechos desvinculados, como los de conducción bajo los efectos del alcohol y omisión de socorro-.

Esta nueva concepción permite incluir en este precepto el delito continuado, cuyo tratamiento más adecuado parece el de la pena única agravada. Ello supondría la supresión del artículo 86 con incorporación de sus elementos imprescindibles”.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, nº 108-I, de 17 de enero de 1980.

<sup>128</sup> Vid. *infra*, Capítulo V.

enmienda se definió al concurso ideal de una manera radicalmente distinta a como se venía entendiendo tradicionalmente.

Además, en los términos planteados por la citada enmienda resultaba enormemente difícil fijar cuál habría de ser la unidad de tiempo que delimitase este nuevo concurso ideal del real, y cuál sería el motivo por el que fuera merecedor de un tratamiento sancionador diferente.

Por otro lado, de la redacción dada a la propuesta tampoco quedaba claro si la exigencia de la estrecha relación que debía mediar entre las infracciones se refería sólo al concurso medial o si se trataba de un requisito añadido a las infracciones cometidas en unidad de tiempo. De ser esta última interpretación la correcta, el requisito de la estrecha relación entre los delitos cometidos resultaba demasiado vago, pues tal relación podría establecerse atendiendo tanto a cualquiera de los elementos objetivos, por ejemplo el sujeto pasivo, acción..., como a los elementos subjetivos, o a ambos.

Dicha enmienda no fue tenida en cuenta en la elaboración de los Proyectos posteriores, con lo que no llegó a plasmarse una nueva figura concursal cuyo fundamento resultaba al menos dudoso <sup>129</sup>.

### **3.9.- La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983**

En enero de 1983 el Ministro de Justicia, Ledesma Bartrert, nombra una nueva Comisión para que sobre el Proyecto de Código penal de 1980, las enmiendas presentadas por el Grupo socialista, y teniendo en cuenta las líneas directrices de su programa electoral, procediera a la elaboración de un nuevo texto articulado <sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Para RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, 18<sup>a</sup> ed., 1995, p. 855, la alternativa resultaba contraria a las más elementales exigencias de seguridad jurídica.

<sup>130</sup> Dicha Comisión estuvo integrada por los penalistas Cobo del Rosal, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Muñoz Conde y Quintero Olivares, así como por el Magistrado del Tribunal Supremo García de Miguel.



La Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 <sup>131</sup>, en la misma línea que su antecesor, dedica el artículo 72 al concurso ideal incluyéndolo en una nueva Sección, cuyo título, aunque no sea tan expresivo como el del Código de 1928, resultaba mucho más adecuado que el del Código de 1973. En concreto, el artículo 72 se ubica en el Título III “De las penas”, Capítulo II “De la aplicación de las penas”, Sección II “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, y rezaba de la siguiente manera:

*“Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.*

*En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena correspondiente a 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.”*

### **3.10.- El Proyecto de Código penal de 1992**

Por su parte, el Proyecto de Código penal de 1992 <sup>132</sup> recoge el concurso ideal, manteniendo la línea iniciada por sus antecesores, en el Título III “De las penas”, Capítulo II “De la aplicación de las penas”, Sección segunda “Reglas especiales para la aplicación de las penas”. Así, el artículo 78 disponía lo siguiente:

---

<sup>131</sup> Vid. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, 2ª ed., 1984.

<sup>132</sup> Vid. *Código penal. Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*. Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados, Serie A, nº 102, de 23 de septiembre de 1992. IV Legislatura. Publicación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1992, nº 103.

*"1.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra.*

*2.- En estos casos, se aplicará en la mitad superior la pena correspondiente a 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.*

*3.- Cuando la pena así imputada (sic; quiere decir computada) exceda de ese límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

*4.- En todos los casos se sancionarán las infracciones por separado cuando con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones."*

Dos son las modificaciones introducidas por este artículo. En primer lugar, la redacción con la que se inicia el artículo transcrito ("Lo dispuesto en los dos artículos anteriores..."), que ponía fin a la problemática resaltada por un sector de la doctrina <sup>133</sup>, de si el sistema previsto para el concurso ideal en artículo 71 del Código penal de 1973, constituía una excepción sólo de su inmediato, esto es, del artículo 70 donde se preveía el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas como consecuencia jurídica del concurso real, o también iba referido al artículo 69 que lo que establecía era el cumplimiento simultáneo para esta misma modalidad concursal.

La solución no podía ser otra que la de entender que la referencia del artículo 71 iba dirigida a ambos preceptos. En efecto, este error surgió una vez más de la ligereza del legislador a la hora de redactar los preceptos. Como hemos podido comprobar, el origen de este artículo 71, se sitúa en el Código de 1848, en cuyo artículo 77 se exceptionaba al 76, donde se recogían las dos formas de cumplimiento del sistema penológico previsto para el concurso real

---

<sup>133</sup> Vid. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 857 y bibliografía allí citada.

<sup>134</sup>. En el Código penal de 1870 se produce el desglose de estas formas de ejecución en dos artículos (artículos 88 y 89), pero olvida modificar la redacción inicial del artículo 90, aunque su interpretación, según tuvimos ocasión de explicar, fue siempre la de que se trataba de excepcionar a ambos artículos. Las numerosas oportunidades que posteriormente tuvo el legislador para corregir este error no fueron aprovechadas.

Por otro lado, una solución diferente a este problema hubiese carecido de sentido, pues como ya advertimos, el sistema de “acumulación sucesiva” y de “acumulación simultánea”, no son dos sistemas de acumulación diferentes, pues, el carácter sucesivo y simultáneo sólo afecta al aspecto ejecutivo de las penas impuestas por acumulación <sup>135</sup>.

En segundo lugar, se emplea la expresión “infracciones” en lugar de “delitos”, como ya venía siendo habitual desde el Proyecto de 1980.

La novedad más destacable que introduce este Proyecto respecto a sus antecesores viene dada por su cuarto apartado, en el que se sustrae del régimen general de la absorción agravada los supuestos en los que con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones. Esta norma pretendía así imponer la consecuencia jurídica más grave del concurso real a determinados supuestos de concurso ideal, atendiendo exclusivamente al desvalor de resultado, uno de los criterios utilizados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para delimitar el ámbito de aplicación del concurso ideal del real, y al que aludiremos en el capítulo siguiente con sumo detenimiento dada la importancia que el mismo reviste.

Para Cuerda Riezu la excepción que suponía este nuevo apartado demostraba la “mala conciencia” del legislador ante la excesiva benignidad con la que era tratado el concurso ideal. Pero, además añadía, que esta norma de haber sido sancionada hubiera adolecido de inconstitucionalidad por infringir

---

<sup>134</sup> Vid, *supra*, Capítulo X, 3.

<sup>135</sup> Vid, *supra*, Capítulo X, 3.2.

plenamente los principios *ne bis in idem*, y de igualdad, pues con dicha norma quedaba sin resolver la consecuencia jurídica que debería ser aplicable en los casos en los que de un mismo hecho se derivasen no sólo homicidio o lesiones dolosas, sino además otros resultados distintos dolosos o imprudentes <sup>136</sup>.

Por otra parte, la redacción de este precepto resultaba confusa pues de admitirse que sólo contemplaba supuestos de concurso ideal homogéneo, esto es que de una misma acción se derivasen varias muertes o sólo varias lesiones, y no fuera de aplicación cuando de la misma acción se produjeran lesiones y muerte, conduciría a resultados absolutamente injustos. Piénsese que entonces al sujeto le resultaría más beneficioso causar una muerte y una lesión que ocasionar simplemente varias lesiones, ambos casos en unidad de acción. En efecto, para el primer supuesto no sería de aplicación este apartado sino la regla general de absorción agravada, esto es, la pena más grave en su mitad superior, mientras que si el sujeto con una misma acción causaba varias lesiones, se le impondría la pena conforme al sistema de acumulación o la suma de las distintas penas.

Es por ello, que el ámbito de este precepto debía entenderse en el sentido de que el mismo quisiera abarcar, además, de determinados supuestos de concurso ideal homogéneo, otros heterogéneos en los que junto a un delito o delitos de homicidio o asesinato concurrieran lesiones. Pero en cualquier caso tampoco encontraría justificación, pues seguiría constituyendo una vulneración del principio constitucional de *ne bis in idem*, al obviar en estos casos la unidad de acción, y del principio de igualdad, pues muchos otros supuestos quedarían igualmente sin resolver <sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 859; del mismo autor, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, pp. 311-312.

Vid. *infra*, Capítulo V, 5.4.

<sup>137</sup> Vid. *infra*, Capítulo XI, 2.

### **3.11.- El Código penal de 1995**

El último intento del legislador de publicar un nuevo Código penal, fue el Proyecto del Código penal de 26 de septiembre de 1994 <sup>138</sup>, aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados el 15 de noviembre de 1995 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 24 de noviembre. En este nuevo Código penal se regula el concurso ideal en el Libro I, Título III “De las penas”, Capítulo II “De la aplicación de las penas”, Sección II “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, artículo 77, conforme al siguiente tenor literal:

*“1.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer otra.*

*2.- En estos casos 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.*

*3.- Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.*

Entre las novedades de este precepto deben destacarse, su adecuación a las nuevas reglas de determinación de la pena que sustituye el régimen de la

---

<sup>138</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A, 26 de septiembre de 1994, nº 77-1, cuyo tenor era el siguiente: artículo 78.- “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos 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.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

Precepto al que no se le formuló enmienda por ninguno de los grupos parlamentarios ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado.

división tripartita en grados por una división en mitades, así como la nueva redacción que sufre el apartado segundo, para evitar que el régimen de absorción agravada resulte más perjudicial que el de acumulación jurídica previsto para el concurso real. No obstante, como dedicaremos un capítulo al tratamiento sancionador del concurso ideal, a él nos remitimos para la comprensión y alcance de estas novedades <sup>139</sup>.

Por el contrario, sí que he de ocuparme en este apartado de la nueva redacción del presupuesto del concurso ideal que contiene este artículo 77, en el que sustituye la referencia a la pluralidad de “delitos” del antiguo artículo 71 por el de pluralidad de “infracciones”.

### **3.11.1.- El concurso ideal de infracciones**

Desde el Proyecto de Código penal de 1980, el legislador venía empleado la expresión “infracciones” en vez de “delitos” para admitir el concurso ideal entre delitos, entre delitos y faltas y entre faltas, solventando así la cuestión del ámbito de aplicación del concurso ideal. Es por tanto el momento de analizar las distintas posturas que se mantuvieron al defender una y otra posición y valorar la opción elegida por el Código penal de 1995.

#### A.- El criterio del tenor literal del artículo 71 del Código penal de 1973

En un principio la discusión estuvo dominada por una postura restrictiva que negaba la posibilidad del concurso ideal entre delitos y faltas o varias faltas, atendiendo al tenor literal del artículo 71 del Código penal de 1973, y cuyo antecedente se encontraba en el Código penal de 1848, que se refería sólo a “delitos” en contraposición con los artículos 69 y 70 del mismo

---

<sup>139</sup> Vid. *infra*, Capítulo XI.

<sup>140</sup>, ambos reguladores del concurso real, que empleaban la expresión “delitos o faltas” e “infracciones” respectivamente. Conforme a esta interpretación, mientras las reglas del concurso real resultaban de aplicación tanto a los delitos como a las faltas, el concurso ideal solo cabía entenderlo entre delitos, pero no entre delitos y faltas, ni entre faltas <sup>141</sup>.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo negaba la posibilidad del concurso ideal entre delitos y faltas o entre estas, haciéndose eco de diferentes criterios, pero con carácter general atendía al tenor literal del precepto <sup>142</sup>.

En sentido contrario, Antón Oneca argumentó, que esta interpretación literal que se hacía del antiguo artículo 71 no era absolutamente vinculante y podría conducir a resultados completamente absurdos e injustos, pues de la misma se derivaba que las infracciones de menor gravedad, como son las faltas, quedarían excluidas del sistema punitivo privilegiado del concurso ideal para aplicárseles un sistema más severo <sup>143</sup>.

Ciertamente los supuestos de concurrencia ideal de delitos y faltas o entre éstas, quedaban en una situación de desventaja frente a los de

---

<sup>140</sup> El artículo 69 del Código penal de 1973 señalaba que: “Al culpable de dos o más *delitos o faltas* se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas *infracciones* para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”.

Disponía el artículo 70 del Código penal de 1973 que: “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas *infracciones* no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes...”.

<sup>141</sup> A favor de esta interpretación: CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 353; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho español*, t. II, 1972, p. 377; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, 1981 p. 806; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, 1985, pp. 459-460; MANZANARES SAMANIEGO / ALBACAR LÓPEZ, *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 1987, p. 412; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 3ª ed., 1990, p. 141.

<sup>142</sup> Así por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de: 2 de febrero de 1946 (A. 165), 13 de marzo de 1984 (A.1816), 2 de noviembre de 1984 (A.5422), 17 de enero de 1985 (A. 319).

<sup>143</sup> Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, pp. 494 y 602.

conurrencia ideal de delitos, cuando, sin embargo, ambos compartían el mismo fundamento: la realización por el agente de una sola acción o un solo hecho. Este motivo permitía afirmar, según Antón Oneca, que el término “delito” empleado por el artículo 71 habría de entenderse como sinónimo de “infracción”<sup>144</sup>.

#### B.- El criterio sistemático

La postura que defendía que el concurso ideal podía estar integrado tanto por delitos como por faltas se fundamentaba en un criterio sistemático de interpretación de las normas, ya que el antiguo artículo 601 del Código penal de 1973 señalaba, a propósito de la aplicación de las penas previstas en el Libro III, relativo a las faltas, que los Tribunales procederían según su prudente arbitrio, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y del culpable “sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 a 66”<sup>145</sup>. Una interpretación *a sensu contrario* de esta norma permitía la aplicación también a las faltas, de aquellas otras reglas de determinación de la pena, como por ejemplo la del artículo 71, no prevista en los artículos que iban del 49 al 66 del antiguo texto<sup>146</sup>.

Sin embargo, no todos los autores estaban de acuerdo con esta argumentación. Así por ejemplo, Guinarte Cabada señalaba que del artículo

---

<sup>144</sup> En este mismo sentido: VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 22; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 211; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, p. 734; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 187 y ss.

<sup>145</sup> El artículo 601 del Código penal de 1973 disponía que: “En la aplicación de las penas de este libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 a 66 y con estricta observancia del artículo 68”.

<sup>146</sup> Vid. SANZ MORÁN, *Concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 211. En el mismo sentido: VIVES ANTÓN, *La estructura*, 1981, p. 22; ANTÓN ONECA, *Derecho penal español*, 2ª ed., 1986, p. 460; PUIG PEÑA / ORTIZ RICOL, *Derecho penal, parte general*, 7ª ed., 1988, p. 309 (nota 16); HUERTA TOCILDO, en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, p. 218.



601 del Código penal anterior no podía colegirse, sin más razonamientos, que la norma del artículo 71 fuera aplicable a las faltas. “Está claro -señalaba este autor- que aquel precepto establece una regla de referencia respecto a los artículos 49 a 66, cuya aplicación excluye en los supuestos de determinación de las penas de las faltas y respecto al artículo 68, cuya aplicación por el contrario prescribe. Los preceptos que no menciona ni en uno ni en otro sentido son los artículos 67, 69, 69 bis, 70 a 76, 78 y 79, que serán según esta interpretación aplicables o no a las faltas según su propia literalidad y sentido, con independencia de las reglas del artículo 601”<sup>147</sup>. Y concluía, que mientras en los artículos 68, 69, 69 bis y 70 se mencionaban expresamente los dos ilícitos penales de forma explícita, o implícitamente al hablar de “infracciones”, en el artículo 71 se hacía exclusivamente referencia a los delitos, por lo que no permitía, según Guinarte, que se pudiera justificar la omisión de la mención a las faltas con razones que el legislador sólo había hecho valer en este precepto de todos cuantos en el Código regulaban los concursos<sup>148</sup>.

En definitiva se trataba de no reconocerle valor a este criterio sistemático, para reconducir nuevamente la cuestión al criterio literal del artículo 71.

### C.- El criterio punitivo

Un tercer criterio por el que se negaba la posibilidad de un concurso ideal entre delitos y faltas o entre éstas fue el criterio penológico. En la medida en que las penas leves previstas para las faltas del antiguo texto legal no podían

---

<sup>147</sup> Vid. GUINARTE CABADA, en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo XIII, 1990, pp. 169.

<sup>148</sup> Cfr. GUINARTE CABADA, en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo XIII, 1990, pp. 169. No obstante consideraba *de lege ferenda* la necesidad de que el concurso ideal debería abarcar tanto los delitos como las faltas.

subdividirse en tres grados hacía imposible la agravación del principio de absorción previsto para esta modalidad concursal <sup>149</sup>.

Por el contrario, Cuerda Riezu opinaba que el hecho de que las penas leves no apareciesen en la tabla demostrativa del artículo 78 no significaba que dichas penas no fueran divisibles, y puesto que todas ellas lo eran matemáticamente, propuso la aplicación analógica de las reglas de división, de conformidad con los antiguos artículos 62 y 79 <sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> En este sentido: GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación de la pena*, 1985, p. 460; MANZANARES SAMANIEGO / ALBACAR LÓPEZ, *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)*, 1987, p. 363; GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos*, tomo XIII, 1990, pp. 169-172; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16ª ed., 1993, p. 924, quienes señalaban que si la multa es matemáticamente divisible, la diferencia patrimonial del condenado que debe tenerse en cuenta en la individualización judicial de la pena, la convierte en jurídicamente indivisible. El mismo razonamiento ofrecen: MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., 1993, p. 174; LUZÓN CUESTA, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., 1994, p. 294.

<sup>150</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 187.

El artículo 62 del Código penal de 1973 señalaba: “En los casos en que la pena señalada por la Ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos.”

Y el artículo 79 del mismo texto disponía que: “Cuando la pena señalada no tenga una de las formas previstas especialmente en este libro, se distribuirán los grados aplicando por analogía las reglas fijadas.”

Nótese además, que aunque el Tribunal Supremo rechazara la posibilidad de este tipo de concurso ideal, sin embargo, en los últimos años venía reconociendo el carácter divisible de las penas aunque no estuviesen recogidas en el antiguo artículo 78, atendiendo más a su verdadera naturaleza que al criterio legal. Así por ejemplo encontramos la Sentencia de 21 de marzo de 1988 (A. 2024) que declaraba que: “Por lo que atañe a la multa, la doctrina mayoritaria, aún admitiendo su divisibilidad aritmética, niega en principio su partición en grados, dada la previsión específica del artículo 63 del Código penal, eliminando para su individualización las reglas generales del artículo 61, pero admite con posiciones equilibradas, acerca de si, además de las excepciones concretas recogidas al margen de aquella individualización en algunos artículos de la Parte Especial, la división en grados deviene insoslayable, en su caso, de acuerdo con el artículo 71”. E igualmente la Sentencia de 15 de abril de 1992 (A. 8782) que declaraba divisibles las penas de multa, caución y privación del permiso de conducir, aclarando que aunque en dicho Código penal no existiera una definición de

Por su parte, Guinarte Cabada señaló que no constituía un argumento concluyente, alegar el absurdo al que podía llegarse con la aplicación del principio de absorción agravada cuando se trataba de delitos y faltas, porque en todo caso, había que recurrir a la regla subsidiaria de determinación de la pena del párrafo tercero del artículo 71, puesto que siempre resultaría más benigna la suma de las penas del delito y de la falta que la aplicación de la pena del delito en su grado máximo <sup>151</sup>.

Este argumento fue también utilizado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia del alto tribunal <sup>152</sup>.

---

pena divisible, por tal debía entenderse toda aquella que fuera susceptible de una división gradual. En este mismo sentido vid, también las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1978 (A. 2017) y de 9 de junio de 1978 (A. 2335).

<sup>151</sup> Cfr. GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos*, t. XIII, p. 170. Este argumento ya había sido puesto de manifiesto por VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*, t. I, 4ª ed., 1890, p. 495. Ante la interrogante de qué hacer cuando un solo hecho constituya delito y falta, manifestó que no sería aplicable el artículo 90 del Código penal de 1870, porque refiriéndose esta disposición a delitos que son resultado de un solo hecho, no puede hacerse extensiva a las faltas consecuencia del mismo, cuya pena es siempre menos grave que la del grado máximo del delito, sea cual fuere. Vid, *supra*, Capítulo IV, 3.4.

También respecto al Código penal de 1944 no admiten el concurso ideal entre delitos y faltas por la heterogeneidad de la gravedad de las penas, aunque sí lo admiten cuando se trata exclusivamente de faltas: TERUEL CABALLERO, en *ADPCP*, 1954, p. 481; y posteriormente, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal. Parte general*, 1990, p. 498; y del mismo autor, *Código penal comentado*, 1990, p. 208.

<sup>152</sup> Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1947 (A. 839); 13 de febrero de 1972 (A. 4071); 19 de mayo de 1973 (A. 2167); 12 de marzo de 1976 (A. 1099).

Admiten el concurso ideal entre faltas y no entre delitos y faltas sobre la base del tratamiento sancionador, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1984 (A. 2299), que dispone que: “las objeciones formuladas a la exclusión de las faltas del ámbito de aplicación del artículo 71, si bien pueden tener eficacia cuando se trata de concurso entre faltas, son virtualmente inoperantes cuando se trata de concurso entre falta y delito, cuya punición separada siempre será más beneficiosa que la conjunta de absorción por aplicación de la pena asignada al delito en su grado máximo”. También las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1985 (A. 319); 20 de septiembre de 1985 (A. 4421).

Por el contrario, Cuerda Riezu apuntó que de aceptarse esta posición la consecuencia inmediata sería la de aplicar en estos casos las reglas de los artículos 69 y 70 del Código penal, o lo que es lo mismo, equiparar el concurso ideal y medial de delitos y faltas o de éstas, al concurso real, a pesar del diferente fundamento que existe entre los mismos <sup>153</sup>.

Ciertamente, de esta forma no sólo se equiparaban modalidades concursales diferentes, sino que se establecían regímenes sancionadores diferentes para una misma modalidad concursal, en atención no a su fundamento sino a la gravedad de las infracciones concurrentes.

Además, por el hecho de que la concurrencia ideal entre un delito y falta diera lugar a la aplicación del régimen de acumulación por resultar más beneficioso para el reo, no podía ser utilizado como argumento válido para no admitir el concurso ideal, pues a esta misma consecuencia se llegaba en ocasiones con el concurso ideal entre delitos, y no por ello se negaba su posibilidad. La aplicación de una determinada consecuencia jurídica no es lo que determina un concurso ideal, sino a la inversa, es su naturaleza y fundamento los que han de determinar la elección del régimen sancionador que corresponda al reo.

#### D.- Criterio histórico-legislativo

Por último, cabe referirse a otro argumento, no mencionado por la doctrina, quizás porque no tuviera el peso de los anteriores, pero que, sin duda, reforzaba la posibilidad de que el concurso ideal pudiera establecerse también, entre delitos y faltas o entre éstas. Este criterio es el histórico-legislativo.

---

<sup>153</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 846-850.

En efecto, hemos tenido la ocasión de comprobar que este problema constituía una constante desde el origen de la teoría concursal en nuestras leyes penales y que en ocasiones mereció una respuesta por parte del legislador, como fue la del Código de 1928 que añadió a la expresión “constituya dos o más delitos” el término “faltas”, solucionando favorablemente la concurrencia ideal no sólo entre delitos sino también entre delitos y faltas o de éstas entre sí, y en este mismo sentido resolvía el legislador la cuestión en los últimos Proyectos de Código penal.

Es por ello, que podía derivarse que la intención del legislador, sobre todo en los últimos años, era la de atribuir el mismo tratamiento a todos los casos de concurso ideal con independencia de que éste viniera configurado por delitos, delitos y faltas o simplemente por éstas.

#### E.- Recapitulación

Éste, también, ha sido el criterio adoptado por el nuevo Código penal de 1995, a mi juicio acertado, pues en la medida en que la concurrencia de delitos y faltas o de éstas tengan el mismo fundamento que cuando concurren varios delitos, no existe ninguna razón que justifique un tratamiento diferenciado para las mismas, sobre todo si tenemos en cuenta, como señalaba Antón Oneca, que su exclusión del régimen del concurso ideal supone un tratamiento más gravoso para el delincuente, siendo sin embargo la concurrencia incluso de menor entidad. ¿Cómo cabría explicar, entonces, que un sujeto reciba un tratamiento más beneficioso cuando en unidad de acción cometa infracciones graves, que cuando en esa misma unidad de acción las infracciones cometidas sean menos graves?. Es por ello, que cada una de las interpretaciones que se brindaron bajo la vigencia del Código penal anterior para justificar la aplicación del artículo 71 a los concursos ideales entre delitos y faltas o entre éstas resultaban acertadas.

Así, en lo que se refiere al tenor literal de dicho artículo, no necesariamente había de ser interpretado en el sentido restrictivo que proponía un sector de la doctrina y la jurisprudencia, máxime cuando también en otros pasajes de dicho Código se utilizaba el término delitos para referirse tanto a delitos como a faltas.

Y respecto a los que se referían al criterio sancionador, en mi opinión, aunque efectivamente lo más frecuente en la práctica fuera la aplicación del sistema de acumulación como régimen subsidiario al principio de absorción agravada por resultar más ventajoso al delincuente, eliminar por esta razón del ámbito del concurso ideal dichos supuestos constituía un auténtico error. Olvidaba este criterio que la regla de determinación de la pena, cualquiera que ésta sea, es la consecuencia de un presupuesto y no al revés. Por tanto, todo supuesto de concurrencia ha de venir definido por su naturaleza y fundamento y no por la consecuencia jurídica que al caso concreto le resulte aplicable según las previsiones legales. A la consecuencia jurídica le corresponde, en virtud del principio de proporcionalidad de las penas, resultar adecuada al contenido de injusto de su presupuesto, pero nunca modificarlo o redefinirlo.

### **3.11.2.- El nuevo artículo 78**

Por otra parte, este Código penal de 1995 incluye un precepto absolutamente novedoso en nuestra historia legislativa, y que surge para dar respuesta a un importante sector de la opinión pública que ante determinados acontecimientos de nuestro país, relacionados con el terrorismo, el narcotráfico y los delitos cometidos contra la libertad sexual, reclamaban el cumplimiento efectivo de las penas impuestas a ciertos delincuentes. Esta norma es la prevista en el artículo 78 que en su redacción inicial establecía que:

*“Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento pueda resultar procedente.*

*En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.”*

Quizás no existe ningún otro precepto en el nuevo Código penal que haya merecido mayor atención por los distintos Grupos Parlamentarios que la citada norma, tanto por el número de enmiendas que al mismo se formularon como por la apasionada discusión que se originó en las sesiones del Congreso de los Diputados y en el Senado. Tan es así, que requirió para su aprobación de tres votaciones en el Senado, quedando definitivamente aprobado por un solo voto de diferencia <sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> Para el estudio de la evolución parlamentaria de este precepto 78, vid. el Boletín Oficial de las Cortes Generales. V Legislatura. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley. Número de Expediente 121/000063. Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (nº 77-1) de 26 de septiembre de 1994; Ampliación del plazo de enmiendas (nº 77-2) de 11 de octubre de 1994; Ampliación del plazo de enmiendas (nº 77-3) de 15 de diciembre de 1994; Ampliación del plazo de enmiendas (nº 77-4) de 31 de enero de 1995; Enmiendas (nº 77-6) de 6 de marzo de 1995; Informe de la ponencia (nº 77-8) de 22 de mayo de 1995; Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa en el Pleno (nº 77-9) de 26 de junio de 1995; Acuerdo de la Mesa de la Cámara (nº 77-10) de 26 de junio de 1995; Dictamen de la Comisión: Modificaciones en ejecución de un Acuerdo de la Mesa de la Cámara (nº 77-11) de 27 de junio de 1995; Dictamen de la Comisión (nº 77-12) de 12 de julio de 1995; Aprobación por el Pleno (nº 77-13) de 19 de julio de 1995; Enmiendas del senado, mediante mensaje motivado al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (nº 77-14) de 13 de noviembre de 1995; Aprobación definitiva por el Congreso (nº 77-15) de 15 de noviembre de 1995; Aprobación definitiva por el Congreso, corrección de

Interés que igualmente fue compartido por la doctrina y los prácticos de nuestro país, que desde el Proyecto de 1992 vinieron cuestionando la conveniencia de una norma de estas características.

En efecto, las distintas redacciones por los que ha pasado este artículo ponen de manifiesto la problemática que el mismo encierra.

Su antecedente más remoto se encuentra en el Proyecto de Código penal de 1992. En la Sección dedicada a la libertad condicional, el legislador de 1992 dedicaba un precepto exclusivamente a los delitos de terrorismo en el que se excepcionaba el régimen general de la concesión de la libertad condicional, (artículo 94) <sup>155</sup>. La misma norma se reproducía para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas en la Parte Especial del Código (artículo 364) <sup>156</sup>.

---

errores (nº 77-16) de 21 de noviembre de 1995; índice de publicaciones (nº 77-17) de 31 de enero de 1996.

Del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, vid. dictamen de la Comisión de Justicia e Interior, nº 501, sesión nº 61, celebrada el martes día 30 de mayo de 1995; la aprobación por el Pleno en el nº 157, sesión parlamentaria nº 155, celebrada el jueves día 22 de junio de 1995; y la aprobación definitiva por el Pleno en nº 182 del día 8 de noviembre de 1995.

Respecto del Senado, vid. Serie II. Número de expediente 621/000087, el texto remitido por el Congreso de los Diputados nº 87 (a) de 20 de julio de 1995; Ampliación del plazo de enmiendas nº 87 (b) de 8 de septiembre de 1995; Ampliación del plazo de enmiendas nº 87 (c) de 21 de septiembre de 1995; Índice de enmiendas nº 87 (d) de 21 de septiembre de 1995; Informe de la Ponencia nº 87 (e) de 9 de octubre de 1995; informe de la Ponencia y corrección de errores nº 87 (f) de 9 de octubre de 1995; Dictamen de la Comisión nº 87 (g) de 23 de octubre de 1995; y el Texto aprobado por el Senado nº 87 (h) de 8 de noviembre de 1995.

Del Diario de Sesiones del senado vid. el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior en el nº 225 de la sesión celebrada el lunes 9 de octubre de 1995, y la aprobación por el Pleno, nº 93 de la sesión celebrada el miércoles 25 de octubre de 1995.

<sup>155</sup> El artículo 94 del Proyecto de Código penal de 1992 disponía que: “Los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las correspondientes sentencias”.

<sup>156</sup> El artículo 364, referido al narcotráfico, señalaba en los mismos términos que el anterior, lo siguiente: “Los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena, y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se referirán siempre a la totalidad de las penas respectivamente impuestas en las Sentencias dictadas por cualquiera de los delitos comprendidos en los artículos 352 a 359”.



Además, de la falta de sistemática de este proyecto, se le criticó el trato discriminatorio que otorgaba a estas dos figuras delictivas frente al resto.

El Anteproyecto de 1994, recogiendo tales críticas, extendió la aplicación de esta restricción de los beneficios penitenciarios a una serie de delitos, entre los que se citaban, además de los anteriores, las agresiones sexuales, detención ilegal, tortura, rebelión, sedición..., y que conservó el Proyecto aprobado por el Gobierno <sup>157</sup>. No obstante, este Proyecto resultaba mucho menos rígido que su antecesor, en la medida en que se convertía en una facultad del Juez o Tribunal sentenciador restringir la aplicación de estos beneficios y se preveía la posibilidad de volver al régimen general si el Juez de Vigilancia Penitenciaria, oído al Ministerio Fiscal, lo consideraba procedente en atención a la evolución del tratamiento.

Común a los dos Proyectos, fue el condicionar la restricción de los beneficios penitenciarios a que los distintos delitos mencionados hubieran causado “alarma o perturbación social”. Criterios duramente criticados por el grupo parlamentario de Izquierda Unida para el que al ser estos parámetros posteriores al hecho cometido e independientes del sujeto no podían, en ningún modo, afectar a la gravedad del mismo. Por otra parte, resultaban ser criterios

---

<sup>157</sup> El artículo 79 del proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 26 de septiembre de 1994 disponía lo siguiente: “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en los dos artículos anteriores la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida a la alarma y perturbación social que los hechos hayan producido, si alguno de los delitos que concurren fuera de homicidio, lesiones, de las tipificadas en los artículos 149 y 150, agresiones sexuales, detención ilegal, torturas, delitos contra la salud pública, rebelión, sedición y terrorismo, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando en su caso las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

de un contenido tan subjetivo que no ofrecían suficientes garantías a la hora de privar a un sujeto de sus derechos <sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> La Enmienda nº 177 presentada en el Congreso de los Diputados por el grupo Mixto-ERC (Doña Pilar Rahola i Martínez) solicitaba la supresión del artículo 79 y lo justificaba señalando que: “Una aplicación equilibrada y correcta de los beneficios penitenciarios a quienes sean merecedores de los mismos no debería afectar a los fines de la pena hasta el punto de forzar la inaplicación de dichos beneficios”.

También el Grupo Federal IU-IC mediante la enmienda nº 674 solicitó su supresión, justificándola de la siguiente manera: “El artículo pretende acercarse a lo que se ha llamado, cumplimiento íntegro de las penas aplicando las reglas sobre beneficios penitenciarios al total de las penas impuestas en determinados casos. Aunque mejora redacciones anteriores al mitigar el automatismo, sigue siendo criticable por lo siguiente: a) la pena a cumplir debe ser proporcional al hecho cometido sin que pueda admitirse que en tal consideración incidan elementos como la alarma y perturbación social que son posteriores al mismo, no aumentan su gravedad y no dependen del responsable del delito sino de otros factores como puede ser el tratamiento por los medios de comunicación, etc.; b) en la aplicación de los beneficios penitenciarios ya se tienen en cuenta las características y evolución de cada condenado, sin que la alarma social sea suficiente para establecer un previo tratamiento desigual en la ley, que además tiende a hacer ineficaz la orientación constitucional a la reinserción social; c) resulta contrario al carácter voluntario de la sumisión a tratamiento penitenciario, que las incidencias del cumplimiento y su propia duración dependan de la aplicación del mismo; d) con el redactado del proyecto, tras la sentencia, el condenado desconoce cuál será el régimen de cumplimiento que le corresponde y por tanto, cuál es la pena a cumplir, quedando excesivamente confiado este dato a las circunstancias posteriores. Tales circunstancias ya inciden en la aplicación del régimen general de cumplimiento, pero en este caso, además, determinan si será este régimen a aplicar o, por el contrario, el excepcional”.

Por su parte, el Grupo parlamentario catalán (CIU) en su enmienda nº 1.107 solicitó la supresión del texto la referencia a delitos concretos pues entendía que con ello se conseguiría “facilitar un cumplimiento más efectivo de la pena que inicialmente fija el tribunal cuando dicta sentencia, evitando que, por la aplicación y combinación de determinados beneficios penitenciarios, la pena pueda quedar reducida, de forma incomprensible para la sociedad”.

El Grupo Popular en la enmienda nº 276 presentada ante el Congreso de los Diputados solicitó la modificación del texto, proponiendo la siguiente redacción: “El Juez o tribunal podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los delitos de homicidio, lesiones de las tipificadas en los artículos 418 a 420, violación y agresiones sexuales, torturas, delitos contra la salud pública, detención ilegal, rebelión sedición y los delitos relacionados con la actividad de bandas armada, organizaciones o grupos terroristas, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias”. Según este grupo parlamentario la reforma que se proponía perseguía una reacción firme contra las conductas descritas y garantizar, fundamentalmente, el cumplimiento efectivo de las penas, en orden a

---

lograr un acercamiento entre las penas realmente impuestas a los condenados en las respectivas sentencias y las realmente cumplidas.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 6 de marzo de 1995. Enmiendas. Serie A: Proyectos de Ley, (nº 77-6) , pp. 151, 177-178, 278 y 380.

En el Senado, IU-CI del Grupo mixto sostuvo la supresión del precepto a pesar de las modificaciones sufridas a la largo de la tramitación y así la enmienda nº 3 presentada por este grupo señalaba que: “Aunque el Congreso de los Diputados ha alterado los criterios, por los que el artículo 79 del proyecto remitido por el Gobierno, establecía el cumplimiento efectivo de la pena de prisión, el actual texto sigue siendo una concesión a los sentimientos retributivos y de la venganza en virtud de los cuales, en la sentencia puede establecerse un régimen destinado a mantener, al máximo, la privación de libertad, limitando o restringiendo los beneficios penitenciarios o la libertad condicional, que son instituciones basadas en las orientaciones constitucionales de las penas a la reinserción social (art. 25.2 CE). Se olvida, por otra parte, que la eliminación de la redención de penas por el trabajo, ya permite que la pena cumplida se acerque mucho más a la fijada a la sentencia, lo que debería ser suficiente para calmar el desasosiego social que produce la aplicación de beneficios penitenciarios”.

También el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas (GPSNV) solicitó su supresión justificando que dicho precepto vulneraba el artículo 14 de la Constitución Española, así como el artículo 25.2 del mismo texto constitucional. Enmienda nº 51.

Por su parte EA solicitó en su enmienda nº 236 una modificación del mismo suprimiendo cualquier referencia a la peligrosidad criminal o a la alarma social que tenía el siguiente tenor: “Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en los dos artículos anteriores la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendiendo a la gravedad de los delitos que concurren en el penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiera a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia, con el límite de 20, 25 ó 30 años, en función de la entidad del delito más grave”.

Esta enmienda fue motivada de la siguiente manera: “La excepción a las reglas del concurso de delitos de los anteriores puede tener fundamento en el principio de proporcionalidad a fin de evitar un trato sancionatorio igual para un delito que para la comisión de varios una vez que se trata de delitos graves. Lo que no es compatible con un derecho penal que juzga “hechos” es introducir subrepticamente criterios de peligrosidad criminal para establecer la pena a cumplir. En la ejecución penitenciaria se tienen en cuenta sobradamente las características del autor a efectos de su clasificación en el régimen de penados”.

El Grupo Socialista del Senado a través de la enmienda nº 287 sólo introduce una modificación en la redacción a fin de excluir la aplicación del precepto los supuestos de concurso ideal. En este sentido señalaba que el tenor del artículo 78 debía ser: “ Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76, la pena...”. En opinión de este grupo parlamentario “el artículo 78 establece una regla para hacer menos beneficiosas las reglas de limitación del máximo de cumplimiento de pena previstas en el artículo 76, estas reglas se dan en el supuesto de enjuiciamiento

La redacción definitiva todavía sufriría durante su tramitación parlamentaria nuevas e importantes modificaciones atinentes a la naturaleza y fundamento del mismo.

En primer lugar, el factor determinante para el cálculo de los beneficios penitenciarios o de la libertad condicional sobre totalidad de la condena dejaba de ser la gravedad de la infracción criminal, al suprimirse la relación de delitos en los que sería de aplicación, y se sustituiría por el criterio de que la diferencia cuantitativa entre la pena impuesta y la que efectivamente hubiera de cumplirse fuera notoria, pero sin tener en cuenta la naturaleza o gravedad de los delitos que formaban la totalidad de la concurrencia delictiva.

De esta forma, la restricción operaría exclusivamente en los casos en que la pena a cumplir, en virtud de la aplicación de los límites previstos para la acumulación material, resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

Y en segundo lugar, desaparece la referencia a los criterios de alarma social y perturbación social, que se sustituyen por el de “peligrosidad del condenado”. La modificación resulta muy significativa, pues se abandona la prevención general como criterio único y se introduce un criterio de prevención especial, mucho más acorde con las teorías mixtas de la pena. No

---

de varios hechos delictivos en un solo juicio,. En tales casos la suma de las penas no puede rebasar los 20, 25 ó 30 años, y en ningún caso el triple de la pena mayor prevista por tales hechos. A dichos supuestos es a los que se puede aplicar el artículo 78. Sin embargo por un error sistemático se ha incluido también en este precepto la referencia la artículo 77, que prevé las normas del concurso ideal o medial: un solo hecho constituye dos o más delitos infracciones, o una de ellas es medio necesario para cometer la otra. En este supuesto no tiene sentido aplicar la regla del artículo 78 ya que no hay regla de limitación de máximo de cumplimiento, sino regla de aplicación de pena.

En sentido contrario al las enmiendas anteriores el Grupo Parlamentario Popular sostuvo la modificación del precepto en los mismos términos que ya lo hiciera en el Congreso de los Diputados.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. De 21 de septiembre de 1995, nº 87 (d), pp. 106, 118, 168-169, 181 y 247.

obstante, se seguía concediendo un excesivo protagonismo a la prevención general <sup>159</sup>.

Las propuestas de los Grupos Parlamentarios ante este precepto fueron, también, de lo más dispar. Así, el Grupo Popular y el Grupo Parlamentario Catalán abogaron por una regulación aún más severa, por la que se impusiese ese cumplimiento efectivo de las penas sin la posibilidad de volver al régimen general <sup>160</sup>. Y por su parte, Izquierda Unida e Izquierda por Cataluña, el Grupo Mixto- ERC y el PNV solicitaron la supresión del artículo por innecesario y contrario a la orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reinserción social <sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Cfr. CERESO MIR, en *La Ley*, 1996, t. 3, p. 1471.

<sup>160</sup> Vid. Apéndice, apartados II, V, VI, VII y IX.

<sup>161</sup> La Crónica de la Sesión plenaria en el Congreso de los Diputados celebrada el día 22 de junio de 1995 puede resumirse de la siguiente manera.

La discusión del que se calificó como el Título más importante y definidor del Código penal de 1995, tuvo como punto estelar el tema de la finalidad y sentido de las penas en general, y de lo crisis de la pena de prisión en particular. En este sentido, preocupó en gran medida a los grupos parlamentarios determinar el máximo de cumplimiento efectivo de las penas, pero sin que se replantearan en ningún momento, la conveniencia de las tradicionales reglas concursales, a excepción del delito continuado, que a pesar de ser la figura más reciente en nuestra legislación es la única que ha merecido la atención del legislador.

La imposibilidad práctica a que da lugar el sistema de acumulación material se ha tratado de corregir históricamente a través de la acumulación jurídica, pero se creaban otros inconvenientes, como el gran distanciamiento que se producía entre la condena impuesta y la que iba a ser objeto de efectivo cumplimiento, lo que siempre ha supuesto para la sociedad española un sentimiento de injusticia. Tanto es así, que se presentaron tres millones de firmas al congreso de los Diputados a fin de que este punto fuera objeto de tratamiento. A este propósito respondía el artículo comentado cuya finalidad no era otra que la de restringir los beneficios penitenciarios y la libertad condicional cuando se tratase de determinados delitos, y acaparó la atención de todos los grupos parlamentarios.

En la misma sesión plenaria, el Grupo de Izquierda Unida e Izquierda por Cataluña propuso “in voce” al Grupo Socialista una fórmula transaccional en relación con este artículo 79 que permitiese cumplir con los objetivos de penalizar más duramente conductas especialmente graves, y particularmente rechazadas por la sociedad española, pero permitiendo que siguiera existiendo el principio de la reinserción social, mediante la aplicación de los beneficios penitenciarios. La propuesta consistía en añadir un nuevo párrafo al artículo 77 como un apartado c), que estableciera la posibilidad de llegar a 25 o 30 años en casos especialmente graves

---

como cumplimiento máximo de la condena, e incluso subir más de 30 años, llegando a 32,33 ó 35 en supuestos especialmente graves, como los que se establecían en dicho artículo, de dos o más hechos cometidos por sujetos que estuvieran incluidos en supuestos relativos a delitos de narcotráfico, de terrorismo o de agresiones sexuales. En estos casos que especialmente producen un rechazo unánime de la sociedad, podría aumentarse la pena máxima de cumplimiento, pero manteniendo siempre la posibilidad de beneficios penitenciarios en su tiempo o la libertad condicional. Esta propuesta no fue finalmente presentada a trámite, ante otra enmienda transaccional propuesta por el Grupo Socialista que desatendía por completo las pretensiones de Izquierda Unida.

Por su parte, el PNV aprovechó la defensa de su enmienda nº 19, previstas para la introducción de una pena consistente en servicios de utilidad social sustitutiva de penas de prisión inferiores a dos años, para hacer una declaración en contra del artículo 79 al que en un principio no se le había presentado enmienda alguna por este grupo parlamentario. Si bien, en dicho momento se sostuvo su inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad ante la ley y por infringir el principio axiológico que justificaba constitucionalmente las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE). Igualmente preocupaba a este grupo parlamentario, la contradicción de este precepto con los pactos políticos, como los de Jauría Enea y los Pactos de Madrid en materia de reinserción para defender determinados fenómenos delincuenciales.

El Grupo Socialista, ante las manifestaciones de los distintos grupos parlamentarios, tanto en comisión Como en el Pleno, ofreció una transacción para corregir alguno de los aspectos más criticados del artículo 79 del Proyecto. En primer lugar, la corrección del punto referido a la alarma social o perturbación social. Y así, el portavoz socialista en dichos momentos el Sr. De la Rocha Rubi aceptó que: “es cierto que la alarma social unas veces es real y otras veces ciertamente inducida, y por tanto, hablar de alarma social como un factor que pueda traducirse en que determinada persona, por muy execrables que hayan sido los delitos que hayan cometido, y por factores externos a la propia personalidad del delincuente, a su propia potencialidad de volver a delinquir por factores externos, resultaría inadecuado”. Por ello, propuso que dicha cuestión fuera sustituida por la frase: “atendiendo a la peligrosidad criminal del penado”.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la enmienda presentada por Convergencia i Unió (nº 1.107), y en general, el sentir de algunos de otros grupos parlamentarios de que podría ser inconstitucional este sistema de limitación de obtención de los beneficios penitenciarios y de la libertad condicional fijado inicialmente en la sentencia condenatoria para unos delitos en concreto, propuso que se eliminará dicha referencia a los delitos y quedará por el contrario establecido como un sistema de carácter general.

Llegado el momento de la votación plenaria se procedió a la misma. obteniéndose el siguiente resultado:

Enmiendas del Grupo Popular, en votación conjunta: Votos emitidos 280; a favor 113; en contra 167.

Enmiendas al Grupo Mixto, Votos emitidos 280; a favor 12; en contra 265; abstenciones 3.

### **3.11.3.- La reforma del artículo 78 del Código penal introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas**

---

Enmienda transaccional en relación con la enmienda del Grupo catalán (CiU) relativa al artículo 79 del Proyecto, Votos emitidos 282, A favor 270; en contra 11, abstenciones 1.

Solicitada la votación separada de las distintas enmiendas presentadas por el G.P. de Izquierda Unida e Izquierda por Cataluña, Enmienda 673, votos emitidos 284; a favor 159; en contra 12; abstenciones 113. Enmienda 674, votos emitidos 284; a favor 158; en contra 11; abstenciones 115.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del congreso de los diputados, sesión plenaria, celebrada el día 22 de junio de 1995, nº 157, pp. 8316-8340.

La discusión de este precepto también constituyó el objeto de debate central de la Comisión de Justicia e Interior en reunión celebrada el día 9 de octubre de 1995. En efecto, en el Dictamen emitido, los dos temas objeto de discusión fueron una vez más, el límite máximo de las penas para su cumplimiento efectivo, y el cómputo de los beneficios penitenciarios u la libertad condicional sobre la totalidad de las penas.

Entre los distintos grupos parlamentarios existió, no obstante, una voluntad transaccional sobre el polémico artículo 78. El Grupo Mixto, insistió en la necesidad de eliminar de su redacción la referencia a la peligrosidad social del delincuente en la determinación y cumplimiento de las reglas para la aplicación de las penas, proponiendo atender a la gravedad del delito como un parámetro más objetivo.

Pero también, se puso nuevamente de manifiesto la falta de necesidad de un artículo de esta naturaleza para conseguir un acercamiento entre las penas impuestas y las efectivamente cumplidas, dada la supresión de la redención de penas por el trabajo. Mientras que el Grupo Popular defendió su enmienda de suprimir la facultad del Juez de Vigilancia Penitenciaria de acordar la vuelta al régimen general, a la vista del tratamiento.

Tras la discusión y según el texto del informe de la Ponencia, se lleva a cabo la votación conjunta de los artículos comprendidos en dicha sección “reglas especiales para la aplicación de las penas”, a excepción del artículo 78 cuya votación se efectúa separadamente a petición del Senador Zubía Atxaerandio (GPSNV). Efectuada la primera votación para el conjunto de los artículos, dando como resultado 18 votos a favor y 14 abstenciones. En la votación del artículo 78 se produce un empate, con 16 votos a favor y 16 en contra. Se repite la votación y se vuelve a producir un segundo empate con los mismos votos, 16 a favor y 16 en contra. Y es en la tercera y última votación en la que se consigue aprobar el precepto, con un solo voto de diferencia, esto es, 16 a favor y 15 en contra.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, sesión celebrada el lunes día 9 de octubre de 1995, nº 225, pp. 25-45.

La polémica sobre el cumplimiento efectivo de las condenas no quedó, sin embargo, zanjada con la aprobación de este precepto, y tras diversos intentos de reforma finalmente la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, lo modificó dándole la siguiente redacción:

*“1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.*

*2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b) c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.*

*3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:*

- a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.*
- b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena”* <sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Para su tramitación vid. el Proyecto de Ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. nº 129-1 de 14 de febrero de 2003, ( nº de expediente 121/000129) p. 4, proponiendo la nueva redacción del artículo 78 en los siguientes términos: “1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado, y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.



---

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonablemente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 24 de febrero de 2003, nº 129-2. Ampliación del plazo de enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 26 de febrero de 2003, nº 129-3. Ampliación del plazo de enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 5 de marzo de 2003, nº 129-4. Ampliación del plazo de enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 11 de marzo de 2003, nº 129-5. Ampliación del plazo de enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 12 de marzo de 2003, nº 129-6. Ampliación del plazo de enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 25 de marzo de 2003, nº 129-7. Enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 14 de abril de 2003, nº 129-8. Índice de enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 12 de mayo de 2003, nº 129-9. Informe de la Ponencia.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A. de 20 de mayo de 2003, nº 129-10. Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno. En texto del artículo 78 sufre la siguiente modificación: “1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b) c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. *En estos casos, el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente oídos el Ministerio fiscal, instituciones penitenciarias y las demás partes, la*

Esta reforma conlleva, como se puede comprobar de la simple lectura del precepto, un endurecimiento del régimen previsto en la redacción dada inicialmente a este artículo por el Código penal de 1995. Y ello supuso un rechazo casi unánime por parte de todos los grupos parlamentarios que calificaron la reforma de oportunista e inútil, como así se puso de manifiesto en las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados y en la Propuesta de veto presentada al Proyecto de Ley en el Senado <sup>163</sup>. En efecto, en primer

---

*aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la Sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:*

- a) *Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.*
- b) *A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena”.*
- c)

Boletín Oficial de Las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A de 2 de junio de 2003. Aprobación por el pleno.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie A. de 31 de mayo de 2003, nº 130 (a). Texto remitido por el Congreso de los Diputados.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie A. de 9 de junio de 2003, nº 130 (b). Propuesta de Veto.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie A. de 9 de junio de 2003, nº 130 (c). Enmiendas.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie A. de 16 de junio de 2003, nº 130 (d). Dictamen de la Comisión.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie A. de 24 de junio de 2003, nº 130 (e). Texto aprobado por el Senado.

Del Diario de Sesiones, vid. el debate sobre la totalidad en el Pleno, Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, nº 232 de 6 de marzo de 2003; designación o ratificación de la Ponencia (Comisión de Justicia e Interior), en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 761 de 13 de mayo de 2003; el Dictamen (Comisión de Justicia e Interior), en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 761 de 13 de mayo de 2003; la probación por el pleno en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 255 de 29 de mayo de 2003; Diario de Sesiones del Senado nº 476 de 12 de junio de 2003 para el informe de la Comisión de Justicia e Interior; y la aprobación en el Pleno del senado, el Diario de Sesiones nº 142, de 18 de junio de 2003.

<sup>163</sup> Vid. el apéndice a este capítulo donde se transcriben las enmiendas presentada a esta reforma con las consideraciones efectuadas por los distintos grupos parlamentarios a esta reforma, así como la propuesta de Veto realizada en el Senado al Proyecto de Ley presentado por el gobierno.

lugar en esta nueva redacción del artículo 78 no queda condicionada su aplicación a la valoración de la peligrosidad criminal del penado que pudiera efectuar el Juez o Tribunal sentenciador, y resulta automática en los casos en los que se den las circunstancias previstas en el apartado segundo, esto es, que se hayan aplicado alguno de los límites absolutos excepcionales previstos en el artículo 76.1 y la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

En segundo lugar, su ámbito de aplicación se extiende además de a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional a los que se refería la redacción inicial del Código penal de 1995, a los permisos de salida y a la clasificación de tercer grado. Y en tercer lugar, la posibilidad prevista con anterioridad de poder volver al régimen general, en lo que se refiere a la concesión de permisos de salida y de beneficios penitenciarios se veda a los condenados por delitos de terrorismo o a los autores de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. En lo que se refiere a la clasificación de tercer grado y la libertad condicional tampoco podrá alcanzarse nunca por los condenados por este tipo de delitos conforme al régimen general sino conforme señala el precepto con ciertas limitaciones. De todo ello, y de la valoración que me merece el precepto en sí como su modificación me ocuparé en la parte de este trabajo dedicada a las consecuencias concursales, pues la misma no se limita simplemente a la modificación de este artículo sino que afecta también a la duración mínima de la pena de prisión (artículo 36), a los límites de cumplimiento previsto en el artículo 76, y a los preceptos relativos a la libertad condicional (artículo 90 y 91) <sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Vid., *supra*, Capítulo XI.

**3.11.4. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal**

La reforma introducida por la Ley 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas se completó introduciendo unas importantes modificaciones en nuestro Código penal tanto en su Libro I, como en los Libros II y III relativos a los delitos y faltas, mediante la Ley 15/2003, de 25 de noviembre <sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Vid. la iniciativa en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-1 de 5 de mayo de 2003 (nº de expediente 121/000145).

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-2 de 14 de mayo de 2003.

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-3 de 28 de mayo de 2003.

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-4 de 2 de junio de 2003.

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-5 de 4 de junio de 2003.

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-6 de 9 de junio de 2003.

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-7 de 10 de junio de 2003.

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-8 de 11 de junio de 2003.

Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, nº 145-9 de 23 de junio de 2003.

Índice de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-10 de 26 de junio de 2003.

Informe de la Ponencia en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-11 de 7 de julio de 2003.

Informe de la Ponencia (corrección de error) en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-12 de 30 de julio de 2003.

Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa en el Pleno en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-13 de 11 de septiembre de 2003.

Aprobación por el Pleno en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-14 de 17 de septiembre de 2003.

Texto remitido por el Congreso en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145 (a), de 20 de septiembre de 2003.

#### **4.- CONCLUSIONES**

A lo largo del presente capítulo hemos analizado el desarrollo histórico de las distintas figuras concursales, y en especial del concurso ideal, desde una perspectiva exclusivamente legal que nos lleva a situar como punto de origen del mismo los trabajos preparatorios al Código penal de 1848.

Desde este Código penal hasta el Código penal de 1995 nuestro legislador siempre ha optado por definir el concurso ideal sobre la base de la unidad de hecho. Así desde el primer Código penal hasta nuestros días el concurso ideal se ha definido legalmente como “un solo hecho que constituya

---

Ampliación del plazo de Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145 (b) de 2 de octubre de 2003.

Propuesta de veto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145- (c) de 11 de octubre de 2003.

Enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145- (d) de 11 de octubre de 2003.

Informe de la Ponencia en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145- (e) de 20 de octubre de 2003.

Dictamen de la Comisión y votos particulares en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145- (f) de 28 de octubre de 2003.

Texto aprobado por el Senado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura, nº II-145- (g) de 5 de noviembre de 2003.

Enmiendas del Senado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura, Serie A, nº 145-15 de 6 de noviembre de 2003.

Aprobación definitiva en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII legislatura, Serie A, nº 145-16 de 12 de noviembre de 2003.

Índice de Publicaciones en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, nº 145- 17 de 9 de marzo de 2004.

Del Diario de Sesiones, vid. el debate en el Pleno de la totalidad, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 255 de 29 de mayo de 2003; Designación o ratificación de la Ponencia (Comisión de Justicia e Interior), en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 802 de 3 de septiembre de 2003; Dictamen (Comisión de Justicia e Interior), en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 802 de 3 de septiembre de 2003; Aprobación por el Pleno en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 275 de 11 de septiembre de 2003; Comisión de Justicia del senado, Diario de Sesiones del Senado nº 506 de 24 de septiembre de 2003; Pleno del Senado, Diario de Sesiones del senado nº 157 de 30 de octubre de 2003 y nº 158 de 31 de octubre de 2003; Debate y votación de enmiendas o veto del Senado en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 293 de 6 de noviembre de 2003.

dos o más delitos”. Se habla pues, desde un principio de una unidad de hecho como principio rector del concurso ideal, pero sobre este particular no diremos aun nada en tanto será objeto de estudio en el próximo capítulo. Sí, por el contrario, podemos señalar que la utilización del término delito en vez de infracción ha determinado que hasta la publicación del Código penal de 1995 el ámbito del concurso ideal quedara injustamente reducido al ámbito de los delitos y no fuera de aplicación para las faltas.

Por otra parte, al no especificarse en dicha definición la naturaleza de los delitos que podían conformar el concurso ideal cabe aceptar que el legislador incluye dentro de su definición tanto, los delitos de idéntica naturaleza (modalidad homogénea) como los de distinta (modalidad heterogénea), pero ello también será objeto de análisis más adelante.

Igualmente, el legislador español siempre ha ubicado el concurso ideal dentro de las Reglas para la determinación de la pena, relegándolo a una sección final, poco expresiva, de disposiciones comunes, salvo en el Código penal de 1928 que con mayor acierto lo ubicó en una Sección propia denominada “Reglas para la aplicación de las penas en los casos de concurrencia de varios delitos” o en el último Código penal de 1995 donde se le califica como una regla especial para la determinación de la pena.

Ha sido una constante que en nuestros textos legales la figura del concurso ideal se regulara conjuntamente con la del concurso medial. Sólo en el Código penal de 1928 se unieron ambas figuras a la del delito continuado.

En la misma medida el legislador español siempre ha optado por otorgar al concurso ideal un tratamiento punitivo distinto del previsto para el concurso real, y así se ha podido comprobar como para el concurso ideal la regla general ha sido casi siempre la de establecer un principio de absorción agravada, esto es, la aplicación de la pena más grave en su mitad superior, como una consecuencia jurídica más beneficiosa para el reo que la que pudiera resultar de aplicar todas las penas correspondientes a los delitos cometidos,

sistema sancionador tradicionalmente previsto para la figura del concurso real. Sólo hemos de destacar nuevamente el Código penal de 1928 en el que el legislador estableció un sistema punitivo mucho más amplio que permitía ir desde un sistema de absorción simple al de exasperación en un grado de la pena correspondiente al delito más grave de los cometidos.

En ese intento de buscar siempre para el concurso ideal una solución jurídica más beneficiosa que la prevista para el concurso real se ha de situar la reforma introducida en el Código penal de 1870 por la Ley de 3 de enero de 1908, y la interpretación que de la misma se realizó por la Fiscalía del Tribunal Supremo en la Circular de 10 de enero de 1908 y por la propia jurisprudencia de este alto tribunal.

No obstante, escasos son los argumentos que los codificadores y legisladores han proporcionado en las diferentes discusiones previas a la publicación de los textos legales para justificar este tratamiento más beneficioso así como el porque de un principio de absorción agravada y no de cualquier otro.

Nuestra tarea inmediata consistirá, pues, en analizar la naturaleza y el fundamento de esta modalidad concursal y poder así comprobar si esta diferencia de tratamiento punitivo, constante en nuestra historia legislativa, se halla justificada, así como la conveniencia del sistema sancionador elegido para la misma.

## **CAPÍTULO V**

### **LAS DIFERENTES CONCEPCIONES DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA NATURALEZA Y EL FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CONCURSO IDEAL**

#### **1.- INTRODUCCIÓN**

Tras haber analizado en el capítulo anterior la evolución histórico-legislativa del concurso ideal en nuestros textos legales, corresponde ahora exponer las diversas interpretaciones que en torno al mismo han surgido desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### **2.- ANTECEDENTES**

Como ya sabemos la figura del concurso ideal aparece por primera vez recogida en el artículo 77 del Código penal de 1848, con una formulación casi idéntica a la contenida en el actual Código penal de 1995, tanto en lo que se refiere a su base estructural como al sistema sancionador previsto para el mismo <sup>1</sup>.

A pesar de la novedad que en 1848 supuso dicho precepto los comentaristas de la época se limitaron a poner ejemplos de supuestos en los que sería de aplicación esta figura concursal y alabaron la previsión de un sistema sancionador más benigno que el que se preveía para el concurso real <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV.

<sup>2</sup> Así: PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, 1848, pp. 436-



En efecto, en el Código penal de 1848 y en la primera redacción del Código penal de 1870 se preveía como único sistema sancionador del concurso ideal el principio de absorción agravada. El legislador impuso este sistema con la intención de otorgar un beneficio punitivo al sujeto que con un solo hecho hubiera dado lugar a la comisión de varios delitos, frente a los casos de concurso real en los que la pluralidad de delitos derivaban de una pluralidad de acciones. Sin embargo, este privilegio se veía enturbiado en la práctica cuando los delitos que concurrían idealmente se encontraban sancionados con penas de muy diferente duración, o con penas perpetuas acompañada de la pena de muerte.

Como ya hemos podido comprobar, en estos casos la aplicación del grado máximo de la pena más grave en que consistía el principio de absorción agravada obligaba a los tribunales a aplicar una pena que resultaba superior tanto cuantitativa como cualitativamente a la que hubiera correspondido de aplicar el sistema de acumulación de penas prevista para el concurso real. La paradoja a la que se llegaba con este sistema trató de solventarse con la Ley de 3 de enero de 1908, modificativa del Código penal de 1870<sup>3</sup>. Así, a través de esta reforma se introdujo como sistema sancionador subsidiario del concurso ideal, el principio de acumulación de penas. No obstante, la deficiente redacción del texto legal y la necesidad de determinar la pena adecuada a los casos de concurrencia ideal favoreció que tanto en la doctrina

---

437; AURIOLES MONTERO, *Instituciones del Derecho penal en España, escritas con arreglo al nuevo Código*, 1849, p. 125; DE ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, 1860, pp. 111-114. En este sentido manifestaba ANTÓN de LUZURRIAGA respecto al proyecto de Código penal presentado por Seijas “que si en un acto se cometieren delitos diferentemente calificados no se imponga por un solo hecho varias penas, sino la correspondiente al más grave, porque así lo aconseja la razón, pero si se ha cometido varios crímenes en distintos actos debe sufrirse las penas establecidas en cada una”. Vid. Acta de la sesión de 12 de noviembre de 1844, nº 16.

<sup>3</sup> Vid, *supra*, Capítulo IV, 3.4.1 y la bibliografía allí citada.

como en la jurisprudencia se abordase con mayor detenimiento esta figura concursal, aunque casi siempre desde la perspectiva de la pena <sup>4</sup>.

Por otra parte, y también bajo la vigencia de este Código penal de 1870, la influencia de los autores italianos comenzó a sentirse en algunos autores españoles, aunque ha de decirse que de una forma tímida, ya que si bien se utilizaba la unidad de propósito como causa que justificaba la aplicación de una pena inferior al concurso ideal, no llegaba sin embargo a identificarse con los delitos complejos o delitos compuestos como hicieran Carrara, Pessina o Alimena <sup>5</sup>.

En esta línea, cabe mencionar los comentarios realizados por Groizard y Gómez de la Serna, quien justificaba la aplicación de una sola pena agravada en los casos de concurso ideal en términos de responsabilidad por la voluntad o intención del agente <sup>6</sup>. Así este autor consideraba que cuando un hecho constituyese dos o más delitos no debía ser ese solo hecho castigado con las penas señaladas a todos los delitos cometidos, reconociendo de esta forma la

---

<sup>4</sup> Vid. por ejemplo: VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, 3ª ed., 1885, p. 128; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1ª parte, 2ª ed., 1903, p. 187; HIDALGO GARCÍA, *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, t. I, 1908, pp. 825-829; ÁLVAREZ CID, *El Código penal de 1870, estudiado y explicado con la misma jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, t. I, 1908, p. 429; ORTIZ ARCE, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 112, 1908, pp. 136-137; PEGO, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, 1910, p. 475; LANGE RUBIO, *Código penal de 17 de junio de 1870, reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día*, 1915, p. 177; SALDAÑA, en *Tratado de Derecho penal*, 3ª ed., t. III, 1917, pp. 186-191; MONTES, *Derecho penal español, parte general*, vol. II, 1917, p. 275; MARAÑÓN, *Leyes penales de España*, 1923, pp. 58 y ss.

Incluso después de publicarse los Códigos penales de 1928 y 1932 se seguía interpretando la cláusula punitiva introducida por la Ley de 3 de enero de 1908. Así por ejemplo: JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, t. I, 1928, p. 361; MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Código penal de 27 de octubre de 1932*, 1933, p. 23. nota 94; GRANADOS y AGUIRRE, *Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, 1936, p. 122; CUELLO CALÓN, en *Elementos de Derecho penal*, de PESSINA, 4ª ed., 1936, p. 599.

<sup>5</sup> Vid. *supra*, Capítulo III, 2.1.

<sup>6</sup> Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, tomo II, 1972, p. 411.

pluralidad delictiva que caracteriza al concurso ideal y su diferencia con el concurso real <sup>7</sup>. Y ello, porque, según decía este autor, “cuando hay unidad de pensamiento en la decisión o cuando hay unidad de ejecución en el acto criminal, aun cuando resulten diversos daños, no hay, según los principios cardinales que hemos visto que presiden a la determinación de la delincuencia, la misma responsabilidad para su autor que surgiría si la pluralidad de daños fuese resultado de una pluralidad de resoluciones punibles y de una pluralidad de actos diversos de ejecución” <sup>8</sup>. En un sentido muy parecido se pronunció Silvela, quien afirmó que existía concurrencia delictiva cuando un hecho o una serie de hechos se presentaban como uno a la consideración del agente por el propósito que le guiaba. Igualmente, en la segunda parte de su obra y al hilo del comentario al artículo 90 afirmaba la presencia de un supuesto concursal en el mismo. En concreto señalaba que: “cabe diferenciar entre lo que llamamos concurrencia de delitos, esto es, cuando todos los efectuados procedan de una única determinación de la voluntad para conseguir el resultado preconcebido como fin y término de los actos, de lo que denominamos repetición de delitos” <sup>9</sup>, o que “en tales supuestos, [refiriéndose al artículo 90 del Código penal de 1870, en el que se recogía el concurso ideal y medial en términos idénticos a la redacción

---

<sup>7</sup> Aunque más adelante GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA en su comentario hable de que las consecuencias de un hecho único, por muchas que fueran, no serían más que un delito con condiciones de agravación, no creo, que tuviera como fin el afirmar en el concurso ideal la existencia de un solo delito, pues en primer lugar, la ubicación que realiza para su estudio lo sitúa entre los supuestos en los que se producen varios delitos no castigados por sentencia firme; en segundo lugar, porque cuando trata del concurso medial lo hace como supuesto igualmente de pluralidad de delitos; en tercer lugar porque a continuación trata de distinguir cuando un hecho puede ser productor de diversos delitos de aquellos otros que son sólo la continuación de uno mismo o delito continuado; y en cuarto y último lugar, porque con ello lo único que trata es de justificar la necesidad de imponer una sola pena en atención al único hecho realizado.

<sup>8</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, tomo II, 1972, p. 411.

<sup>9</sup> Cfr. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, 2ª ed., parte primera, 1903, p. 155.

actual], el Código no castiga al autor con la pena correspondiente *a cada uno*, sino que, suponiendo que, en cierto modo, el más grave abarca, absorbe y comprende en sí al más leve, imponiéndole sólo la pena correspondiente a aquel”<sup>10</sup>.

Si bien es cierto que en estos momentos estaba presente en estos autores la idea de la unidad de propósito como fundamento del concurso ideal, a la que tanta importancia le dieron los autores italianos y que les llevó a identificarlo con los delitos complejos y compuestos, sin embargo todavía con ellos ambas figuras seguían teniendo características diferenciadas. Así por ejemplo el propio Silvela señalaba como excepción a la figura del concurso ideal, los delitos complejos<sup>11</sup>.

No obstante, existieron otros autores que se limitaron a analizar la figura del concurso ideal teniendo en cuenta la redacción dada por el texto legal, reconociendo la pluralidad delictiva del mismo y estructurándolo sobre la base de la unidad de acción, pero sin profundizar en estas cuestiones<sup>12</sup>.

A pesar de las novedades introducidas por el Código penal de 1928 como el mismo tuvo un corto período de vigencia la literatura que sobre el mismo existe es muy escasa<sup>13</sup>. Y lo mismo puede decirse del Código penal posterior de 1932<sup>14</sup>. No obstante, la línea iniciada respecto de la inclusión en el concepto de unidad de acción de la unidad de propósito del agente se fue haciendo cada vez más presente, así como la identificación del concurso ideal como delito complejo<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, 2ª ed., segunda parte, 1903, p. 187.

<sup>11</sup> Cfr. SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, 2ª ed., segunda parte, 1903, p. 187.

<sup>12</sup> Cfr. VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870*, 3ª ed., 1885, pp. 128-132; ALVAREZ CID, *El Código penal de 1870*, tomo I, 1908, pp. 422-430.

<sup>13</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.5.

<sup>14</sup> Vid., *supra*, Capítulo IV, 3.6.

<sup>15</sup> Por ejemplo: JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, t. I, 1928, p. 359; GRANADOS Y AGUIRRE, *Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, 1936, p. 122; CUELLO CALÓN, en *Elementos*

### **3.- INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO PENAL DE 1944**

Este escaso debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la concurrencia ideal que caracterizó a la literatura doctrinal y jurisprudencial antes de la publicación del Código penal de 1944 se contraponen a una amplísima gama de interpretaciones que en torno a esta figura concursal ofrecieron los autores españoles desde mediados del siglo pasado a la actualidad.

En efecto, como hemos visto en la legislación española se formula una definición de esta modalidad concursal que permanece casi inalterable a lo largo de todos los Códigos penales de nuestra historia legislativa, y que fue interpretada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, casi siempre, de conformidad con lo dispuesto por el legislador. Sin embargo, desde la publicación del Código penal de 1944 comienza una fase en la que los autores brindan interpretaciones muy diversas, a veces hasta contrarias a lo dispuesto por la ley, en la que se confunden los límites de la citada modalidad concursal e incluso se llega a negar que dicha figura estuviera prevista en nuestra normativa. Prueba de ello es que al estudiar los primeros manuales que se publican tras la promulgación de este Código resulta muy difícil encontrar dos que clasifiquen y otorguen el mismo contenido a las distintas figuras concursales en general, y al concurso ideal en particular.

A esta disparidad de criterios doctrinales se le une que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no elaboró una doctrina que aclarase la correcta interpretación de lo dispuesto por el artículo 71 del citado texto legal. Mas aún, la jurisprudencia se caracteriza por la falta de claridad en sus pronunciamientos, confundiendo las figuras del concurso ideal y medial, y

---

*de Derecho penal*, de PESSINA, 4ª ed., p. 599.

otorgándoles nuevas denominaciones, como eran la de delito complejo y compuesto, que sólo contribuyó a oscurecer más el concepto, contenido y fundamento de esta modalidad concursal.

En estos últimos años se han publicado algunos estudios que han tratado de esclarecer determinados aspectos de dicha figura, si bien las opiniones son tan diversas que su ámbito de aplicación sigue siendo altamente controvertido. Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha conseguido en estos años fijar la línea fronteriza de esta modalidad concursal con las restantes, llegando incluso a introducir criterios nuevos en la determinación del contenido de esta figura.

De demostrarlo me ocuparé a continuación, exponiendo los debates doctrinales y jurisprudenciales que se han producido en nuestro país en torno al concurso ideal desde la publicación del Código penal de 1944.

### **3.1.- El concurso ideal de delitos como concurso de delitos**

La influencia de la doctrina italiana representada por Carrara, Pessina, y Alimena, fue muy importante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española. En primer lugar, porque de la misma manera que estos autores, la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de mediados del siglo pasado consideraron como modalidades del concurso ideal tanto cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, concurso ideal en sentido estricto, como cuando uno de ellos sea medio necesario de otro, el denominado concurso medial. Este ámbito del concurso medial venía motivado por la tradición de nuestros textos legales de regular conjuntamente estas dos figuras concursales y atribuirles el mismo sistema sancionador.

En segundo lugar, porque el empleo de las denominaciones de delito compuesto y delito complejo, utilizada por los autores italianos para referirse al concurso ideal en sentido estricto y al concurso medial respectivamente, se acoplaba bien con el sistema de pena única con el que el legislador español

sancionaba al concurso ideal. En efecto, el sistema de pena única que se preveía para este tipo de concurso favorecía que se entendiese que el concurso ideal era una reunión de varios tipos en uno solo, al que le habría de corresponder una sola pena, aunque en este caso menos grave de la que pudiera corresponderle en el supuesto de sancionarse separadamente los delitos integrantes del delito compuesto o del delito complejo.

Y en tercer lugar, porque la razón o fundamento por la que dicha pena debía ser menos grave que la prevista para un concurso real se fundamentaba en la unidad de fin o impulso criminal que hubiera movido al sujeto en su actuar.

No obstante, y a diferencia de lo que los autores italianos mantuvieron, la doctrina y la jurisprudencia española reconocían en la concurrencia ideal un supuesto de pluralidad delictiva, aun cuando para ella utilizaran los términos de delito compuesto y delito complejo.

Ya hemos tenido ocasión de comprobar en el capítulo anterior como tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se afirmaba la naturaleza plural del concurso ideal. En efecto, desde los primeros debates sobre el Proyecto de Seijas, base para la elaboración del Código penal de 1848 en el que se recogía por vez primera la regulación del concurso ideal, se le reconoce esta naturaleza plural <sup>16</sup>.

La definición legal que se dió a esta figura del concurso ideal dejaba poco margen de duda pues reconocía que un mismo hecho podía constituir dos o más delitos <sup>17</sup>. Esta referencia a una pluralidad de delitos derivados de un mismo hecho resultaba mucho más clarificadora que la redacción dada al concurso ideal por la legislación alemana que recordemos hablaba de preceptos penales. La circunstancia de que un mismo hecho pueda vulnerar varios preceptos penales puede dar lugar a un concurso de normas o a un concurso

---

<sup>16</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, apartado 3.3.

<sup>17</sup> El segundo borrador del Proyecto de Seijas hablaba incluso de infracciones. Vid. *supra*, Capítulo IV, apartado 3.3.

ideal según sea necesaria la aplicación de uno solo o de varios de ellos para cubrir todo el contenido de injusto. De la valoración jurídica del hecho y de la interpretación de los tipos sobre el mismo dependerá la solución. Sin embargo, la alusión a que de un mismo hecho se deriven dos o más delitos se sitúa en una fase posterior cuando el proceso de interpretación ya se ha efectuado y en consecuencia resultan de aplicación varios tipos penales y varios serán entonces los delitos concurrentes. Por esta razón la doctrina alemana situó la discusión del concurso ideal junto a la del concurso de leyes, y la española junto a la del concurso real a fin de distinguir ambas modalidades concursales.

El propio Rodríguez Muñoz, al anotar el Tratado de Derecho penal de Mezger donde se exponían los postulados de las teorías de la unidad y pluralidad en torno a la naturaleza jurídica del concurso ideal, reconocía la naturaleza plural del concurso ideal sobre la base del tenor literal del artículo 71 del Código penal español de 1944<sup>18</sup>.

La discusión que surgió en torno a si era posible la concurrencia ideal entre delitos y faltas constituyen una prueba más de que la doctrina y la jurisprudencia se planteaban esta figura desde la pluralidad de infracciones penales<sup>19</sup>.

También el hecho de que el concurso ideal se regulase conjuntamente al que se conoce como concurso medial, en el que un delito es medio necesario

---

<sup>18</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Tratado de derecho penal* de MEZGER, 1955, pp. 359-360. En concreto dice este autor: “Sin embargo, y aparte otros reparos que puedan oponerse al total artículo 71, la redacción de la ley es en este punto lo suficientemente clara para que desde el primer momento puedan y deban distinguirse los casos de concurso ideal de delitos, a que la ley aquí se refiere, de las hipótesis del denominado concurso de leyes, de las que el Código trata en el artículo 68, y que la teoría ha de deslindar con toda precisión, so pena de caer en confusiones lamentables”.

También reconocen la pluralidad delictiva del concurso ideal: RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrinal penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 1892; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1947, p. 300; ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*, t. I, p. 456; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, vol. I, 1958, p. 410; DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 1960, p. 148; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, t. 1, p. 149; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 2ª ed., 1976, p. 351.

<sup>19</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, apartado 3.3.



para cometer otro delito, influyó para que se ubicara esta figura dentro del ámbito de la concurrencia delictiva.

Y por último, toda la polémica que se genera en torno a la modificación que supuso la Ley de 3 de enero de 1908 en el sistema sancionador previsto por el Código penal de 1870 para el concurso ideal también supone un reconocimiento de la concurrencia delictiva<sup>20</sup>.

Sin embargo la identificación del concurso ideal como delito complejo y la estructuración del mismo sobre la unidad de acción determinada por la unidad de fin podía suponer una reelaboración de esta figura. Por eso, analizaré a continuación qué se entendía por unidad de fin y cómo ésta se convertía en el fundamento del concurso ideal en sus dos modalidades, así como las consecuencias que del mismo se derivaron para la concepción de este concurso, su ámbito de aplicación y su consecuencia jurídica.

### **3.1.1.- La unidad de propósito o fin como fundamento del concurso ideal**

A mediados del siglo pasado la doctrina reconocía en el texto del artículo 71 del Código penal de 1944 la figura del concurso ideal en sentido estricto, cuando un solo hecho constituyese dos o más delitos, y la que hoy conocemos como concurso medial, cuando un delito fuera medio necesario para la comisión de otro<sup>21</sup>. Las dos formas concursales se entendieron como

---

<sup>20</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, apartado 3.4.

<sup>21</sup> Así por ejemplo: FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1947, pp. 298-299; RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 2163; PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, 1952, p. 838; DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 1960, pp.148-149, sin perjuicio de que este autor ya reconocía la naturaleza real del concurso medial; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, 16ª ed, t. I, vol. II, 1974, p. 659; ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*, 1949, pp. 456-457.

Como excepción podemos señalar a SANCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, t. I, 5ª ed., 1950, pp. 342-345, para quien el concurso ideal no existía como modalidad concursal prevista y penada por el legislador y así manifestaba que el artículo 71 del Código penal de 1944 sólo contemplaba dos supuestos de concurso

una misma modalidad concursal porque ambas recibían el mismo tratamiento sancionador pero entre ellas la unidad de acción no era un elemento común, pues ésta concurría en el concurso ideal, pero no en el medial, donde el sujeto realiza dos acciones. Por eso se buscó un mismo fundamento que justificase a ambas y que a su vez permitiera explicar el porqué de un tratamiento sancionador distinto al del concurso real.

Así, la doctrina llegó a situar el fundamento del concurso ideal, en sus dos modalidades en la unidad de fin, con absoluta independencia del número de acciones que el sujeto hubiera realizado. Asimismo, el concurso real también podía apreciarse con independencia del número de acciones realizadas, pues lo decisivo era que el sujeto hubiera actuado movido por una pluralidad de fines o intenciones delictivas<sup>22</sup>.

---

real, el del delito complejo y el del delito conexo, y en consecuencia no existía ningún precepto en el texto legal que se refiriese al mismo. Ello significaba reconocer que el que con un solo hecho cometiese dos o más delitos o uno como medio necesario para la comisión de otro era una concurrencia delictiva, igual que cuando de una pluralidad de acciones independientes diera lugar a una pluralidad de delitos si bien con penalidad distinta. El concurso real era, pues, igual a concurrencia delictiva o, lo que es lo mismo, el género, y las formas contempladas en el artículo 71 especies del mismo sin exponer las características que las diferenciaban.

<sup>22</sup> Vid. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1947, pp. 298-299; RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, t. II, 1947, p. 2163; PUIG PEÑA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, 1952, p. 838, quien califica de concurso real el supuesto de que un sujeto con un solo disparo mate a dos enemigos porque a los dos quería matar y en consecuencia dos intenciones concurrirían en el mismo; LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, 1964, p. 149 y 150; quien, sin embargo, critica la denominación de delito compuesto para denominar al concurso ideal, por entender que el concurso ideal son dos delitos íntimamente unidos en su génesis; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed, 1966, pp. 380-381.

Con anterioridad al Código penal de 1944 ya exigía en el concurso ideal una única resolución criminal, MONTES, *Derecho penal español, parte general*, vol II, 1917, p. 275.

Por el contrario, DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 2º vol., 1960, pp. 148 y 152, entendió que: “la base, por tanto, en que se reclina este concurso formal no es otra sino la realización de una sola acción u omisión”. La denominación de esta modalidad concursal como delito complejo o compuesto es criticada por este autor considerándola impropia dada la naturaleza plural del mismo. Vid., también DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español, parte general*, 2º vol., 1972, p. 372 y ss.

El número de fines propuestos por el agente delimitaba las figuras del concurso ideal y del concurso real. La razón, pues, del excepcional sistema sancionador del primero tenía que venir justificada precisamente por esa unidad de fin o propósito, ya que al existir solo un propósito, la pena debía ser menor que cuando se tratase de una pluralidad de ellos, porque en la concepción de estos autores un único propósito en la actuación de un sujeto lo hacía merecedor de un menor reproche social <sup>23</sup>. Y por eso consideraban que era necesario para apreciar un concurso ideal que el sujeto realizase un solo hecho, pero referido éste a que el agente tuviera un mismo fin.

### **3.1.2.- El concurso ideal como delito compuesto y el concurso medial como delito complejo**

Partiendo de esta unidad de fin o propósito como fundamento común de ambas modalidades del concurso ideal, el ideal en sentido estricto y el medial, algunos autores españoles y fundamentalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como veremos más adelante, calificaron al concurso ideal en sentido estricto como un delito compuesto y al concurso medial como un delito complejo, tal y como ya lo hubieran hecho los autores italianos Carrara y Pessina, si bien a diferencia de éstos, y según vamos a exponer, reconociendo en ellos una concurrencia delictiva.

En esta línea podemos citar a Cuello Calón quien definió al concurso ideal en atención al número de fines propuestos por el agente y no por el número de acciones realizadas, e identificaba el concurso ideal como un delito compuesto y al concurso medial como un delito complejo <sup>24</sup>. Así, para este

---

<sup>23</sup> Así por ejemplo, FERRER SAMA, *Comentarios al código penal*, t. II, 1947, pp. 293-295, quien señala que el hecho de que esta figura se sancione con una sola pena no modifica su naturaleza jurídica sino que se inspira en un criterio *pro reo*, basándose tal beneficio de penalidad en la existencia de una sola acción ejecutada en unidad de intención, y es esta unidad de intención la que constituye precisamente la diferencia entre el concurso ideal y concurso real de delitos.

<sup>24</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 16ª ed., t. I, vol. II, 1974, pp.

autor el concurso ideal como delito compuesto requería un único propósito y además, exigía que del mismo acto se originasen dos o más delitos <sup>25</sup>. Y por delito complejo entendía que lo componían aquellos casos en los que uno de los hechos era medio necesario para cometer el otro, de modo que entre ellos existiese una relación de medio a fin <sup>26</sup>. Junto a este concurso ideal se situaba el concurso real, que surgía cuando el mismo sujeto realizaba una o varias acciones distintas de las que se iban a derivar otros tantos delitos jurídicamente independientes <sup>27</sup>.

Por consiguiente, la unidad de acción podía dar lugar tanto a un concurso ideal en sentido estricto como a un concurso real, pues dependía del número de intenciones que se dieran en el sujeto, de tal forma que unidad de acción y unidad de propósito era igual a concurso ideal. E igualmente cuando se trataba de una pluralidad de acciones, como ocurría en el caso del concurso medial, podía darse un concurso ideal si la realización de las mismas se llevaba a cabo mediante un único de propósito <sup>28</sup>.

Puede parecer que lo que tratase de proponer Cuello Calón al identificar del concurso ideal y medial con un delito compuesto y complejo respectivamente, fuera el crear un nuevo delito distinto de los que concurrían ideal o medialmente, y situar con ello al concurso ideal en ámbito de los

---

657-659. Cito a este autor a título de ejemplo y porque es quizás el que con mayor profundidad analiza cada uno de las modalidades concursales, pero como ya he ido señalando esta unidad de propósito como fundamento del concurso ideal y su identificación con el delito compuesto se inicia desde la publicación del Código penal de 1870. Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.7.

<sup>25</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 16ª ed., t. I, vol. II, 1974, p. 658.

<sup>26</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 16ª ed., t. I, vol. II, 1974, p. 659.

<sup>27</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 16ª ed., t. I, vol. II, 1974, p. 659.

<sup>28</sup> Utilizaba Cuello Calón el mismo argumento que en su día manifestara Carrara ya que al calificar el concurso medial como ideal señala que: “En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que los enlaza”. Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 16ª ed., tomo I, vol. II, 1974, p.657.

supuestos de unidad de delito, pues no en vano el delito compuesto y el delito complejo, como su propio nombre indica son supuestos de unidad delictiva. Sin embargo, he de negarlo, pues tanto este autor como la jurisprudencia que recoge esta denominación, reconocen la independencia de los tipos o delitos que se integraban en estos delitos compuestos y complejos.

En mi opinión, esta forma de denominar al concurso ideal como un delito compuesto y delito complejo no debe ser interpretada más allá de lo que realmente significa y no podemos ver en ella un parangón con la problemática que se planteó en Alemania con la teoría de la unidad. Pues ciertamente aunque se hablara de un delito -ya fuera compuesto o complejo- se reconocía no sólo de forma expresa sino también en las consecuencias que se derivaban, que el concurso ideal así denominado era un supuesto de concurrencia delictiva, donde todos y cada uno de los delitos concurrentes iban a ser tenidos en cuenta y no sólo para la determinación de la pena. Por el contrario, en la teoría de la unidad alemana, al menos en su formulación inicial, se negaba la concurrencia delictiva, pero las consecuencias que se derivaban del concurso ideal eran más propias de una pluralidad delictiva que de un supuesto de unidad delictiva. Además, desde la teoría de la unidad de lo que se partía era de un concepto de delito que imposibilitaba que de una única acción pudiera derivarse una pluralidad de delitos, esto es un concurso ideal, y desde la fórmula empleada para denominar el concurso ideal por los autores españoles sólo se trataba de reconocer que entre los supuestos de concurrencia delictiva, la unidad o pluralidad de intenciones del sujeto a la hora de cometer una pluralidad de delitos debía tener su reflejo en la pena a imponer y en las restantes consecuencias.

En mi opinión esta denominación del concurso ideal como delito complejo o compuesto utilizada por nuestros tratadistas no la considero sin embargo acertada porque no es correcto hablar de un delito cuando son varios los que concurren y porque tampoco las consecuencias que se derivan posteriormente del mismo son las propias de un único delito, pues los tipos

concurrentes a pesar de formar un complejo o compuesto siguen manteniendo su independencia.

En efecto, un delito compuesto no es más que la reunión de varios delitos que expresamente tipifica el legislador en uno solo, pero en su sustrato existe una pluralidad de delitos. La unidad le viene dada por la construcción específica que del mismo efectúa el legislador. Pues bien, esto mismo es lo que hace Cuello Calón con el concurso ideal, lo convierte en un delito complejo a través de la regla general que contenía el entonces vigente artículo 71 del Código penal. Por tanto, lo que en un principio sería una pluralidad delictiva se convierte a través de la aplicación de la regla contenida en el artículo 71 en un delito complejo. O dicho con otras palabras: está reconociendo que a pesar de configurarse como un solo delito, el mismo viene dado porque la unidad de acto ha lesionado una pluralidad de bienes jurídicos, y ello porque se han infringido una pluralidad de normas penales y que por consiguiente los delitos cometidos son diversos.

No obstante, estos delitos compuestos y complejos distan mucho de los expresamente tipificados por la norma. En primer lugar, porque su creador no lo será el legislador sino el aplicador del Derecho en atención a que concurren una pluralidad de delitos cometidos en unidad de propósito. En segundo lugar, porque el delito complejo regulado por el legislador tiene los efectos propios de un supuesto de unidad de delito, mientras que los que concurren en el concurso ideal mantiene su independencia incluso a la hora de establecer la pena, ya se determine ésta conforme al principio de absorción agravada o según el principio subsidiario de acumulación material.

En tercer lugar, por su fundamento, pues si bien los delitos complejos expresamente tipificados por el legislador responden a necesidades de política criminal, los creados en virtud del artículo 71 lo son, según este autor, por un criterio puramente subjetivo, esto es, porque ha mediado un único impulso criminal en el sujeto. Y por último, también existen diferencias en la consecuencia jurídica que les corresponde pues, si bien en los delitos

complejos legales se sancionan los delitos concurrentes con una pena superior a la que correspondería de aplicarles las reglas sancionadoras del concurso real, en los que propone Cuello Calón la sanción sería inferior a la prevista para un supuesto de concurrencia real, pues les correspondería la pena más grave de las concurrentes pero agravada precisamente por la existencia de otros delitos. En definitiva si la finalidad de los primeros era la de excepcionar las reglas del concurso real para sancionarlos más gravemente en el caso de los segundos la finalidad era la inversa: sustraerlos de las reglas del concurso real para sancionarlos más levemente, dada la unidad de propósito del agente.

El propio Cuello Calón consideraba, como también lo hicieran los autores italianos de la Escuela positiva <sup>29</sup>, que el concurso real de delitos es una manifestación de la mayor temibilidad del delincuente por la pluralidad de intenciones delictivas que se dan en su actuar y por ello consideraba adecuada una sanción inferior en los casos en los que el sujeto a pesar de haber infringido varias normas y por tanto haber cometido varios delitos, no todos ellos eran directamente queridos <sup>30</sup>.

Se trataba entonces de establecer tres categorías graduales en la concurrencia de delitos: la primera, la formada por los delitos compuestos y complejos previstos en el artículo 71 para los que se preveía una pena inferior a la del concurso real en atención a la unidad del fin propuesto por el agente; la del concurso real; y la de los delitos complejos expresamente tipificados por el legislador, para los que se preveía una sanción también excepcional en comparación a la del concurso real, pero en esta ocasión de mayor gravedad en atención a razones de política criminal.

Esta configuración del concurso ideal como una categoría que englobaba las dos modalidades previstas en el artículo 71 y reconocía en ellas un delito compuesto o un delito complejo sobre la base de la unidad de

---

<sup>29</sup> Vid. *supra*, Capítulo III, 2.

<sup>30</sup> Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, 16ª ed., tomo I, vol., II, 1974, p. 660.

propósito tuvo una importante repercusión en la jurisprudencia española, según analizaremos a continuación.

### **3.1.3.- La concepción del concurso ideal fundamentada en la unidad de fin y del concurso ideal como delito compuesto y complejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo desde un primer momento identificó el concurso ideal con el delito compuesto<sup>31</sup> y al concurso medial con un delito complejo<sup>32</sup> y fundamentaba ambas modalidades en la existencia de una unidad de impulso criminal y/o fin perseguido por el sujeto.

---

<sup>31</sup> Así, vid. sobre la jurisprudencia dictada bajo la vigencia del Código penal de 1870, *supra*, Capítulo III.

También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1950 (A. 1154) en la que se condenaba a una mujer por abrir con llave falsa el Sagrario de una Iglesia y sustraer con ánimo de lucro el copón de plata que contenía aproximadamente unas 32 Sagradas Formas por dos delitos, uno de robo con fuerza en las cosas de los artículos 500, 504.4º, 505 y 506.2º y otro de profanación de la Eucaristía del artículo 207 del Código penal de 1944, en concurso ideal y en la que se interpreta la aplicación del artículo 71 señalando: “que los hechos relatados constituían un solo hecho que generaban la dos figuras delictivas mencionadas debía entrar en juego la norma sustantiva prevista en el artículo 71 que establece la penalidad aplicable en los casos de delito compuesto y complejo”. También, Sentencia de 12 de mayo de 1964 (A. 2492), que califica como un delito compuesto regulado en el artículo 71 la conducción de vehículo de motor sin estar legalmente habilitado y el quebrantamiento de condena por estar ya privado por sentencia anterior de la facultad de obtener dicho permiso. Igualmente: Sentencia del 2 de junio de 1970 (A. 2722); Sentencia de 20 de marzo de 1970 (A. 1421), que aprecia delito compuesto al amparo del artículo 71 entre los delitos de aborto y un delito de lesiones; Sentencia de 4 de octubre de 1973 (A. 3547).

De forma ya excepcional pero como reminiscencia de esta doctrina jurisprudencial vid. Sentencia de 12 de marzo de 1993 (A. 2154), si bien dado el momento en el que se dicta y atención a la doctrina dominante en dichos momentos fundamenta el delito compuesto como concurso ideal no en la unidad de impulso criminal sino en la unidad de acción.

No obstante existen sentencias de este Alto Tribunal en las que al concurso ideal, en la modalidad de que un solo hecho de lugar a dos o varios delitos, se le ha denominado como delito complejo: Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1958 (A. 1602).

<sup>32</sup> Vid, por ejemplo: Sentencias del Tribunal Supremo de: 29 de enero de 1949 (A. 53); 24 de junio de 1950 (A. 1128); 15 de abril de 1952 (A. 987); 17 de marzo de 1954 (A.



Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1952 (A. 610), interpreta el texto del artículo 71 del Código penal de 1944 señalando lo siguiente:

*“Que el artículo 71 del vigente texto refundido del Código Penal establece las normas a que han de ajustarse los Tribunales en los casos de que un solo hecho presente varias facetas delictivas o de que una de las infracciones constituya medio necesario para cometer la otra, a los que respectivamente asigna la técnica la denominación de delitos compuestos y delitos complejos y se arbitra una fórmula para sancionar ambos supuestos que no responde al criterio de reprimir más duramente el concurso de delitos que si se castigaran con entera independencia, sino el propósito de unificar el correctivo, suavizándolo, en gracia a la unidad del impulso criminal y de la finalidad perseguida por el agente y que se traduce en imponer a éste la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penándolos separadamente (...)”*<sup>33</sup>.

---

563); 19 de junio de 1964 (A. 3167); 22 de junio de 1964 (A. 3186); 9 de febrero de 1966 (A. 661); 14 de marzo de 1966 (A. 1236); 15 de octubre de 1968 (A. 4293); 4 de octubre de 1971 (A. 4203); 1 de marzo de 1971 (A. 912); 20 de mayo de 1974 (A. 2373); 18 de marzo de 1975 (A. 1444); 8 de junio de 1979 (A. 2464); 15 de diciembre de 1982 (A. 7709).

También el concurso medial ha sido en alguna ocasión identificado como delito compuesto, por ejemplo: Sentencia de 7 de marzo de 1978 (A. 871).

<sup>33</sup> En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1973 (A. 3547) respecto de un supuesto de concurso ideal en sentido estricto, esto es, cuando de un solo hecho se derivan dos o más delitos, en el que el condenado al ser detenido forcejeó con un policía, cayendo ambos al suelo y resultando el policía con lesiones en una mano de las que tardó en curar 20 días. Los delitos de resistencia a la Autoridad o a sus agentes y las lesiones menos graves previstos en los artículos 237 y 422.1º del Código penal de 1944 se sancionaron conforme a las reglas del artículo 71 del mismo texto legal razonando el Tribunal Supremo de la siguiente manera: “supuesto para el que el artículo 71 de dicho Cuerpo legal punitivo establece normas a las que deben ajustarse los Tribunales cuando un solo hecho presente varias facetas delictivas, originando lo que la que la técnica denomina concurso ideal, o cuando una de las infracciones constituye medio necesario para cometer la otra, dando lugar al delito compuesto, arbitrando el artículo referido una fórmula que favorece al culpable para sancionar ambos supuestos, que no responde al propósito de reprimir más directamente la concurrencia de delitos que si se castigara con entera autonomía, sino de unificar el correctivo, suavizándolo, en gracia a la unidad del impulso criminal y de la finalidad perseguida por el inculpado”.

En el mismo sentido, las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo respecto

En esta sentencia observamos, en primer lugar, que se reconoce la pluralidad de delitos que concurren tanto en el concurso ideal, cuando con un solo hecho se cometen dos o más delitos, como en el concurso medial, cuando un delito es medio necesario para cometer otro; en segundo lugar, que es el artículo 71, mediante la regulación en él contenida, el que los convierte respectivamente en delito compuesto y delito complejo; y en tercer lugar, que dicha formulación como delitos compuestos y complejos, tenía una finalidad contraria a la prevista para los delitos compuestos y complejos expresamente configurados por legislador, ya que su intención era imponer una sanción más beneficiosa que la que correspondería aplicar en caso de tratarse de un

---

a la modalidad de concurso medial: Sentencia de 24 de mayo de 1949 (A. 826); Sentencia de 18 de enero de 1974 (A. 230), donde se declara lo siguiente: “Que sobre lo expuesto es de hacer notar que en la sentencia impugnada nada consta sobre que el procesado, una vez hecha la falsificación del documento de identidad ajeno, hiciera del mismo otro uso del que aparece probado, de utilizarlo para extraer de la libreta de ahorros que se cita, la cantidad de 15.000 pesetas, de la cual se apoderó en daño del titular de la misma, y por ello, es visto que en los delitos cometidos el uno engloba al otro, existiendo un concurso ideal de delitos y resulta aplicable el artículo 71 repetido del Código Penal que es más favorable al reo que la aplicación de las dos penas impuestas, y en este caso aunque las penas de uno y otro son similares, resulta más grave la del delito de falsificación que además de arresto mayor, tiene la pena de multa, lo que no tiene el delito de estafa, y por ello procede aplicar las sanciones del artículo 309, en grado máximo por la concurrencia de la agravante de reiteración del procesado, sancionando así el delito de falsificación y estafa, con el correctivo mayorizado, en gracia a la unidad del impulso criminal y finalidad perseguida por el agente de esta clase de delitos como expresa la sentencia de 7 de abril de 1952, dándose las circunstancias del repetido artículo 71 del Código Penal”; Sentencia de 20 de mayo de 1974 (A. 2373) donde se señala que: “ (...) con aplicación por tanto del artículo 71 del mismo Cuerpo legal, dado que la doctrina de esta Sala reitera que los varios hechos delictivos realizados por una misma persona simultánea o sucesivamente, pero inspirados en una misma unidad de pensamiento delictivo y con propósito de coadyuvar conjuntamente a una misma lesión de derecho, que imprime acción a una homogénea conducta delictiva, aunque diversificada en actos distintos delictivos del mismo género y clase, pero aglutinados por la unidad que los preside, independientemente de la calificación jurídica que cada uno merezca, deben penarse, sin embargo, como uno solo en la forma dicha, al cobijo del artículo 71, antes mencionado, tanto si se les considera integrantes de un delito complejo, como si se estima que alguno de ellos sea medio necesario para la comisión de otros”; Sentencia de 14 de marzo de 1966 (A. 1236).

concurso real. Por último he de destacar que el fundamento y causa de la pena que se imponía a estas figuras no residía en la unidad de acción, propia del concurso ideal tal y como hoy lo entendemos, ya que ésta modalidad concursal participaba del mismo fundamento que el concurso medial, el cual podía venir configurado por una pluralidad de acciones. Por ello, como la propia sentencia menciona dicho fundamento residía en “la unidad de impulso criminal y de finalidad perseguida” por el agente.

Esta unidad de resolución criminal, como un criterio puramente subjetivo y desconectado de la forma en la que materialmente se han ejecutado el hecho o hechos enjuiciados, se convertía así en la razón del tratamiento más beneficioso que recibían los dos supuestos concursales, y lo que determinaba que el concurso ideal y el medial se presentasen, a pesar de la pluralidad delictiva que en ellos concurría, con un contenido de injusto inferior a los delitos en concurrencia real. Por el contrario, el concurso real se castigaba con una pena superior precisamente porque en el sujeto concurría una pluralidad de intenciones. Como recordaremos este concurso venía dado según señalaban los autores citados porque el sujeto realizase una o varias acciones pero con pluralidad de intenciones. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no concibió al concurso real en estos términos y siempre ha exigido para su apreciación que se diera además de la pluralidad de intenciones una pluralidad de acciones independientes.

El Tribunal Supremo al equiparar las dos modalidades concursales que recogía el antiguo artículo 71 sobre la base de un mismo fundamento provocó que en la jurisprudencia se creara una confusión entre ambas modalidades, que aun hoy persiste. En efecto, aunque en la actualidad el concurso medial se considere una modalidad concursal distinta de la ideal, lo cierto es que aun se arrastra esta confusión y resulta muy frecuente encontrar sentencias en las que queriendo referirse al concurso medial se utilice la expresión de concurso ideal; o bien que a lo largo de la fundamentación jurídica de una resolución judicial

se entremezclen ambas denominaciones como si respondieran al mismo tipo de concurso; o incluso se llegue a hablar de concurso ideal-medial.

En este sentido es igualmente denunciabile que nuestra jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las otras instancias, no hagan referencia expresa a la modalidad concursal que aplican, pues ello no contribuye a clarificar las distintas formas en las que la concurrencia delictiva puede presentarse. Por ello, no sólo sería conveniente sino exigible que los jueces y tribunales expresaran en la sentencia la modalidad concursal que se aprecia y motiven el proceso de determinación de la pena según el principio sancionador aplicado, pues en muchas ocasiones y dado que el principio de acumulación material, aunque sea subsidiario para el concurso ideal y medial, es común a las tres modalidades resulta muy difícil saber cuál es la modalidad concursal apreciada.

En mi opinión, esta motivación es una exigencia de la propia Constitución y en concreto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y del artículo 120.3, ya que la apreciación de una u otra modalidad concursal afecta directamente a la valoración del contenido de injusto del hecho y a la consecuencia jurídica que de la misma se deriva.

#### **4.- LA UNIDAD DE ACCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL CONCURSO IDEAL**

Esta posición doctrinal de que el concurso ideal se sustenta en la unidad de propósito o de fin se abandona alrededor de los años 70 momento en el que se sitúa la base estructural del concurso ideal en la unidad de acción <sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Así: CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 48 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 7ª ed., 1979, p. 788; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9 y ss.; MIR PUIG, *Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito*, 1983, p. 369, y en *Derecho penal*, 6ª ed., 2002, pp. 632 y ss.; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 1984, p. 647; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo III, 1985, pp. 213, aunque con reminiscencia del criterio de unidad de

Al mismo tiempo se dejó de identificar el concurso ideal con un delito complejo y/o compuesto, y el concurso medial pasa a tener sustantividad propia y a ser considerado como un supuesto de concurso real <sup>35</sup>.

Y desde este momento en que se consagran las distintas formas concursales sobre la base de la unidad de acción y la pluralidad de acciones, cuando la doctrina científica parte para el estudio de la teoría del concurso de la distinción del concepto de unidad de acción y pluralidad de acciones, estableciendo el binomio “unidad de acción / concurso ideal de delitos”, y “pluralidad de acciones / concurso real”. Aunque, es también común, que dentro del primero de los grupos mencionados se aborde el estudio de otros

---

propósito como fundamento del concurso ideal, pues entiende que para apreciar la unidad de acción se requerirá unidad de propósito y conexión espacio-temporal; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed, 1986, p. 490; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal*, 1986, p. 632; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 212-215; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 1993, p. 406 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 3ª ed., 1994, pp. 278 y ss; MORA ALARCÓN, *Suma de Derecho penal*, 1996, pp. 193 y ss; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., 1999, p. 304; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., 2000, pp. 751 y ss; CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, parte general*, t. 1, 2ª ed., 2001, pp. 416 y ss; BLANCO LOZANO, *Derecho penal, parte general*, 2003, pp. 607-608; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en *Código Penal Comentado*, t. I, 2004, p. 289.

<sup>35</sup> Cfr. DEL ROSAL, *Derecho penal español*, 2º vol, 1960, p. 153. No obstante, años más tarde en DEL ROSAL / RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal español parte general*, 1974, p. 280 califica el supuesto de concurso medial como un problema de concurso ideal. También, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 7ª ed., 1979, pp. 788-789; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 1984, p. 649; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, tomo III, 1985, p. 223; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal, parte general*, 1986, p. 631.

Por el contrario, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 491 entiende que se trata de una modalidad del concurso ideal, pero porque ve en el mismo una unidad de hecho parcial.

Sobre la configuración del concurso medial y sus requisitos, vid. *infra*, Capítulo VI.

supuestos no concursales que comparten sin embargo el mismo presupuesto que el concurso ideal, esto es, el de la “unidad de acción”<sup>36</sup>.

Esta identificación de presupuestos, que como ya tuvimos ocasión de analizar, se debió a la influencia que en el desarrollo de la teoría del concurso tuvo en Alemania la teoría de la unidad<sup>37</sup>. La consideración por sus defensores

---

<sup>36</sup> En este sentido: CUERDA RIEZU, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, pp. 343-344.

Siguen esta línea en nuestro país: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, pp. 488 y ss.; CÓRDOBA RODA, en *Tratado de Derecho penal* de MAURACH, t. II, 1962, nota 2, p. 122; del mismo autor, en *Comentarios al Código penal*, vol. II, 1972, pp. 314 y ss.; CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 48 y ss.; CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, t. I, vol. 2, 18ª ed., 1981, pp. 688-713; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9 y ss.; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, pp. 839 y ss.; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 1993, p. 406 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 3ª ed., 1994, pp. 278 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal*, 1996, p. 569; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1999, pp. 301 y ss.; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por D. M. Cabo del Rosal, t. III, 2000, pp. 907 y ss.; CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, parte general*, t. I, 2ª ed., 2001, pp. 413 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, pp. 624 y ss.

En Alemania: MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed., 1955, p. 360 y ss.; JESCHECK, en *ZStW* 67, 1955, pp. 538-539, del mismo autor, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1981, pp. 993 y ss.; SAUER, *Derecho penal, parte general*, 1956, pp. 337-361; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, pp. 415 y ss.; STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, pp. 350 y ss.; WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, pp. 227 y ss.; BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 1983, pp. 342 y ss.; BOCKELMANN/ VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1987, pp. 252 y ss.; STREE / SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, previo al § 52, pp. 675 y ss.; WELZEL, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª ed., alemana, 1993, pp. 265 y ss.; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20ª ed., 1993, pp. 356 y ss.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994, pp. 715 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1072 y ss.; GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, 1995, 7ª ed., alemana, pp. 512 y ss.; HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 269 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, pp. 796 y ss.

En Italia: PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 1936, pp. 547-559; BETTIOL/ MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1986, pp. 685 y ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, 1990, pp. 463 y ss.; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, pp. 453 y ss.

En Argentina: NINO, *El concurso en derecho penal*, 1972, pp. 25-76; FONTAN BALESTRA, *Derecho penal, parte general*, 1993, pp. 485 y ss.

<sup>37</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, 2.

de que el concurso ideal era un supuesto de unidad de delito, condujo a que desde la misma se equiparara el concurso ideal y la unidad de delito no sólo en lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas sino también a sus presupuestos<sup>38</sup>.

No es extraño, pues, que un determinado sector de la doctrina alemana, ante las dificultades surgidas en la delimitación, por un lado, entre el concepto de unidad de acción y unidad de delito, y unidad de acción y concurso ideal, y, por otro, concurso ideal y concurso real, intentara prescindir de los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones para definir las distintas modalidades concursales.

En este sentido, cabe, por ejemplo, destacar la tesis de Geerds. Este autor proponía sustituir los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones por el de unidad o pluralidad en la aplicación de la pena (unidad simple de aplicación de la pena frente a unidad mediante combinación de aplicación de la pena)<sup>39</sup>. Para Geerds la dificultad que existe a la hora de descomponer el comportamiento humano, que se desarrolla en un continuo devenir de difícil escindibilidad, obligaba al juzgador a enjuiciar al delincuente siempre de forma unitaria.

Esta postura hay que entenderla en el contexto en el que se produce. Y es que como ya explicamos, durante el período de reforma del Código penal alemán, un grupo de autores entre los que se encontraba Geerds defendieron que el concurso ideal y real como únicas modalidades concursales debían ser

---

<sup>38</sup> En este sentido: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 112, para quien la importancia que la teoría de la unidad otorgó al concepto de “unidad de acción”, alcanzó tal dimensión que se convirtió en el criterio decisivo para la delimitación entre los supuestos de unidad y pluralidad de delitos. También, CUERDA RIEZU, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, p. 354.

<sup>39</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 424-431 y 440. Vid. *supra*, Capítulo I, donde se expone que para este autor al prescindir de los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones para distinguir entre concurso ideal y concurso real, se veía obligado a relegar el problema de la concurrencia delictiva a un mero problema de determinación de la pena.

objeto de un mismo sistema sancionador<sup>40</sup>, y en concreto este autor propuso la aplicación de un sistema de pena global en la que se reuniese las distintas infracciones cometidas<sup>41</sup>. De esta forma, Geerds lo que pretendía era diferenciar los supuestos de unidad delictiva de los de pluralidad delictiva sobre la base de la pena aplicable, estos, unidad de delito / pena simple (la prevista para la infracción cometida), pluralidad de delitos / pena global (obtenida mediante las distintas penas correspondientes a los distintos delitos cometidos).

En mi opinión, este criterio no es hoy válido ni para la legislación vigente en Alemania, en tanto el StGB alemán de 1975 mantuvo la diferencia punitiva entre las distintas formas concursales sustentadas sobre la base de la unidad de acción frente a la pluralidad de acciones, ni tampoco lo es para nuestra legislación en la que de forma idéntica distingue entre el concurso ideal y el real a efectos punitivos según se dé una misma acción o una pluralidad de ellas. Además en lo que se refiere a nuestra normativa el concurso ideal se encuentra sancionado con una única pena, agravada pero una única pena, mientras que el concurso real se sanciona mediante la aplicación de todas las penas correspondientes a los delitos cometidos, sin perjuicio de los límites previstos para esta acumulación. Y por último, tampoco sería un criterio adecuado para distinguir los supuestos de unidad de delito frente a los de pluralidad dado que el régimen sancionador del concurso de leyes y del concurso ideal son muy similares entre sí y muy distantes respecto al previsto para el concurso real.

Por su parte, Puppe ante la deficiencia de la norma para definir los tipos penales, propuso también prescindir del concepto de unidad de acción empleado por la doctrina y sustituirlo por lo que ella denominaba como “tipos emparentados por el injusto”<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid., *supra*, Capítulo II, 3.

<sup>41</sup> Vid. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 432.

<sup>42</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, 6.



Esta misma línea que trata de prescindir del concepto de unidad de acción como fundamento del concurso ideal también se encuentra presente en algunos de nuestros autores.

Por ejemplo, Cuello Contreras defendió que la solución a los problemas concursales vendría dada por los propios tipos realizados y por la pena que a los mismos se impusiere, sin necesidad de atender a los conceptos de unidad y pluralidad de acciones<sup>43</sup>. Sin embargo, en mi opinión y a pesar de efectuar esta propuesta con carácter general no consiguió escapar de dichos conceptos al admitir el concurso ideal homogéneo. En efecto, manifestaba este penalista que a la hora de determinar la pena no podía olvidarse que el comportamiento del autor hubiera sido único o reiterado y sucesivo, por ello la reiteración en diversos momentos de un comportamiento delictivo exigía un reflejo en la pena diferente a los casos en los que el sujeto hubiera actuado en única ocasión<sup>44</sup>. De esta forma ponía de manifiesto que una única acción no podría ser merecedora de la misma consecuencia jurídica que cuando se trataba de una pluralidad de acciones. Siendo esto así la distinción entre la unidad de acción y la pluralidad de acciones era necesaria al menos a efectos punitivos.

Igualmente, Vives Antón renunció a admitir la diferencia conceptual de las distintas modalidades concursales sobre la base de la unidad y pluralidad de acciones. Así, señalaba este autor, que si de “*lege lata*” nuestro ordenamiento otorga relevancia a la unidad de acción y pluralidad de acciones en orden a clasificar las modalidades concursales, es porque en la misma se produce una “sobreestimación del acontecimiento natural - objetivo o sociológico - de lo que sirve para la valoración jurídica, que llegaba inadecuadamente, a

---

<sup>43</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 50 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 63 y ss. Admitía este autor el concurso ideal homogéneo no sólo de *lege lata* sino también porque contribuía a una mejor medición de la pena.

sobreponerse a ésta”<sup>45</sup>. Para Vives, esta sobrevaloración del acontecimiento natural que delimitaba a los concursos resultaba, sin embargo, contraria al concepto de delito entendido como ente jurídico, que como tal no se determinaba ni por los hechos ni por los resultados. En consecuencia, en los casos de concurrencia delictiva sólo había de atenderse al número de lesiones típicas o puestas en peligros de los bienes jurídicos que se hubieran realizado e independientemente del número de acciones naturales<sup>46</sup>.

Sin embargo, en mi opinión lo que precisamente se pretende al sancionar el concurso ideal con una pena inferior a la del concurso real es otorgar una valoración adecuada al contenido de injusto de cada una de estas modalidades. Y esta valoración no puede venir dada exclusivamente por los tipos concurrentes, sino también por la forma en la que los mismos se han llevado a cabo. La valoración plural de un hecho determina, frente al concurso de leyes, su naturaleza de concurso de delitos; pero la valoración del hecho único frente a una pluralidad de ellos debe ser lo determinante para distinguir dentro de esa concurrencia las distintas modalidades concursales.

Recientemente, también García Albero, recogiendo la posición de otro autor alemán Lippold<sup>47</sup>, ha propuesto prescindir del concepto de unidad de acción como presupuesto del concurso ideal y sustituirlo por una relación condicional entre un comportamiento o acto parcial de los que integra un hecho

---

<sup>45</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 41. Vid. *supra*, Capítulo I. Al igual que Geerds esta postura le conducía a ubicar la teoría del concurso en la teoría de la pena.

<sup>46</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 41-42. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., 1994, p. 575.

<sup>47</sup> LIPPOLD, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen*, 1985, p. 11 y ss. Este autor proponía prescindir del concepto de unidad de acción para delimitar los casos de concurso ideal de los de concurso real, y sustituirlo por el de “condición del comportamiento” (*Verhaltensbedingung*). Desde esta teoría se afirmaba la presencia de un concurso ideal cuando entre los hechos punibles existiera una misma condición necesaria común para cada hecho punible, y ambos, desde el punto de vista de dicha “condición de comportamiento”, que estuvieren comprendidos en el estadio de tentativa.

típico y el o los de otros hechos típicos concurrentes. Para García Albero, el elemento común entre los tipos concurrentes en concurso ideal, vendría dado por uno de los comportamientos o acto parcial de un hecho típico que fuera a su vez, condición de la realización de otro tipo; valora, pues, la unidad de acción, desde “la perspectiva de uno de los tipos, una parte de cuya realización concreta resulta inescindible de la realización de otro tipo”<sup>48</sup>.

Sin embargo, al fundamentar el concurso ideal en la relación condicional que exista entre un acto parcial de un hecho típico y el de otro tipo concurrente, no elimina realmente el concepto de unidad de acción sino que lo interpreta en el sentido en el que actualmente lo entiende la doctrina y la jurisprudencia alemana, esto es, que para el concurso ideal lo decisivo no es tanto la unidad de acción como la identidad parcial de los actos ejecutivos que subyace en los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes. Pero para esta identidad es presupuesto necesario el que exista unidad de acción entre los mismos. Por lo tanto, desde esta concepción no se llega realmente a prescindir de este concepto como criterio delimitador de la figura del concurso ideal con el resto de las modalidades concursales.

#### **4.1.- Los términos “unidad de acción” y “unidad de hecho”**

Antes de comenzar con el análisis del concepto de unidad de acción se ha de advertir que la generalidad de la doctrina española y la alemana, emplean el término “acción” (*Handlung*), para referirse al fundamento del concurso ideal de delitos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, pp. 317 y ss.

<sup>49</sup> En este sentido: CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 50 y ss.; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual de Derecho penal. El delito*, 1985, pp. 789 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, pp. 488 y ss.; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 839 y ss.; CONDE PUMPIDO, *Derecho penal. Parte general*, 1990, pp. 497 y ss.; del mismo autor *Código penal comentado*, t. I, 2004, p. 289; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal*, 4ª ed., 1990, 273 y

Por contra, un sector de la doctrina española, cada vez más numeroso, prefiere emplear el término “hecho” al de “acción”<sup>50</sup>. En este sentido, señalan estos autores, que el empleo del término “hecho” resulta más justificado que el de “acción” tanto por razones formales como materiales.

Desde un punto de vista formal, si bien es cierto que la normativa alemana emplea el término “acción” al regular el concurso ideal, en cambio nuestra normativa siempre ha definido el concurso de leyes y el concurso ideal utilizando el término “hecho”. Así pues, señalaban estos autores, que si la doctrina alemana se veía forzada por el tenor literal de su regulación a referirse a la unidad de acción, no sucedía lo mismo en nuestro caso. Y desde el punto de vista material, se aboga también por el empleo del término “hecho” para hacer referencia a la totalidad del sustrato valorado, abarcando tanto el

---

ss.; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 3ª ed., 1990, pp. 121-161; CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 846 y ss; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 1993, pp. 406 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1994, pp. 575 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, 3ª ed., 1994, pp. 278 y ss.; CID MOLINÉ, en *ADPCP*, 1994, p. 50; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 18ª ed., 1995, pp. 362 nota (1) y 847 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal. Parte general*, dirigido por COBO DEL ROSAL, 1996, pp. 623-624; QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., 2000, p. 756; CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, parte general*, t. I, 2ª ed., 2001, p. 412.

En este mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo de: 8 de noviembre de 1984 (A. 9993), 15 de marzo de 1988 (A.2023), 11 de octubre de 1990 (A. 7993), 26 de junio de 1992 (A. 5963).

<sup>50</sup> Por ejemplo: CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Derecho penal de MAURACH*, t. II, 1962, pp. 422 y ss.; del mismo autor, en *ADPCP*, 1965, pp. 29 y ss.; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9-14; SILVA SÁNCHEZ, en *La Ley*, 1988, t. 3, p. 973, nota 23.; COBO / VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, pp. 591 y ss.; GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y Criminológicos*, 1990, pp. 156 y ss.; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 351 y ss., y 614 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Poder Judicial*, nº 27, 1992, pp. 39 y ss., este mismo autor en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, pp. 431-433 y 440-442; BELTRÁN NUÑEZ, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 35; DELGADO GARCÍA, en *La Ley*, 1996, t. 1, p. 1686-1688; MORA ALARCÓN, *Suma de Derecho penal*, 1996, p. 192; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1999, pp. 304 y 305; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, 625 y ss.

momento ejecutivo, representado por la acción, como al proceso causal y al resultado producido<sup>51</sup>. Dada esta diferencia de contenido utilizaré la expresión de “unidad de hecho” para referirme siempre a esta posición doctrinal en la que el fundamento concursal abarca más que la acción en sí misma.

La acción, según esta posición doctrinal, sólo constituye el núcleo esencial del hecho, y por ello un solo hecho puede quedar configurado por varias acciones u omisiones. En este sentido, manifestó Joshi Jubert que en nuestro Derecho no sería entonces necesario recurrir, como sucede en la doctrina alemana, a la construcción que distingue entre “unidades de acción en sentido estricto” y “unidades de acción en sentido amplio”<sup>52</sup>, pues, si la doctrina alemana acudía a ello era porque al referirse la ley alemana a una “acción” se eliminaba la posibilidad de apreciar unidad de acción, y con ello de delito, si se realizaba una pluralidad de movimientos corporales en sentido natural<sup>53</sup>. Sin embargo, para esta autora el empleo por nuestro legislador del término “hecho”, permite, sin necesidad de acudir a ninguna construcción

---

<sup>51</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9-14; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 617-622; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Poder Judicial*, nº 27, 1992, pp. 44-46; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 624 y ss.

<sup>52</sup> Vid. *supra*, Capítulo II.

<sup>53</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 618. Señala esta autora que también el antiguo artículo 69 bis, que regulaba el delito continuado, se refería a un solo hecho comprensivo de una pluralidad de acciones u omisiones. Así, disponía el artículo 69 del Código penal de 1973 lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizase una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuado. (...). En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si *el hecho* revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. (...)”.

De manera idéntica se expresa el artículo 74 del Código penal de 1995, salvo en lo que se refiere al sistema sancionador modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

doctrinal, afirmar que también la unidad de delito puede venir dada por una pluralidad de acciones y omisiones en sentido natural <sup>54</sup>.

Hecha esta primera aproximación sobre la posibilidad que se plantea en la doctrina española de entender como presupuesto del concurso ideal la unidad de acción o la unidad de hecho se precisa realizar un análisis sobre los conceptos acción y hecho a fin de determinar si realmente nuestro legislador con el empleo del término “hecho” ha querido referirse a algo más que a la acción o simplemente a ésta. Sólo desde el propio estudio del fundamento o esencia del concurso ideal y en la medida en que éste pudiera resultar afectado por cada una de estas posiciones se podrá otorgar un contenido exacto al término “hecho” que el legislador español utiliza al definir el concurso ideal. Pasemos pues a estudiarlo.

#### **4.2.- Concepto de acción en la teoría del concurso**

La doctrina mayoritaria, tanto la española como la alemana y en alguna ocasión también la jurisprudencia del Tribunal Supremo español han sostenido que el concepto de “acción” que se ha de utilizar en la teoría del concurso no puede identificarse con el concepto general de acción propio de la teoría jurídica del delito <sup>55</sup>. Si bien, no existe problema en admitir que el concepto de

---

<sup>54</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 618.

<sup>55</sup> En este sentido en España: CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 54; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 12; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 146 y 212; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1991, p. 592; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 613-614; GARCÍA ALBERO, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 420; ÁLVAREZ GARCÍA, en *La Ley*, nº 4207, 1997, pp. 1-5; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 88; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, pp. 938-939.

También, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español niega el concepto de acción de la teoría jurídica del delito para explicar el fundamento del concurso ideal, Vid, STS de 29 de septiembre de 1987 (A. 6662). En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (A. 6783).

acción empleado abarca tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión<sup>56</sup>.

En efecto, el concepto de acción lo único que permite es determinar si una acción reúne los requisitos necesarios para poder ser considerada acción penal. Por lo que tampoco puede identificarse con la acción típica porque entonces como señala García Albero la figura del concurso ideal de delitos devendría imposible porque de producirse pluralidad de delitos siempre existiría pluralidad de acciones típicas<sup>57</sup>.

En idéntico sentido, Jescheck ya señaló que el concepto de acción de la teoría jurídica del delito hacía imposible explicar el concurso ideal de delitos puesto que en la teoría del concurso lo determinante, no consiste tanto en fijar las exigencias mínimas que ha de cumplir un comportamiento humano para llegar a ser objeto de consideración jurídico-penal, como por el contrario sucede en la teoría general del delito, sino que desde la teoría del concurso lo que se ha de conseguir es fijar un concepto de acción que permita comprobar, según cada tipo, si nos encontramos ante un comportamiento que suponga una realización típica, en el sentido de que el total desvalor del hecho queda satisfecho penalmente con la aplicación de un solo tipo, o ante un comportamiento que obligue a afirmar que se ha producido más de una lesión a los bienes jurídicos protegidos, de tal forma que la apreciación del total desvalor de la conducta exija concluir que son varias las realizaciones típicas llevadas a cabo<sup>58</sup>.

---

En Alemania, GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 235-236; WARDA, en *JuS*, 1964, p. 83; PUPPE, *Idealkonkurrenz*, 1979, pp. 243 y ss; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1981, p. 996; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1996, pp. 1074-1075, y 1079-1080.

<sup>56</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 212; LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal*, 4ª ed., 1990, p. 273.

<sup>57</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, pp. 296-297. El mismo autor, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 420.

<sup>58</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., alemana, 1993, p. 196 y ss.

Ahora bien con un concepto de acción planteado en estos términos lo que se consigue es delimitar el ámbito del concurso ideal del concurso de leyes. Pero no olvidemos que también la unidad y pluralidad de hechos tienen el papel de diferenciar el concurso ideal respecto del concurso real, ambos dentro del campo de la pluralidad delictiva.

Jakobs sin embargo, sí niega la aplicación del concepto de acción de la teoría del hecho punible a la concurrencia ideal desde la perspectiva de la pluralidad delictiva. Jakobs entiende que si “la acción, como mínimo común denominador de todos los tipos de delitos de comisión, es la producción evitable de un resultado”<sup>59</sup>, este concepto no casa con la unidad de acción del concurso ideal en el que concurren una pluralidad de tipos. Así, entiende que una acción que infringe una ley penal es una acción infractora de una norma penal sólo porque el resultado típico concreto es evitable. Esta acción determinada por medio de la evitabilidad no puede entonces por definición infringir otra ley penal o la misma ley penal otra vez más, porque para ello habría de darse la evitabilidad de la ulterior realización del tipo concreto correspondiente, y esta evitabilidad ulterior no pertenece a la acción mediante la que se realiza el primer tipo; y a la inversa, a la acción típica del delito ulterior no pertenece la evitabilidad de la realización del tipo del primer delito<sup>60</sup>. En definitiva, concluye que el concepto de acción del § 52 StGB no puede ser interpretado como acción típica, sino de modo más general.

También Rodríguez Devesa trató de buscar un concepto de acción común a ambas teorías y para ello propuso que sería necesario partir de un concepto de acción que no fuera ni exclusivamente prejurídico ni normativo. En este sentido, Rodríguez Devesa consideró solventado el problema si se

---

<sup>59</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1996, pp. 1074-1075.

<sup>60</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1996, pp. 1079-1080. Lo ejemplifica de la siguiente manera: si el autor, al arrojar una sola piedra, lesiona dolosamente a una persona y daña dolosamente a una cosa, los daños evitables son totalmente superfluos para la determinación de la acción de lesiones (aun cuando la cosa dañada fuese de propiedad del autor, queda la acción de lesiones), al igual que a la inversa (también en caso de lesiones, quedaría la acción de daños).



aceptaba un concepto de acción para la teoría jurídica del delito que partiese de parámetros jurídicos, aunque dando una medida justa a los factores legales o normativos. Así, definía este autor la acción como un acaecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana <sup>61</sup>. Pero esta definición sólo alude a una acción típica y una acción típica no es igual a la unidad de acción del concurso ideal del que se deriva una pluralidad de delitos.

Planteada la dificultad que existe para definir una unidad de acción pese a la realización de varios tipos penales la tarea inmediata consistirá pues en analizar los criterios que se han barajado para delimitarla y con ello fijar el ámbito de aplicación del concurso ideal frente al concurso real.

### **4.3.- Los criterios para determinar el concepto de “unidad de acción”**

#### **4.3.1.- Unidad fisiológica de acción**

Nada fácil resulta a la doctrina la tarea de delimitar cuándo existe una sola acción o una pluralidad de ellas, ya que como reiteradamente se ha señalado, el comportamiento humano se presenta como una serie continuada de acciones y omisiones que normalmente se presenta sin cesuras apreciables <sup>62</sup>.

En efecto, si se atiende a una concepción estrictamente naturalística por la que se defina la acción como “todo movimiento humano guiada por la

---

<sup>61</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, 18ª ed., 1995, pp. 362-368 y 847-848.

<sup>62</sup> Así, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 334, que lo expresó gráficamente con la frase: “las acciones individuales confluyen como un río, razón por la cual sería tan difícil contar las acciones particulares de la vida como cada una de las gotas de un río”. También, BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teil*, 18ª ed., 1983, p. 342; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, pp. 647-648. También, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 146-147; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 88; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1999, p. 301; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, p. 939.

voluntad”, la delimitación entre las acciones de un ser humano se hace imposible. Veámoslos con un ejemplo: para que un sujeto consiga su propósito de matar a un individuo debe llevar a cabo múltiples movimientos corporales tales como empuñar el arma, apuntar a la víctima, apretar el gatillo...., conforme a este criterio habría de afirmarse que el sujeto ha realizado tantas acciones como movimientos corporales ha realizado. Ciertamente este criterio no resulta razonable.

En este sentido Maurach señala que es incompatible con el concepto de acción dividir en estadios, mediante cesuras arbitrarias “este proceso fluido que no sólo es dirigido por una voluntad unitaria de acción, sino que representa una progresiva realización de la voluntad”<sup>63</sup>.

A ello añade Gimbernat que una concepción que vincule el calificativo de acción a cada movimiento corporal está irremediabilmente condenada al fracaso. Pues ciertamente se puede dividir en tantas unidades como se quiera *ad infinitum*<sup>64</sup>.

Por tanto, la unidad de acción no puede venir determinada por unidades de acción fisiológica, conforme a la cual se debe apreciar, si ello fuera posible, en cada uno de los movimientos físicos de un sujeto, una acción en sentido penal. Un criterio naturalístico como éste no sólo carece de sentido sino que resulta imposible<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 419.

<sup>64</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed, 1990, p. 270.

<sup>65</sup> Así, en Alemania: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1981, p. 996. STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, previo § 52, p. 676, marginal 10; WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4ª ed., castellana, 11ª ed alemana (1969), 1993, p. 265; GÖSSEL /MAURACH /ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, p. 518.

También, en este sentido: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 112; GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 270; COBO/ VIVES, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, p. 545, nota 16; CUERDA RIEZU, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, p. 345; CERZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, t. III, Tteoria jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, p. 289; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*,

#### **4.3.2.- Unidad natural de acción**

Ante la imposibilidad de acudir al criterio fisiológico para definir la unidad de acción, la doctrina y jurisprudencia alemana atienden a un criterio basado en la concepción natural de la vida, la llamada “unidad natural de acción” (*Natürliche Handlungseinheit*), conforme a la cual lo decisivo para calificar como unidad una pluralidad de manifestaciones de voluntad externa será que las distintas manifestaciones de voluntad se encuentren conducidas por una resolución de voluntad unitaria y enlazadas por una conexión temporal y espacial tal, que se sienta por un espectador imparcial como una unidad.

El cometido de este concepto de unidad natural de acción es doble, pues, de un lado delimita la simple realización típica del concurso real homogéneo, y de otro, se utilizaba para diferenciar los supuestos de concurso ideal de los de concurso real. En el primer caso, se trataría de responder a la cuestión de cuántas infracciones existen, donde la unidad natural de acción interviene corrigiendo la concepción del tipo individual que debido a su abstracción conceptual, sólo dice si el autor ha realizado el injusto típico pero no cuántas acciones representan una realización típica. Y en segundo lugar, que es ciertamente el que nos interesa, el concepto de unidad natural de acción se utiliza en el marco del concurso ideal para dilucidar la cuestión de si la lesión de varias disposiciones resulta de una acción o de varias <sup>66</sup>. En efecto, una

---

6ª ed., 2002, p. 625; ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, 2004, p. 370.

<sup>66</sup> Cfr. MAIWALD, *Die Natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 113. Sin embargo este autor manifiesta que no sería necesario recurrir a este criterio en el concurso ideal porque la identidad al menos parcial de los actos ejecutivos que están en la base de las distintas realizaciones típicas es suficiente para apreciar dicha concurrencia. Pero con acierto señala GARCÍA ALBERO, en *ADPCP*, 1994, p. 217, nota 14, que la identidad parcial no explicaría sin embargo supuestos en el que la muerte comience como asesinato y acabe como homicidio, en el que precisamente un criterio de unidad natural de acción pero que utilice criterios normativos para su integración es la única que puede proporcionar la base estructural de la concurrencia delictiva.

diversidad de actos pueden ser considerados como una unidad también pese a que suponga una realización plural del tipo.

Esta concepción naturalista de la unidad de acción fue obra especialmente de la jurisprudencia alemana, y, ampliamente aceptada por la doctrina de aquel país <sup>67</sup>.

Así, explicaba el Tribunal Imperial, que existía “unidad natural de acción”, cuando “el sujeto actuante realiza su voluntad unitaria, dirigida a una meta en el mundo exterior, por medio de una pluralidad de actos de la misma clase y, además, estos actos particulares de realización puedan ser objetivamente reconocidos como pertenecientes a un mismo conjunto, debido a su conexión espacial y temporal, de manera tal que según esta concepción de la vida ellos forman una acción” (BGH 10, 230, 231) <sup>68</sup>.

La valoración de las distintas actuaciones externas que pueden llegar a configurar una unidad de acción queda según el Alto Tribunal alemán confiado al punto de vista de la sociedad en atención a la unidad de propósito del sujeto y a la conexión espacio-tiempo que se aprecie entre las distintas manifestaciones de voluntad. Por tanto, a través de este concepto de unidad natural de acción se prescinde de un criterio jurídico para unificar las acciones

---

Sí reconoce esta doble función de la unidad natural de acción en el ámbito de la unidad de delito y de la pluralidad delictiva, JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1076-1077.

<sup>67</sup> Vid sobre el concepto jurisprudencial de unidad natural de acción: WARDA, en *JuS*, 1963, p. 83; MAIWALD, *Die Natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 113; BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 1993, p. 352; STREE / SCHÖNKE / SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, pp. 678, marginal 22; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 104-1079. En contra de este se criterio: WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, p. 23; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1981, pp. 996-997.

<sup>68</sup> Véase una relación de sentencias donde se define el concepto de unidad natural de acción: STREE / SCHÖNKE / SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, previo § 52, pp. 678-679, marginales 23 y 24, y en GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 523-524.

naturalmente plurales, ya que se entiende que los conceptos unidad y pluralidad preexisten al Derecho y por tanto pueden extraerse de la realidad prejurídica <sup>69</sup>.

En idénticos términos al Alto Tribunal alemán se pronunció Schmitt quien incluyó bajo el concepto de unidad natural de acción los casos en que una pluralidad de acciones, sin formar un tipo unitario, sin embargo se encuentren estrechamente unidas, de una parte mediante una conexión temporal y espacial, de otra mediante una decisión y finalidad única del autor <sup>70</sup>.

Esta unidad natural de acción se extrae pues de dos criterios: a) el subjetivo, referido a la unidad de propósito o la idéntica situación motivacional; b) y el objetivo, determinado por la estrecha relación temporal y espacial de los distintos actos.

El problema, sin embargo se plantea a la hora de apreciar el requisito subjetivo, esto es, determinar cuándo se dan una o varias decisiones, lo que resulta una tarea sumamente compleja dado lo infranqueable de la mente humana. Porque ¿cómo saber si un sujeto al realizar una pluralidad de actos se encuentra dirigido por una misma intención o entre acto y acto surgen nuevas y distintas decisiones?. Por ello no le falta razón a Cuerda Riezu cuando señala que resulta una tarea imposible para el espectador imparcial saber si el sujeto que decide dar varios golpes a su víctima lo ha decidido en un único momento o en varios momentos <sup>71</sup>. Los únicos parámetros que pueden dar luz a dicha cuestión tendrán que venir dados por las circunstancias del hecho y de cómo éste se ha producido. Así, señala el autor citado que en la medida en que las acciones se produzcan simultáneamente o con una separación temporal muy reducida será más probable que todos ellos respondan a una misma decisión <sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 45 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. SCHMITT, en *ZStW*, n° 75, pp. 57-58. En el mismo sentido, MAIWALD, *Die Natürliche Handlungseinheit*, 1964, pp. 74 y ss.

<sup>71</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, p. 348. También GARCÍA ALBERO, en *ADPCP*, 1994, p. 222.

<sup>72</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, p. 348.

En definitiva, la unidad natural de acción basada en criterios prejurídicos sólo depende del criterio objetivo del espacio y tiempo en los que se desarrollen los distintos actos, pues cabrá apreciarla cuando siendo varios los comportamientos llevados a cabo por el sujeto éstos se sucedan inmediatamente o se realicen de forma simultánea y en el mismo lugar.

Precisamente, en ello se sustenta la crítica que hacen los autores alemanes al Alto Tribunal <sup>73</sup>. En este sentido, se reprocha la extensión que puede llegar a alcanzar un criterio de unidad de acción basado en un criterio de carácter subjetivo. Se denuncia que la jurisprudencia no marca cuál debe ser la perspectiva que el espectador imparcial tiene que adoptar en su valoración, exigiéndose en los distintos pronunciamientos o una mera apariencia objetiva unitaria de los diversos actos llevados a cabo (*objective Erscheinungsbild*), sin exigir la presencia de una voluntad unitaria, o se entiende que es suficiente una unidad subjetiva conjunta (*Planungszusammenhang*), como podría representar un plan unitario o la mera unidad en la determinación de la voluntad (*Einheitlichkeit des Willensentschlusses*) <sup>74</sup>. Por ello, Stratenwerth señala que la utilización de esta fórmula dada su flexibilidad lo que permite es adoptar en cada caso, sin ningún rigor, la solución que se entienda que puede proporcionar el resultado penológico deseado <sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Cfr. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 246 y ss; MAIWALD, *Die Natürliche Handlungseinheit*, 1964, pp. 14 y ss; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 255 y ss.

<sup>74</sup> Vid., BLEI, en *JA*, 1972, pp. 711-714, y 1973, pp. 95-100, donde se analizan los requisitos de este concepto de unidad natural de acción mediante un análisis jurisprudencial. También, en sentido crítico: WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, p. 231; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., alemana, 1993, p. 649; GÖSSEL, MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 525-526.

<sup>75</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 353. También GÖSSEL, MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 524-525. Este autor lleva a cabo un análisis de distintas sentencias dictadas en un mismo período en las que se adoptan decisiones contradictorias, lo que para GÖSSEL no es más que una muestra de los criterios tan poco claros que adopta el Alto Tribunal alemán para determinar la unidad de acción.

Así, por ejemplo el Tribunal Supremo alemán ha llegado a sostener sobre la base de una mera voluntad de huida que concurre en unidad de acción la conducción sin permiso, las lesiones imprudentes causadas en dicha conducción, la resistencia a la autoridad cuando es detectada la infracción, y la huida posterior, o en el caso de una sustracción de un automóvil, el hurto, la falsificación documental y el encubrimiento del hecho, y todo ello, porque se llevaban a cabo las distintas manifestaciones de la voluntad en un corto espacio de tiempo <sup>76</sup>.

Por esta razón Mezger concibe la unidad natural de acción desde una perspectiva más objetiva pues entiende que la determinación de cuándo existe un único acto de voluntad es una cuestión de hecho <sup>77</sup>. En términos parecidos se pronuncia Stratenwerth, para quien la unidad natural de acción se da cuando “varios actos individuales de la misma especie, que son producto de una valoración unitaria, se encuentran en una conexión temporal y espacial tan estrecha que, considerados desde un punto de vista natural, parecen como una unidad” <sup>78</sup>.

Algo más exige Schmidhäuser quien al definir la unidad natural de acción introduce criterios mas que objetivos, jurídicos. Así señala que se ha de apreciar la unidad natural de acción “cuando se dé una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones y omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto

---

<sup>76</sup> Ejemplos reseñados por, STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 352; STREE / SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, previo al § 52, pp. 678-679, marginales 22-25; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., 1993, p. 651; GÖSSEL/MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, p. 524.

<sup>77</sup> Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 360-361. En este sentido señalaba el autor citado que el número de intenciones o decisiones del sujeto no alteraba la unidad natural de acción pues dichas consideraciones internas se funden también en la unidad natural. Por tanto es indiferente que se produzca uno o varios procesos anímicos.

<sup>78</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., alemana (1976), 1982 p. 353.

individualmente considerado realice por sí solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta manera el hecho punible”<sup>79</sup>. Como puede comprobarse a través de esta definición de la unidad natural de acción, el citado autor ya no sustenta sólo la misma en un criterio natural pues, exige que esa relación espacial y temporal entre los distintos actos venga dada por una valoración jurídica. Con ello la realidad prejurídica que debía valorar el espectador imparcial según la jurisprudencia es sustituida por una valoración jurídica. Posición que da paso al criterio de la unidad jurídica que analizaré más adelante, pues previamente me he de ocupar de cómo este criterio es entendido y aceptado por nuestro Tribunal Supremo y doctrina.

Respecto de nuestro Tribunal Supremo, he de señalar que este criterio de la unidad natural de acción aparece reflejado en distintas resoluciones como el criterio por el que se determina la unidad de acción de la concurrencia ideal. En este sentido podemos citar por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990 (A. 7993) que se apoya en el criterio de la unidad natural de acción para sancionar por un concurso ideal entre un delito de robo y un delito de incendio. La argumentación de la misma es la siguiente.

*“Es preciso comprobar si estamos en presencia de un hecho único (unidad de acción) que constituye dos o más delitos (art. 71 C.P.) o de varios hechos (pluralidad de acciones), en cuyo caso serían acumulables las penas (art. 69 C.P.). Con relación a esta cuestión la Sala ha establecido que será de apreciar una única acción, en sentido jurídico, cuando varios comportamientos jurídicos penalmente equivalentes del autor tienen lugar en un mismo ámbito espacial y en un contexto temporal breve (casos de la llamada unidad natural de acción) [...] En el presente caso las acciones de robo e incendio tuvieron lugar dentro de un estrecho marco espacial, pues ocurrieron en el mismo lugar y casi al mismo tiempo. En consecuencia, los diversos comportamientos dan lugar a una única acción en sentido jurídico pues constituyen un único objeto de valoración. Consecuentemente, sería de aplicar el artículo 71 del C. P.”<sup>80</sup>.*

---

<sup>79</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 724.

<sup>80</sup> La sentencia citada venía a juzgar el caso de un sujeto que con ánimo de venganza a su antiguo jefe y al ver estacionado su vehículo, rompió la ventanilla para prenderle



También parece adoptar este criterio la Sentencia de 2 de julio de 1993 (A. 5693), en la que se sanciona por un delito de desórdenes públicos y atentado en concurso ideal. En la misma línea que la anterior esta sentencia dice lo siguiente:

*“En efecto, por un lado no cabe duda de que tal hecho no constituye una acción independiente, toda vez que está relacionada con el delito de desórdenes públicos por su estrecha vinculación espacial y temporal con el mismo. Por lo tanto, se dan aquí los presupuestos de la llamada unidad natural de acción, según la cual los actos que se dan en una estrecha relación temporal y espacial y que se llevan a cabo sobre la base de una voluntad que los abarca en conjunto, constituyen una única acción, dado que aparecen como objeto único de valoración jurídica”.*

En ambas sentencias parece que nuestro Tribunal Supremo sí acepta el concepto de unidad natural de acción atendiendo fundamentalmente al criterio objetivo del desarrollo de las acciones en un estrecho marco temporal y espacial para poder apreciar la concurrencia ideal de los tipos presentes sobre una unidad de acción <sup>81</sup>.

---

fuego pero al percatarse de que había tres talonarios de gasolina en su interior, se apoderó de los mismos y posteriormente lo incendió.

El artículo 71 del Código penal de 1973 aplicado en esta resolución es idéntico contenido al actual artículo 77.

En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1994 (A. 9993) que se expresa con el siguiente tenor: “los autores han empleado fuerza contra los funcionarios del establecimiento carcelario y los han encerrado en la celda en una serie de movimientos corporales desarrollados por una voluntad unitaria dentro de un marco temporal y espacial. Ello es determinante de la unidad de acción, pues el conjunto de hechos constituye naturalmente, sin consideraciones jurídicas especiales una unidad de valoración jurídica a los efectos del concurso de delitos”.

También, vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 23 de junio de 1986 (A. 5205); 26 de diciembre de 1987 (A. 9876); 3 de noviembre de 1993 (A. 8394); 13 de abril de 2002 (EDJ 2002/10013).

<sup>81</sup> Para los casos de unidad de delito vid. CUERDA RIEZU, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, pp. 348 y ss., estudio en el que demuestra que tampoco en los casos que la unidad natural de acción ha de determinar unidad de delito el criterio seguido por el Tribunal Supremo es el de la unidad natural de acción.

Pero la realidad es que son mucho más numerosas las resoluciones en las que atendiendo a otros criterios se niega la unidad de acción del concurso ideal a pesar de que las distintas manifestaciones de la voluntad se hayan desarrollado en ese estrecho marco espacial y temporal que desde una perspectiva prejurídica da lugar a la unidad natural de acción. Y se niega a través de criterios de naturaleza puramente jurídica.

Se tratan de criterios que iré analizando a continuación, pero no obstante y a fin de justificar esta afirmación quiero señalar que es muy común, por ejemplo, recurrir a la interpretación de los tipos en los que se incluyen cláusulas como la de “sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a...” para entender que la unidad de acción queda excluida por el propio tipo<sup>82</sup>. El hecho de que sea el propio tipo el que determine si hay o no unidad de acción excluye la unidad natural de acción que, como se viene señalando, se sustenta en criterios al margen de consideraciones jurídicas. Y ello es así no sólo por su remisión al texto legal, sino porque entonces el juzgador será quien desde la norma deba determinar si hay o no unidad de acción.

También recurre con frecuencia el Tribunal Supremo a obviar el criterio natural de acción cuando se trata de una acción de la que se deriva una pluralidad de delitos y se ha llevado a cabo con dolo directo<sup>83</sup>. En evidente que si la unidad de acción depende de la forma dolosa o imprudente con lo que se ha realizado las manifestaciones de voluntad el criterio adoptado es puramente jurídico.

En este mismo sentido, la mención que efectúan algunas resoluciones judiciales a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados a fin de concluir si la manifestación de la voluntad ha sido única o plural constituye sin duda una perspectiva jurídica de la misma<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Vid, *infra*, Capítulo IX, 2, cómo interpreta el Tribunal Supremo dicha cláusula y los efectos que sobre la unidad de acción del concurso ideal despliega.

<sup>83</sup> Vid. *infra*, Capítulo VI, 4.3 y la jurisprudencia al respecto.

<sup>84</sup> Vid, *infra*, Capítulo V, 5.3

Y por ultimo aquellas sentencias que adoptan el criterio del resultado para determinar la unidad de acción sobre la base de que los tipos no sólo prohíben conductas sino resultados, pone de manifiesto que para el Tribunal Supremo español la unidad de acción se sustenta en criterios jurídicos y no en los prejurídicos <sup>85</sup>, en los que el criterio de la unidad de acción pretende sustentarse.

En lo que se refiere a nuestra doctrina y con independencia de algunos autores que han aceptado la unidad natural de acción desde la perspectiva exclusivamente natural <sup>86</sup>, la gran mayoría atiende a la valoración del hecho mediante el recurso a criterios o parámetros jurídicos.

En mi opinión el criterio de la unidad natural de acción interpretado conforme a criterios exclusivamente naturales y desde la perspectiva de un espectador imparcial no resulta adecuado. Se ha podido comprobar que esta concepción le lleva al Tribunal Supremo alemán a excesos que alcanza su mayor dimensión cuando se trata de delitos en concurrencia ideal, sobre todo en los casos de concurso ideal por el efecto abrazadera. Por otra parte la perspectiva de un espectador imparcial que utilice criterios prejurídicos genera inseguridad jurídica. Pues, ¿cabe imparcialidad a la hora de una valoración que carece de criterios objetivos?, ¿en qué momento deja de existir la relación temporal entre dos actos de voluntad?, las respuestas a estas cuestiones son arduamente difíciles y por ello creo que la valoración de hechos con trascendencia jurídica desde criterios naturales puede dar lugar a tantas soluciones diferentes como supuestos se valoren, sobre todo si no existe una regla que aplicar sobre el objeto de valoración.

---

<sup>85</sup> Vid., *infra*, Capítulo V, 5.

<sup>86</sup> Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2ª ed., 1986, p. 489; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, p. 841; CID MOLINÉ, en *ADPCP*, 1994, pp. 50-52.

### **4.3.3.- La Unidad típica de acción**

No le falta razón a Jescheck<sup>87</sup> cuando señala que no existen unidades sociales anteriores al Derecho que puedan incorporarse sin más a los conceptos jurídicos, y por ello propone que los criterios de contextualidad y unidad de motivación han de valorarse bajo un prisma jurídico, como también lo hicieron Maiwald<sup>88</sup>, Schmidhäuser<sup>89</sup> y un importante sector doctrinal<sup>90</sup>. De esta forma el criterio natural de acción se matiza mediante la inclusión de puntos de referencia jurídicos.

Se pasa entonces, a hablar de unidad típica de acción para poner de relieve que no es la sociedad, sino el Derecho el que establece los elementos que marcan las diferencias existentes entre la unidad y la pluralidad de acciones. Y a esto es a lo que se le denomina unidad de acción típica.

También en España, se manifiesta en este sentido Cuerda Riezu, quien advierte que si de lo que se trata es de determinar cuándo se presenta una unidad de acción en sentido penal, lo lógico será que la decisión dependa de criterios jurídico-penales, pues, sólo el legislador está legitimado para configurar unidades de acción más o menos amplias, siendo esto lo relevante para que se le otorgue dicho carácter unitario<sup>91</sup>.

De esta forma los tipos penales se convierten en los parámetros en los que sustentar una valoración unitaria, con independencia de que la realidad se

---

<sup>87</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 649.

<sup>88</sup> Cfr. MAIWALD, *Die Natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 14.

<sup>89</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 724.

<sup>90</sup> Así, SCHMITT, en *ZStW*, nº 75, 1963, p. 46; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1981, p. 997; BLEI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., 1983, pp. 342; PUPPE, en *GA*, 1982, p. 157; BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1987, pp. 254-255; WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., alemana (1969), 1993, pp. 265-266; GÖSSEL/ MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, p. 526-527; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, p. 1077.

<sup>91</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, p. 352. En este mismo sentido: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, vol. II, 1972, p. 315; CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 56.

pueda descomponer en actos parciales más reducidos. Muy gráficamente lo explica Mir Puig quien considera a los tipos como plantillas que recortan un determinado fragmento de la actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho <sup>92</sup>.

También para González Rus la valoración de los actos naturales sólo puede hacerse según los propios tipos, pues en función de cómo aparezcan éstos configurados depende que diversos actos puedan ser considerados como una unidad. Por ello establece la siguiente ecuación: el “hecho” es un concepto empírico, que hace referencia a una realidad, a algo que ha sucedido y que es apreciable por los sentidos; “infracción”, por el contrario, es un concepto jurídico, el resultado de la valoración que el Derecho penal hace de un acontecimiento; el “hecho”, constituye, pues, el objeto de la valoración que lleva a cabo el tipo penal, por lo que sólo éste puede servir para delimitarlo <sup>93</sup>.

Ahora bien, la cuestión estriba en saber cómo este criterio se debe aplicar a la valoración de la unidad de acción de una concurrencia ideal en la que son varios los tipos que concurren pues, como bien señala Cuerda Riezu, este criterio de la unidad típica se encuentra en franca contradicción con el punto de partida que se acepta en la teoría del concurso, esto es, la unidad y pluralidad de acciones. La unidad de acción es, además, el presupuesto común de la unidad de delito y del concurso ideal. Por ello, advierte de que si en la unidad de delito se exige –como mínimo- la realización única de todos y cada uno de los elementos de la figura delictiva, resulta evidente que este presupuesto no puede ser exigible para el concurso ideal. Los presupuestos en

---

<sup>92</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, p. 722. También: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 147; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, p. 592; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 613-614; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Poder Judicial*, nº 27, 1992, pp. 44-48, del mismo autor en, *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, p. 432; MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 1993, pp. 406-407; GARCÍA ALBERO, en *ADPCP*, 1994, pp. 211-239; del mismo “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, pp. 264-265.

<sup>93</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, p. 941.

uno y otro caso serán diferentes, porque la unidad de delito es una figura no concursal, mientras que el concurso ideal pertenece sin duda a la concurrencia delictiva <sup>94</sup>.

Ahora bien según mi parecer esto no significa que no pueda utilizarse el criterio jurídico que aportan los tipos para definir la unidad de acción del concurso ideal. Aunque esta afirmación debe ser entendida en sus justos términos pues los elementos y la forma en que éstos se presenten para la valoración del hecho sí deberá ser diferente en un caso de unidad que de pluralidad de delitos.

Así, la unidad de acción como presupuesto de la concurrencia delictiva también constituye una parcela de la realidad que debe ser objeto de valoración jurídica, y que en estos casos será plural porque la aplicación de uno sólo de los tipos no resulta suficiente. Por eso dicha valoración también se ha de efectuar teniendo como referencia a los tipos penales como únicos parámetros sobre los que se puede efectuar la misma. En estos casos no uno sino una pluralidad de ellos. La unidad de acción no depende del número de realizaciones típicas porque si así fuera el concurso ideal no existiría. La cuestión sin embargo, estribará en determinar qué elementos de los tipos que concurren son los que vienen a delimitar la misma. Y en este sentido creo que la respuesta viene dada por la propia base estructural del concurso ideal: la acción.

Lo que resulta común a los distintos tipos en concurrencia son los actos de voluntad y estos desde una perspectiva jurídica vienen determinados por los procesos ejecutivos o conducta típica de los mismos. Además como los procesos ejecutivos son los que resultan comunes a los distintos tipos que concurren, la identidad entre los mismos es la que debe definir la unidad de acción del concurso ideal. Asimismo, el grado de identidad que se exija tendrá que venir dado también por los propios tipos. Y es precisamente esta identidad la que caracteriza la unidad de acción del concurso ideal de los supuestos de

---

<sup>94</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, 1997, p. 353.

unidad de delito. Los elementos restantes de los tipos en concurso no deben pues afectar a esa unidad de acción.

Es por ello que no resulte acertado hablar en estos casos de unidad jurídica si con ello se hace referencia a una unidad típica y de ahí que la doctrina alemana y la española hagan referencia a la identidad de los procesos ejecutivos para referirse a la unidad de acción como presupuesto del concurso ideal <sup>95</sup>.

#### **4.3.4.- Unidad de acción determinada conforme al número de resultados**

La doctrina alemana rechaza expresamente el criterio según el cual el número de hechos coincide con el número de resultados materiales producidos si esa pluralidad de resultados no tenía al mismo tiempo como base una pluralidad de actos de voluntad. En este sentido, señalaba Mezger que cuando el sistema tomaba como punto de partida para el cómputo de hechos el número de los resultados producidos, se primaba al Derecho penal constituido sobre la base del resultado frente al Derecho penal basado en la culpabilidad, y además era un evidente signo de la ausencia de un concepto claro de acción como fundamento de la teoría del delito <sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Así por ejemplo: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 147; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material Concurso de Leyes penales*, 1997, p. 294 y ss.; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, p. 941.

Por el contrario aquellos autores partidarios de la unidad de hecho no hacen referencia a la identidad de los procesos ejecutivos para referirse a la unidad de acción del concurso ideal, porque en lógica consecuencia con su posición los elementos a los que atienden para determinar la unidad de acción no sólo viene constituida por éstos. Y porque atienden a más elementos del tipo es por lo que incluyen también el resultado sobre la base de que los tipos no sólo describen conductas sino también resultados. Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 626.

En Alemania también: LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20ª ed., 1993, p. 373, donde se define el concurso ideal sobre la estructura de una pluralidad delictiva y la identidad al menos parcial de los procesos ejecutivos. También, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, p. 821.

<sup>96</sup> Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, pp. 360-361.

En esta misma línea, Maurach ponía de manifiesto que si la acción es actuación de la voluntad, a la que se equiparaba, en los delitos omisivos, la no actuación volitiva contraria al deber, esto es, un humano hacer final dirigido a un determinado resultado, el concepto de acción se agotaba, por tanto, en la conducta orientada a una meta, y su resultado no pertenecía a la acción<sup>97</sup>. Lo decisivo pues para determinar el número de acciones vendría dado por el número de manifestaciones de voluntad independientemente del número de resultados producidos<sup>98</sup>.

No obstante, este es un tema que, como ya hemos señalado, no resulta unánime en la doctrina española, y constituye el problema que determina la discusión entre el concepto de “unidad de acción” o “unidad de hecho” como presupuesto del concurso ideal, por lo que pasamos a analizarlo con detalle a continuación.

## **5.- EL CRITERIO DEL RESULTADO PARA DETERMINAR LA UNIDAD DE HECHO COMO FUNDAMENTO DEL CONCURSO IDEAL**

Según señalamos en el apartado anterior, un sector de la doctrina española, así como la doctrina absolutamente dominante en Alemania, entienden que el concepto de unidad de acción no resulta afectado por la pluralidad de resultados materiales que se produzcan ni por la naturaleza de los bienes jurídicos que resulten lesionados.

---

<sup>97</sup> Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, pp. 416-418 y 421-422.

<sup>98</sup> En este sentido: WARDA, en *Jus*, 1964, p. 82; STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 351; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., 1993, p. 648; WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., alemana (1969), 1993, p. 266; GÖSSEL/ MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 518 y 528-530.

También lo rechazaron en España: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 314; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 148 y 212; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 489.



No obstante, existe en nuestra doctrina un sector aún minoritario, pero que cada vez va teniendo más adeptos, que, aunque partan igualmente de la unidad en sentido típico a fin de definir la unidad de acción, prefieren sin embargo hablar de “unidad de hecho”, entendiendo que la totalidad del sustrato valorado debe quedar conformado tanto por el momento ejecutivo (acción), como por el proceso causal y el resultado producido. Para estos autores, el tipo no expresa sólo la conducta prohibida, sino que, al menos en los delitos dolosos de resultado, éste también forma parte de la unidad típica<sup>99</sup>.

Las consecuencias que de este concepto se derivan para el ámbito de aplicación del concurso ideal y en general en su configuración, obligan a realizar un análisis de las distintas tesis formuladas en su defensa.

### **5.1.- Antecedentes del concepto de unidad de hecho. La Tesis de Córdoba Roda**

En primer lugar, cabe estudiar la postura inicial de Córdoba Roda. Este autor, desde su perspectiva finalista, explicaba que para delimitar los supuestos de unidad y pluralidad de acciones, la acción se debía conformar tanto por la manifestación volitiva como por la voluntad, existiendo un único hecho o acción, cuando tanto la manifestación de la voluntad como la propia voluntad fueran unitarias<sup>100</sup>.

Así, no sería pues suficiente para apreciar unidad de acción, con una manifestación de la voluntad unitaria sino que lo prioritario sería la unidad de

---

<sup>99</sup> Así: MIR PUIG, en *ADPCP*, 1977, pp. 302-306; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 11; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, pp. 432-433 y 440; GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y Criminológicos*, t. XIII, 1990, pp. 162-164; COBO / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, pp. 591-592; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 623 y ss.; DELGADO GARCÍA, en *La ley*, 1996, t. 1, p. 1687.

<sup>100</sup> Vid para lo que sigue, CÓRDOBA RODA, en *Tratado de Derecho penal de MAURACH*, t. II, 1962, nota del traductor nº 2, p. 422.

propósito en el sujeto, de tal forma que de darse una sola manifestación de voluntad pero dirigida a la consecución de una pluralidad de resultados, originaría, aún siendo una única la manifestación de voluntad, una pluralidad de hechos. O lo que es lo mismo, para la existencia de un solo hecho era preciso que la manifestación de voluntad fuera única y que la voluntad estuviera además, dirigida a un solo resultado. Por ello, señalaba que en el caso de que se agrediere a una mujer embarazada con el fin de causar su muerte y la del feto, existiría un solo hecho natural pero dos hechos jurídicos y en consecuencia un concurso real entre los delitos de homicidio y aborto <sup>101</sup>. Igualmente, si en una detención simultánea de varias personas el autor hubiera abarcado con el dolo la privación de libertad de cada una de ellas, debería apreciarse tantas acciones, y delitos en concurso real, cuantos fueran los sujetos detenidos. Por el contrario, respectos de aquellos detenidos cuya privación de libertad no hubiera sido abarcada por el dolo, sino por culpa, no cabría estimar la presencia de una nueva acción, por ausencia de la finalidad en la manifestación volitiva desencadenante del resultado culposo <sup>102</sup>.

En definitiva y según este autor, siempre que se hubieran causado varios resultados jurídicos por una sola manifestación volitiva se apreciarían tantas acciones y en consecuencia tantos delitos unidos en concurso real, cuantos fueran los resultados abarcados por el dolo. La acción deja de ser un hecho natural para convertirse en un hecho puramente jurídico, pues la intención como dolo es la que determinaba su unidad o pluralidad.

En efecto, Córdoba Roda parte del concepto de acción finalista para determinar la unidad de acción integrando tanto la manifestación de la voluntad como el contenido de la misma. Pero esta afirmación sólo es válida en el ámbito de la unidad de delito porque sólo cuando se da un delito se puede afirmar que el sujeto ha tenido un único propósito si éste se identifica con el dolo. La unidad de acción del concurso ideal de delitos dolosos no se puede

---

<sup>101</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, en *ADPCP*, 1965, p. 29.

<sup>102</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, en *ADPCP*, 1965, pp. 28 y 30.

sostener sobre esta base porque esa pluralidad delictiva conlleva irremediabilmente que sean también plurales las intenciones.

Esta concepción de la unidad de acción, que resulta determinada no sólo por la unidad de la manifestación de voluntad sino también por la unidad de la dirección volitiva del sujeto, fue objeto de crítica por Vives Antón. Este autor entendía que desde esta interpretación que Córdoba Roda hacía del concepto de unidad de acción resultaba intrínsecamente insostenible poder afirmar, como lo hacía el propio Córdoba Roda, que la identidad parcial del sustrato valorado era suficiente para poder hablar de la unidad de acción del concurso ideal. En efecto, explicaba Vives Antón que para poder afirmar este tipo de unidad a través de la simple identidad parcial debía ser suficiente con la identidad en la manifestación de la voluntad, sin que fuera necesaria la exigencia de identidad también en la dirección volitiva <sup>103</sup>. Si se exigen las dos entonces no es posible que se dé la concurrencia ideal ni con identidad total ni mucho menos con identidad parcial. Pues en cualquiera de los casos la intención siempre será plural porque los delitos son también plurales.

Como decía Vives Antón, la propia esencia del concurso ideal exige que no se requiera la unidad de fin, pues si se exige como requisito de la unidad de acción la unidad de la dirección volitiva, el concurso ideal de delitos dolosos no tiene posibilidad alguna de ser apreciado <sup>104</sup>.

En mi opinión no le faltaba razón a Vives Antón al efectuar estas críticas a la concepción que ofrecía Córdoba Roda de la unidad de acción y por añadidura a los demás autores que como él exigían la unidad de propósito. Y ello porque esa identificación de la unidad de acción con la unidad de propósito presenta unas características similares a la teoría de la unidad que se defendió

---

<sup>103</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p.12.

<sup>104</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, *la estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 13.

en Alemania <sup>105</sup>. En efecto, si partimos de que en cualquier legislación penal en la que rija el principio de responsabilidad subjetiva no hay falta o delito sancionable sin dolo o imprudencia y que a cada una de las infracciones le corresponde su propio dolo o imprudencia, el que la unidad de acción tenga que ser también unidad de propósito hace que resulte imposible la pluralidad de delitos dolosos con unidad de acción. La unidad de acción con unidad de propósito quedaría reducida al ámbito de la unidad delictiva. Y con mayor motivo sería imposible el concurso ideal de dos o más infracciones imprudentes ya que en éstas no existe propósito.

No quiero adelantarme sacando conclusiones pues aun quedan muchos aspectos que analizar sobre el criterio de la unidad de hecho, pero quisiera recalcar que la unidad de acción debe ser entendida por sí misma y desde su perspectiva objetiva, sin que se vea afectada por los demás elementos que conforman los restantes delitos en concurrencia porque lo que es común a todos los delitos en el concurso ideal es la acción, y no el dolo o la imprudencia que en cada uno de los delitos debe concurrir para que puedan ser apreciados. El delito no es sólo acción ni la acción viene definida por el dolo o imprudencia, sino que son elementos que todos ellos deben concurrir en una infracción.

El sujeto que acomete físicamente a un agente de la autoridad, típico ejemplo y que es aceptado unánimemente por la doctrina como un supuesto de concurso ideal, no encaja bien con esta exigencia de unidad de acción y unidad de propósito, pues para apreciar la concurrencia ideal de ambos delitos de lesiones y de atentado, previamente se debe haber determinado de forma individual la responsabilidad por cada uno de ellos, lo que quiere decir que en cada uno de ellos se ha de haber apreciado dolo en el sujeto activo, esto es dolo de lesionar y dolo de atacar al principio de autoridad. Dolos de contenido diferente y por tanto difícilmente unitarios.

---

<sup>105</sup> Vid. *supra* Capítulo II, 2.

A este planteamiento puede refutarse que Córdoba Roda con la unidad de propósito aludía exclusivamente a que ésta debía referirse al elemento del resultado material. Pero no lo creo así, pues el ejemplo al que hemos hecho referencia sobre la detención de una pluralidad de sujetos no requiere de resultado material alguno. Quizás por ello, cuando Mir Puig retoma este criterio de la unidad de acción lo limita al resultado material frente al jurídico, y de ahí a que se denomine como el criterio del resultado.

El propio Welzel, padre de la teoría finalista, definió la unidad de acción en la teoría del concurso al margen de los resultados producidos y del hecho de que se hubiera tomado la decisión de cometer varios delitos <sup>106</sup>.

Como ya expuse al inicio de este capítulo a partir de los años 70 nuestra doctrina y en menor medida la jurisprudencia del Tribunal Supremo consiguió desprenderse del criterio de la unidad de propósito para definir la unidad de acción del concurso ideal <sup>107</sup>. También Córdoba Roda abandonó su criterio inicial, reformulando el concepto de hecho como: “la actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal” <sup>108</sup>. No obstante, siguió manteniendo la necesidad de que la voluntad del agente se proyectara sobre todos los resultados.

## **5.2.- Tesis de Mir Puig**

Mir Puig, en un artículo dedicado al estudio del delito de coacciones publicado en 1977, y desde el mismo punto de partida inicial que Córdoba Roda, esto es, del concepto de acción finalista formulado por Welzel, sostuvo

---

<sup>106</sup> Vid. WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4ª ed., 1997, pp. 266 y 273.

<sup>107</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, 2.

<sup>108</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, pp. 314-315 y 351-353. En esta ocasión, señalaba que si con un solo acto se producía voluntariamente la muerte de la mujer embarazada y del feto, se cometían dos delitos, sin que la dualidad de bienes jurídicos y de finalidades obstase a la existencia de un solo hecho.

que al no constituir la acción un proceso puramente físico, sino una unidad social de sentido, la existencia de una o más acciones no podía decidirse exclusivamente sobre la base del número de movimientos corporales realizados por el agente sino por la finalidad del autor y por el sentido de los tipos <sup>109</sup>. Partía pues, de un criterio normativo consistente en atender a los tipos para valorar el hecho y, entre los elementos del tipo, el número de resultados y fines del agente eran los que determinaban la unidad o pluralidad de acciones.

Por ello, en el citado estudio concluía que lo decisivo en el hecho de matar o coaccionar a varias personas no sería el número de movimientos corporales llevados a cabo, y sí el sentido subjetivo y social que confiere a la conducta externa la finalidad del autor y los resultados típicos producidos. Desde esta misma perspectiva, sostuvo que el sentido social y por tanto, la gravedad material en los casos de producción intencional de varias muertes mediante la colocación de una bomba no daría lugar a una única acción de homicidio, sino a tantas acciones homicidas cuantas muertes se quisieron o causaron, ya que cada homicidio no sólo requiere de un resultado de muerte, sino de una completa acción homicida <sup>110</sup>. Introducía, pues, un nuevo elemento para definir la unidad de acción derivado del sentido social de la acción: “la gravedad material de los resultados”.

Partiendo de esta argumentación, Mir Puig criticaba la contradicción en la que incurría la doctrina que afirmaba que cuando una conducta externa causa dolosamente varias muertes pueda afirmarse que exista una sola acción si son varios homicidios los que concurren, pues según este autor o se admite que existen varios homicidios, y entonces ha de aceptarse que concurren sendas acciones, o habría de mantenerse que se han producido una sola acción homicida (=homicidio) y, por tanto, un solo delito de homicidio <sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Vid. para lo que sigue, MIR PUIG, en *ADPCP*, 1977, p. 303.

<sup>110</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1977, p. 303.

<sup>111</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1977, pp. 302 y ss, del mismo autor, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., pp. 723-730.

Consecuencia inmediata de esta argumentación fue que Mir negara la posibilidad de un concurso ideal cuando se hubieran producido dolosamente varios resultados que realizasen el mismo tipo (concurso ideal homogéneo). Tesis que avaló con el tenor literal del antiguo artículo 71, ya que si en el mismo se establecía como consecuencia jurídica la imposición de la pena correspondiente a la infracción más grave, el precepto sólo podía abarcar, según este autor, los casos en los que los delitos concurrentes fueran de distinta gravedad <sup>112</sup>.

El ámbito del concurso ideal de los delitos dolosos quedaba así reducido, en palabras de este autor, a los supuestos en los que, para la realización de los distintos tipos no se requiriese de varias acciones, sino que fuera suficiente con una sola acción susceptible de ser desvalorada conjuntamente por todos los resultados producidos, lo que sucedería siempre que con un solo comportamiento se vulnerase *idealmente* varios bienes jurídicos sin que para ello hubieran de producirse otros tantos resultados materiales <sup>113</sup>. Es decir, según esta posición la concurrencia ideal de delitos dolosos sólo cabe en aquellos supuestos en los que se produzca un único resultado material a pesar de la pluralidad de infracciones cometidas.

El elemento intencional desaparece ya de su argumentación, pues éste existe tanto en los delitos dolosos de resultado como en los tipos que no exige resultado alguno, y además estará presente en todos los delitos dolosos ya sean de idéntica o de diversa naturaleza.

Por tanto, este autor a lo que realmente atiende para determinar la unidad de acción es única y exclusivamente a la producción del resultado material, y por consiguiente las consecuencias de dicho criterio van a ir mucho

---

<sup>112</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 627.

<sup>113</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1977, p. 303; del mismo, en *Tratado de Derecho penal* de JESCHECK, vol. II, 1981, p. 1021; *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 632.

más allá que a la simple exclusión de la modalidad homogénea del concurso ideal. Pasemos a analizarlas.

Según Mir Puig el tenor del antiguo artículo 71 del Código penal de 1973, actual artículo 77, conducía a excluir del concurso ideal la modalidad homogénea. Sin embargo si lo que no permite dicho precepto es que concurren idealmente infracciones que se encuentren sancionadas con las mismas penas, la limitación de dicho precepto alcanzará también a todos aquellos casos en los que concurren infracciones de distinta naturaleza, esto es la modalidad heterogénea, éstas estén sin embargo sancionadas con penas de la misma gravedad. Así lo advertía Cuerda Riezu <sup>114</sup>, quien además aportaba un argumento de naturaleza procesal para contrarrestar la tesis defendida por Mir Puig.

En efecto, afirma Cuerda que, tanto los casos de concurso ideal como los de concurso medial son supuestos de delitos conexos, procesalmente hablando, y como quiera que el propio legislador en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la competencia de los órganos judiciales, establece cuál de éstos será el competente cuando los delitos conexos tengan igual o distinta pena, es el propio legislador el que prevé la posibilidad de que los delitos conexos puedan tener igual o distinta pena <sup>115</sup>. Si así lo hace a efectos de determinar la competencia de los tribunales ¿por qué no lo iba a permitir cuando de lo que se trate sea de determinar la pena de los mismos?, máxime si tenemos en cuenta que la fijación de la pena es una consecuencia y no un presupuesto del concurso ideal.

Asimismo, y al margen del tenor literal del artículo 77 tampoco cabría aceptar según la posición defendida por Mir Puig la modalidad heterogénea de

---

<sup>114</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 177-178. También en sentido crítico por ser una interpretación excesivamente literal, SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 847; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 200, p. 947.

<sup>115</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 178-179.



delitos dolosos de resultado, pues si de una misma agresión se lesiona a un sujeto y se mata a otro, dos serán los resultados materiales y dos los hechos. Si los resultados multiplican los hechos, en ningún caso en el que se produzcan una pluralidad de resultados materiales cabría apreciar la concurrencia ideal. ¿Cuál sería entonces la solución jurídica para algunos casos de error de tipo o para solventar los problemas de preterintencionalidad, por ejemplo?.

La cuestión será entonces determinar cuándo según la postura de Mir cabe apreciar la concurrencia ideal. Pues bien, según, González Cussac, que participa del concepto de unidad de acción como unidad de hecho, el concurso ideal sólo estaría previsto para los casos de concurrencia de infracciones en los que una sola de ellas consista en la producción de un resultado material, las demás infracciones concurrentes con dicho tipo deben poseer estructuras típicas de peligro; o consistir en la lesión de bienes ideales sin concreción material alguna; o bien tratarse de formas imperfectas de ejecución; o concurrir con delitos imprudentes <sup>116</sup>.

Esto significa que si un delito doloso de resultado se encuentra consumado y concurre con un delito de peligro, el criterio determinante es exclusivamente el del resultado material producido y en nada afecta la intencionalidad del sujeto ni la forma en la que se haya producido la plural lesión a los bienes jurídicos pues, tanto el delito de peligro y el delito de resultado serán ambos dolosos. Tan es así que si dicho delito de peligro concurrese con dos delitos de resultado material ya no cabría apreciar concurrencia ideal, pues los mismos no se derivarían de un único hecho sino de una pluralidad de ellos, pues a tantos resultados materiales les corresponderían otros tantos hechos.

Por otra parte si hay concurso ideal entre un delito doloso de resultado material y otro en el que la lesión no se manifestase materialmente en el mundo exterior, entonces el criterio de resultado no sólo se ciñe al resultado sino al

---

<sup>116</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, pp. 440-441.

resultado con manifestación material. Esto significa que se le otorga un tratamiento diferente a los resultados según se manifiesten o no materialmente en el exterior, pues si es material habrán de recibir una sanción superior que si la lesión es ideal. No creo sin embargo que el legislador baraje este criterio a la hora de establecer las penas de cada uno de los tipos, y sino piénsese en la pena prevista por el artículo 180 del Código penal para una agresión sexual con prevalimiento y la prevista para el homicidio del artículo 138. Por el contrario la forma en la que el ataque al bien jurídico se produzca sí es tenida en cuenta por el legislador. El sentido social de la acción es igualmente grave tanto se produzca el resultado material como si el mismo es ideal porque en cualquiera de los casos la lesión al bien jurídico protegido se ha producido.

Igualmente, la posible concurrencia ideal entre un delito de resultado material consumado y otros que se encuentren en forma imperfecta o simplemente entre éstos, significa nuevamente que lo determinante no es la intención del sujeto proyectada sobre los distintos resultados ni la forma en la que la lesión a los distintos bienes jurídicos se haya producido sino la efectiva producción de los mismos. Sin embargo, lo cierto es que en estos casos si no se producen los citados resultados, será por una causa independiente a la voluntad del sujeto. Ahora bien, siendo una circunstancia ajena al propio sujeto y a la acción se convierte en un elemento determinante para la apreciación de la unidad de acción.

Y por último, cabe la posibilidad según los defensores de esta tesis que la concurrencia ideal se dé en supuestos en los que aun existiendo pluralidad de resultados los mismos sean producto de una misma omisión del deber de cuidado. Si en estos casos la pluralidad de resultados posibilita la concurrencia ideal es porque el criterio del resultado deja paso al de la intencionalidad del sujeto. Pues, al no darse una pluralidad de intenciones dolosas la unidad de acción permanece.

En definitiva, desde esta interpretación el ámbito de aplicación del concurso ideal no sólo se reduce o se limita a determinados supuestos

específicos, sino que en mi opinión esta limitación no se sustenta en un fundamento sólido, pues se introducen elementos valorativos en la determinación del concepto de unidad de acción que nada tienen que ver con ella, ni siquiera el de la gravedad de los resultados para los que no creo se pueda distinguir entre materiales o ideales, pues tan graves pueden ser unos como otros.

### **5.3.- Tesis de Joshi Jubert**

En esta línea apuntaba Sanz Morán que este sector de la doctrina que incluye el resultado material en el concepto de unidad de acción incurre en el grave error de confundir resultado jurídico con resultado material, cuya consecuencia más inmediata es sin duda la imposibilidad del concurso ideal en sí <sup>117</sup>. En efecto, si a todo hecho típico le corresponde una lesión jurídica, la realización plural de tipos que define el concurso de delitos en general, y al concurso ideal en particular, conllevará irremediablemente una pluralidad de hechos, de forma que el concurso de delitos sólo podrá darse en la modalidad de concurso real.

Por tanto, como señala Sanz Morán, la teoría que incluye el resultado y la causalidad en el concepto de hecho del antiguo artículo 71, hoy artículo 77, confunde la valoración jurídica, que sólo permite decidir entre la unidad y pluralidad de delitos, y el sustrato real de esa valoración jurídica plural que es el determinante de la unidad y pluralidad de acciones como elementos diferenciadores del concurso ideal y real <sup>118</sup>.

Ante esta afirmación Joshi Jubert contesta justificando el concepto de unidad de hecho frente al de unidad de acción sobre la base de la distinción que existe entre el objeto material y el bien jurídico protegido por una figura

---

<sup>117</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 149.

<sup>118</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 148-150 y 213.

delictiva <sup>119</sup>. Para esta autora, el objeto material, como elemento del tipo, se identifica con “la realidad empírica a la que se refiere la acción típica” y puede consistir en una persona o en una cosa corporal, o bien puede tener naturaleza inmaterial o incorporeal; mientras que, el bien jurídico es “el objeto de tutela jurídica”, que sólo cobra pleno significado e interés si se emparenta con el delito <sup>120</sup>.

Partiendo de estos conceptos, Joshi Jubert señala que un hecho, como realidad empírica, es algo que ha ocurrido y que es aprehensible por los sentidos, por lo que si éste se entiende como acción más resultado material, un mismo hecho sí que puede dar lugar a varios delitos, ya que los distintos objetos materiales pueden ser portadores de más de un bien jurídico protegido, tal y como sucede en el caso de una persona que como objeto material es portadora de varios bienes jurídicos como la vida y la integridad física, libertad sexual... y si además pueda tener el carácter de autoridad <sup>121</sup>. Por el contrario, la lesión del bien jurídico sólo puede ser entendida en sentido jurídico. Por ello se dice que se trata de una lesión ideal, es decir, que tiene lugar en el mundo de las ideas. Para esta autora, en el concepto de unidad de hecho no se duda en ningún momento de la realidad jurídica de dicha lesión ideal del bien jurídico, lo que se le niega es su realidad material <sup>122</sup>. Por lo tanto, según ya he dicho la unidad de hecho depende para esta autora y para Mir de que el resultado sea material otorgándole así al mismo una función de criterio delimitador de la unidad de acción respecto de la pluralidad de acciones.

En mi opinión, la función que el bien jurídico puede desempeñar en la teoría del concurso y de conformidad con lo dispuesto en nuestra legislación no puede ir más allá de delimitar los supuestos de unidad delictiva y pluralidad de delitos. Además, así lo reconoce implícitamente Joshi Jubert, al hacer depender

---

<sup>119</sup> Vid. para lo que sigue, JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 619 y ss.

<sup>120</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 619-620, siguiendo a MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, pp. 138-139.

<sup>121</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 620.

<sup>122</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 621.

de las características de cada bien jurídico el que se den uno o varios delitos y al afirmar que si la lesión de un determinado bien jurídico tan sólo influye en la cantidad de intervención del sujeto pasivo en la sociedad (intensificación cuantitativa), habrá de apreciarse un solo delito; por el contrario, si afecta directamente a su intervención (intensificación cualitativa), se tratará de una pluralidad de delitos <sup>123</sup>. Hasta aquí no se atribuye al concepto de bien jurídico más papel que el de delimitar entre unidad de delito y pluralidad de delitos.

Sin embargo, a continuación trata de diferenciar la unidad de hecho frente a la pluralidad de hechos, según el número de objetos materiales que puedan verse afectados por la acción. Y así, argumenta Joshi Jubert, que la diferencia entre un caso consistente en arrojar una bomba que mata a dos hombres y el dar muerte a un agente de la autoridad, reside, fundamentalmente, en que en el primer supuesto son dos los objetos materiales, portadores cada uno de ellos del mismo bien jurídico, mientras que en el segundo caso, sólo habrá un objeto material pero en esta ocasión éste es el portador de dos bienes jurídicos distintos <sup>124</sup>.

De esta forma, la autora otorga al número de objetos materiales la función de determinar el número de acciones, y así, si los objetos son plurales, plurales también serán los hechos, y si el objeto material es único, única será también la acción. En consecuencia, y en la misma línea que Mir Puig, para esta autora nunca cabrá el concurso ideal homogéneo, porque al requerir el concurso ideal de un solo objeto material, se hace imposible pensar en un objeto material que fuera portador de dos bienes jurídicos idénticos.

Por consiguiente desde esta perspectiva la unidad de acción o de hecho que sustenta al concurso ideal queda reducida única y exclusivamente a los supuestos en los que el objeto material de los tipos concurrentes sea único. Ahora bien, ¿cómo se relacionan entonces los resultados materiales con los

---

<sup>123</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 631.

<sup>124</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 621.

objetos materiales?. Desde la perspectiva de Mir Puig el sentido social al que alude puede justificar, estemos o no de acuerdo, que el resultado material tiene una trascendencia mayor que los resultados ideales y por ello puedan multiplicar los hechos para rechazar una concurrencia ideal. Pero ¿cuál es la justificación de que la pluralidad de objetos materiales, en tanto éstos pueden ser personas y cosas, puedan determinar una concurrencia real frente a una concurrencia ideal?.

En mi opinión creo que con esta tesis se trata nuevamente de introducir otro criterio ajeno completamente a la unidad de acción para su delimitación. El número de objetos materiales que resulten afectados por la misma acción no puede ser el que determine la unidad de acción, pues una única acción puede recaer tanto sobre un mismo objeto material como sobre una pluralidad de ellos sin que ello sea lo que defina la unidad o pluralidad de delitos ni la unidad o pluralidad de acciones. Así por ejemplo en un delito pluriofensivos como puede ser el delito de robo con intimidación, hay un solo delito y sin embargo una pluralidad de objetos materiales, y puede haber una sola acción.

Esta autora realiza además dos afirmaciones para avalar su tesis que merecen por mi parte un comentario. En primer lugar sostiene que: “lo que la teoría del concurso pretende averiguar es cuántos tipos penales van a entrar en juego y de qué manera. De esta forma, se va a ocupar de sucesos ya pasados. No estamos aquí en un tema de injusto en donde la perspectiva ex-ante resulta ser la más idónea. Sino en cuestiones en las cuales la perspectiva de análisis es forzosamente ex-post. Por ello, también es más adecuado el término hecho, que refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone más el acento en lo que está haciendo, denota más la actividad”<sup>125</sup>.

Y en segundo lugar señala que: “Sorprende, pues, que sea el mismo sector doctrinal que fundamenta el injusto en el desvalor de acción y en el desvalor del resultado, el que luego, en la teoría del concurso se contente con lo

---

<sup>125</sup> JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 618.

primero. Si el resultado tiene que tener alguna importancia en la constitución del injusto -doctrina que no comparto- no se entiende porque [sic] razón desaparece de repente del tipo, en el momento en que se trata de determinar cuándo hay un hecho según la valoración del tipo”<sup>126</sup>.

A continuación me ocuparé de analizar esta opinión.

#### **5.4.- El concurso ideal como una cuestión de injusto penal. Toma de postura**

En primer lugar, examinaré la conclusión a la que llega Joshi Jubert de que la teoría del concurso requiere de un análisis exclusivamente ex-post.

En mi opinión, si la teoría del concurso requiere exclusivamente de un análisis ex-post de los hechos es que las normas concursales son sólo normas de valoración, en las que lo determinante es el resultado materialmente producido, obviando toda valoración sobre la acción. Sólo desde esta perspectiva se puede explicar que se imponga la sanción superior del concurso real cuando se cause la muerte de dos sujetos por un solo disparo, y la del concurso ideal si con ese mismo disparo se causa la muerte de un Agente de la autoridad, en el que el resultado material es único aunque dos sean las lesiones jurídicas. Si esto es así, y para determinar la pena correspondiente a los supuestos concursales se ha de valorar principalmente los resultados producidos, ya sean materiales o inmateriales, no se puede afirmar, como hacen los mismos defensores de esta tesis para los supuestos no concursales, que las normas sólo pueden prohibir conductas y nunca resultados<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 622.

<sup>127</sup> Cfr. MIR PUIG, en *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 64-65, y 77-78. En este sentido señala que: “Puesto que la norma penal preventiva apunta al momento de realización de la conducta, intentando motivar a su evitación, el juicio de peligrosidad que convierte en prohibida la acción deberá efectuarse ex ante, en el momento en que el sujeto va a actuar, no importando en cambio la peligrosidad ex post”. Del mismo autor, en

Por otra parte, si la naturaleza del resultado producido justifica la pena a imponer, se otorga a la misma un carácter exclusivamente retribucionista. Y es precisamente para evitar estas incoherencias lo que obliga a Joshi Jubert a señalar que la teoría del concurso no es tema de injusto.

Sin embargo en mi opinión, que la teoría del concurso no sea una cuestión de injusto, resulta cuestionable. En primer lugar, y aunque no sea la razón más significativa, cierto es que desde las discusiones originadas en la redacción del Código penal de 1848 a fin de regular el concurso ideal y real, la distinción entre estas dos modalidades se justificó en la diferencia de injusto que se apreciaba según que el sujeto sólo hubiere realizado un hecho o una pluralidad de ellos para establecer sistemas sancionadores diferentes <sup>128</sup>.

En segundo lugar, si concebimos que las normas penales son normas de determinación de conductas y no simples normas de valoración, por el hecho de que sean varias las que resulten infringidas no existe razón alguna para que no sigamos atendiendo a las conductas y no a los resultados.

No obstante, como son diversas son las consecuencias que se pueden deducir según se adopte la teoría subjetiva-monista o la dualista que se han formulado sobre la determinación del contenido de injusto, paso a analizar esta cuestión en cada una de ellas.

Así, si partimos de la posición minoritaria que entiende que el injusto queda conformado sólo por el desvalor de acción, como defiende el propio Mir Puig <sup>129</sup>, sí que se plantea un grave problema para sancionar el concurso ideal de delitos, y no sólo en los casos en los que los resultados materiales sean

---

ADPCP, 1983, pp. 7-14. También, VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9-14.

<sup>128</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.3.

<sup>129</sup> Cfr. MIR PUIG, en *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, p. 61 y ss. He de aclarar, que aunque pudiera entenderse que Mir, por las manifestaciones expuestas en el texto, habla de resultado material, no es este el concepto que utiliza cuando se refiere al desvalor de resultado, que identifica, como la mayoría de la doctrina actual, como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, presente pues en la totalidad de los delitos.



plurales sino en todos en general. En efecto, señala Mir Puig en defensa de este concepto de unidad de hecho que el contenido de injusto no puede erigirse sobre el resultado ni sobre la conducta que se demostrase efectivamente peligrosa *a posteriori*, sino sólo respecto de aquellos comportamientos peligrosos que se representasen como tales en el momento de llevarlos a cabo, aunque luego resultasen que no lo eran en realidad <sup>130</sup>.

Ya Huerta Tocildo advirtió que desde esta concepción del injusto no cabía entonces justificar una pena para los delitos que quedasen en grado de tentativa inferior que para los delitos consumados, pues desde el exclusivo desvalor de acción en ambos se daría el mismo contenido de injusto <sup>131</sup>. Y a esta misma conclusión se llega entonces cuando se trata de un concurso ideal. En efecto, un único disparo, considerado desde una perspectiva ex-ante, contiene el mismo peligro para un homicidio intentado que para uno consumado, pero también para el caso de que sean plurales los resultados (concurso ideal según el criterio de la unidad de acción, y concurso real según el criterio de resultado que fundamenta la unidad de hecho), por lo que la pena para los todos estos supuestos -esto es, homicidio intentado, homicidio consumado, varios homicidios intentados o varios homicidios consumados con una sola acción- debería ser, entonces, idéntica.

Cierto es que Mir, para justificar la pena inferior en grado prevista para la tentativa recurre a la función de la prevención general positiva de la pena, y concluye que en los casos en los que no se produzca el resultado debe considerarse menor la necesidad de la pena, lo que en definitiva viene a poner de manifiesto que el desvalor de resultado, sí que se tiene en cuenta. Además este desvalor de resultado constituye un elemento imprescindible en los delitos

---

<sup>130</sup> Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, p. 65.

<sup>131</sup> Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, pp. 34 y ss. También, LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, 1992, pp. 37 y ss.

imprudentes, pues en ellos y salvo que el hecho se encuentre tipificado como un delito de peligro, si no se da, no van a ser sancionados <sup>132</sup>.

Según este razonamiento e interpretado en términos estrictos, el concurso ideal, al darse una única acción en sí igualmente peligrosa ex-ante para el caso de que se produjera un resultado material o varios, exige una misma pena. Ahora bien, si esta exclusiva atención al desvalor de acción es corregida por la función preventiva de la pena en caso de pluralidad de lesiones jurídicas se exigiría una sanción superior que la que pudiera corresponder por una sola infracción, pero a su vez también inferior que si fueran varias las acciones peligrosas ex-ante que se realizasen.

Por consiguiente, desde esta perspectiva, en la que se atiende exclusivamente al desvalor de la acción y a la función preventiva de la pena, la concurrencia ideal requiere de una sanción superior a los casos de unidad delictiva, e inferior a los de concurrencia real. O dicho de otra manera, la pena del concurso ideal no puede ser igual que la del concurso real, pues no puede nunca merecer el mismo juicio desvalorativo la realización de un único disparo que la producción de una pluralidad de ellos. El peligro que encierra un solo disparo no es igual que el de dos, que por lógica matemática conlleva un doble riesgo, y ello debe determinar una pena inferior en un caso que en otro, pero no en virtud de los resultados producidos sino por la peligrosidad de la conducta, esto es, por el desvalor de la acción o de las acciones realizadas.

La mayoría de la doctrina admite, sin embargo, que el contenido de injusto esta configurado por el desvalor de acción y por el desvalor de resultado, como elementos independientes <sup>133</sup>. Los tipos estarán, pues

---

<sup>132</sup> Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 70-71 y 78-84.

Vid., sobre la posición que estos autores adoptan para los delitos imprudentes, *infra*, Capítulo IV.

<sup>133</sup> Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de antijuricidad*, 1984, p. 60; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, parte general*, 1996, pp. 332 y ss.; CERZEZO MIR, *Curso de Derecho penal español, parte general*, t. II, 5ª ed., 1997, p. 148.

constituidos por un desvalor de acción y por un desvalor de resultado que son los que determinan el contenido de injusto del comportamiento de un sujeto. Por ello, cuando un sujeto con una misma acción provoca la lesión o puesta en peligro de dos o más bienes jurídicos, resulta consecuente deducir que su comportamiento tiene un contenido de injusto superior que cuando con una sola acción se lesione o ponga en peligro un sólo bien jurídico. En este caso, el desvalor de acción sigue siendo idéntico para ambos supuestos pero no el desvalor de resultado, pues en el segundo de los casos mencionados la intensidad del desvalor de resultado, material o inmaterial, es superior, y ello obliga a que la pena a imponer tenga que ser superior.

Por todo lo anterior, no puedo compartir la crítica formulada por Joshi Jubert a los partidarios del concepto de unidad de acción, denunciando que desde este concepto no se da relevancia alguna al desvalor de resultado. Todo lo contrario: precisamente lo que permite afirmar que el concurso ideal merece una sanción superior a los supuestos de unidad de delito es la mayor intensidad del desvalor de resultado, otorgándole una justa valoración. Ahora bien, para establecer la diferencia entre el concurso ideal y el real no es necesario acudir al desvalor de resultado, pues ésta ya viene dada por el desvalor de acción. El desvalor de resultado, es un elemento de injusto distinto e independiente del desvalor de acción, y no puede aumentar el desvalor de acción a través de su propio desvalor, como se pretende por los partidarios del concepto de unidad de hecho. La diferencia entre el concurso ideal y el concurso real está precisamente en el desvalor de acción pues en el primero la acción es única y en el segundo son múltiples las acciones desvaloradas.

En definitiva tanto desde las teorías subjetiva-monista o la dualista la teoría del concurso es también un tema de injusto y justifica que la sanción del concurso ideal sea superior a la de un supuesto de unidad de delito e inferior a la de la concurrencia real.

---

De este mismo parecer es González Rus para quien la inclusión del resultado en el concepto de acción no consigue explicar mejor la diferencia punitiva existente entre el concurso ideal y real <sup>134</sup>. Pues, si el concurso ideal sólo es posible, como se sostiene desde esta teoría de la unidad del hecho, cuando concurren un resultado material de producción empíricamente constatable con otro ideal o porque conlleve sólo un peligro para el bien jurídico, la pluralidad delictiva se asentaría únicamente en el campo valorativo (un solo hecho, varias infracciones), y ello marca también la diferencia con el concurso real, en donde la pluralidad se manifiesta igualmente en el terreno de lo fáctico (varias infracciones, varias acciones). De esta forma el principio de proporcionalidad en relación con el principio penal del hecho, sería suficiente para fundamentar la diferente gravedad de una modalidad de concurso y de otra, y con ello, del distinto tratamiento punitivo.

Desde otra perspectiva, también Cuerda Riezu advirtió del menor contenido de injusto del concurso ideal frente a los supuestos de concurrencia real <sup>135</sup>. Parte este autor el concurso ideal responde a los postulados del principio constitucional del *non bis in idem*, pues según señala: “esta modalidad concursal se caracteriza por la circunstancia de que un solo hecho constituye dos o más delitos, lo que coincide con la estructura del principio constitucional: un *idem*, es decir el hecho, que representa varias infracciones, el *bis*. Pero que las estructuras coincidan no implica que la propia figura del concurso ideal sea contraria al *non bis in idem*. La infracción del principio sólo se produciría si se sometiera a una doble valoración el *idem*, considerando el hecho doblemente, como elemento de injusto independiente en dos realizaciones de tipos. Por tanto el principio *non bis in idem* no impide el propio concepto del concurso ideal sino que simplemente impone una

---

<sup>134</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, p. 948. También GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes penales*, 1995, p. 295.

<sup>135</sup> Vid. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 849.

determinada consecuencia jurídica para él: una que no suponga la doble valoración del hecho”<sup>136</sup>. Por ello concluye que “es el mismo principio *non bis in idem* el que exige del legislador que en el momento de optar por una consecuencia jurídica para el concurso ideal tenga que moverse necesariamente entre dos extremos: puede ser superior a la pena prevista para la unidad de delito y debe ser inferior al sistema de penalidad regulado para el concurso real”<sup>137</sup>.

En mi opinión, Cuerda Riezu tiene razón al sostener que la solución jurídica para el concurso ideal no puede ser idéntica a la que se prevea para los supuestos de concurso real. En efecto, si la acción que constituye el sustrato de valoración es idéntica para cada una de las infracciones en concurso, el desvalor de la misma no puede ser tratado de la misma manera que si las acciones fueran distintas, pues el desvalor que supone la reiteración de las mismas será muy superior. Una solución jurídica idéntica para ambos supuestos vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas pues estaría tratando de igual manera situaciones distintas. Y como dice el propio Cuerda Riezu, es posible que la circunstancia por la que el sujeto realice mediante una sola acción o mediante varias acciones varios tipos de injusto obedezcan a factores causales, pero ello no es óbice para que el sujeto deba responder por lo que hace, “y si lo hace mediante una sola acción o hecho el injusto es menor”<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 849 y 850.

<sup>137</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, p. 850.

<sup>138</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 849.

Vid. también SANZ MORÁN, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 257, considera, asumiendo la tesis de Cuerda Riezu, que la diferencia punitiva entre la concurrencia ideal y real viene dada tanto por la unidad de rebelión al ordenamiento jurídico como por su contenido de injusto. En este mismo sentido: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal comentado*, t. I, 1997, p. 1225; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 99-100; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, pp. 914-915.

Por su parte, CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 66, justifica la diferencia de tratamiento en razones de política criminal y en la propia etiología del delito, pues una actuación reiterada y sucesiva manifiesta un *animus* o permanencia en

Y no sólo vulneraría el principio de proporcionalidad de las penas, sino que como bien indica Cuerda Riezu supondría una flagrante vulneración del principio constitucional del *ne bis in idem*.

El propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 221/1997, de 4 de diciembre (B.O.E. de 13 de enero de 1998) así lo ha reconocido:

*“Siempre que exista identidad fáctica (como elemento integrante del principio non bis in idem), de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito, y ello con independencia de que el origen de tan indeseado efecto*

---

su actitud antisocial más grave que la de quien actúa de una vez.

En otro sentido, GARCÍA ALBERO, *“Non Bis In Idem” Material y Concurso de Leyes*, 1995, pp. 293 y 294, considera que no resulta posible fundamentar un principio de prohibición de doble valoración referido a un mismo o parte del mismo sustrato real, pues ello supondrá, según el autor citado, concebir también los casos de concurso ideal de delitos como genuinos conflictos de normas, en la medida en que la pena señalada para ambos preceptos concurrentes resultaría igualmente indicada para tal hecho o parte del mismo. Para este autor, ningún elemento del tipo aisladamente considerado, y por tanto, tampoco la zona por la que los tipos se interfieren resultan expresivos de desvalor autónomo, precisamente porque los tipos no constituyen un mero agregado de elementos heterogéneos, sino tipos de injusto. El que conceptual y analíticamente puedan distinguirse distintos elementos no empece, para García Albero, a que sólo el tipo en su conjunto, como unidad de sentido, exprese una desaprobación sobre el comportamiento, también en su conjunto. Por ello concluye que tales unidades no constituyen presupuestos aptos para que sobre ellos opere el principio *non bis in idem*; o no al menos si no se desea convertir a dicho principio en una mera regla genérica destinada a evitar cualquier reiteración de algo de cuyo contenido pueda a voluntad determinar el intérprete.

En mi opinión la postura de García Albero parte del mismo presupuesto que el aquí defendido y esta es que el concurso ideal es también un problema de injusto y por tanto la posibilidad de aplicar la misma sanción a un supuesto de unidad de acción y pluralidad de infracciones frente a los casos de pluralidad de acciones y pluralidad de infracciones queda vedada. Y si esto es así como el propio autor reconoce, es porque una valoración plural del mismo hecho estaría sancionando doblemente una misma cosa. Por otra parte entiendo que un tipo de injusto no siempre se presenta de la misma forma y ello obliga a que los distintos elementos que lo componen sí puedan ser objeto de una valoración autónoma. Piénsese por ejemplo en el caso de que el hecho quedase en tentativa: en este supuesto la falta de resultado tiene su propia valoración jurídica e independiente de los demás elementos frente al tipo consumado. ¿Por qué no puede entonces ser valorado de forma independiente la acción y el desvalor de la misma frente al resto de los elementos del tipo?.

*sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal”.*

No hay duda de que en un supuesto de concurso ideal hay identidad fáctica, pues esa es precisamente su base estructural; por tanto, si se duplican las penas aplicando las reglas del concurso real, tampoco hay duda de que se estará vulnerando el principio constitucional *ne bis in idem*.

Por lo tanto y de conformidad con lo hasta aquí expuesto no puedo concluir más que señalando que el concurso ideal de delitos sí es un tema de injusto. Y que precisamente por tratarse de un tema de injusto la consecuencia jurídica que para el mismo se prevea debe ser adecuada al mismo, esto es: una penalidad superior a la unidad delictiva pero inferior a la de la concurrencia real.

## **6.- EL CONCEPTO DE “UNIDAD DE ACCIÓN” Y “UNIDAD DE HECHO” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **6.1.- La “unidad de acción” como fundamento del concurso ideal según el Tribunal Supremo**

En lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observa, al hilo del cambio doctrinal de los años 70<sup>139</sup>, en virtud del cual se abandona como criterio delimitador de la unidad de acción el de la unidad de propósito, que el fundamento del concurso ideal se sitúa exclusivamente en la unidad de acción. Así, por ejemplo cabe citar la sentencia de 15 de marzo de 1988 (A. 2023) en la que se señala que:

---

<sup>139</sup> Vid. *supra*, sobre la jurisprudencia y doctrina que defendían la inclusión de la unidad de propósito en la unidad de acción, Capítulo V, 2.1.3.

*“la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal”*

140

La asunción de este criterio de la unidad de acción como sustrato del concurso ideal viene además acompañada por el rechazo del Tribunal Supremo a que el número de resultados derivados de una misma acción pueda afectar a esa unidad al efecto de apreciar la concurrencia ideal. Así la sentencia anteriormente citada añade que:

*“La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos”*

Esta misma doctrina es defendida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1987 (A. 6662), pero esta vez partiendo de la equivalencia existente entre los términos “acción” y “hecho”. Así señala que:

*“La unidad de acción en la que se cimienta o apoya el concurso ideal no coincide con el concepto general de acción según la teoría general del delito; aquella acción es equiparable a “hecho” que viene determinado por la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución correspondientes a los tipos de delitos concurrentes, sin que pierda su unidad por la pluralidad de resultados y de bienes jurídicos lesionados”.*

En esta misma línea cabe también citar la conocida sentencia sobre el “síndrome tóxico” (Caso del aceite de Colza), en la que se alude a otras razones para rechazar el criterio del resultado como determinante del concepto

---

<sup>140</sup> En el mismo sentido: Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1989 (A. 8482); 21 de mayo de 1990 (A. 4202); 9 de octubre 1990 (EDJ 1990/ 9131); 7 de febrero de 1991 (A. 902); 22 de mayo de 1993 (A. 4248); Auto de 20 de marzo de 1996 (A. 2000); 19 de septiembre de 1996 (EDJ 1996/ 6017); 12 de julio de 2000 (EDJ 2000/18348).



de unidad de acción del concurso ideal. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (A. 6783), indica sobre el particular lo siguiente:

*“El criterio del resultado no podía servir de criterio general, pues no todos los delitos tienen resultado material ni un resultado claramente diferencial de la acción, ello sin perjuicio de que la tentativa y la frustración, tampoco los delitos de resultado requieren la producción del mismo. Un criterio que requiere tantas excepciones con relación a situaciones particulares, en consecuencia no resulta plausible para explicar de una manera razonable la aplicación de la ley. El criterio del resultado, por lo demás no está impuesto por el legislador, dado que no es una consecuencia de que uno de los textos legales haga referencia al <<hecho>> (art. 68) como se pudiera creer. En realidad, los otros textos se refieren también a <<dos o más delitos o faltas>> (art. 69 y art. 69 bis Código penal de 1973). Una razón que explique la preferencia de la palabra <<hecho>> respecto de las otras expresiones utilizadas por el legislador no surge de los textos ni del contexto de la Ley. Pero, aunque se entendiera que la Ley se quisiera referir exclusivamente a <<hechos>> por oposición a <<acciones>> es indudable que, desde el punto de vista de una interpretación gramatical, tal entendimiento no parece adecuado para apuntalar el criterio del resultado, dado que el <<hecho>> que es objeto de una norma, se compone necesariamente de una acción, el resultado material es meramente contingente y, en consecuencia, puede formar parte o no del mismo”<sup>141</sup>.*

Como podemos comprobar de su lectura a los criterios aludidos por las sentencias anteriormente transcritas, esta sentencia añade dos nuevas razones para excluir el criterio del resultado: a) la presencia del resultado material no resulta necesaria en todos los delitos ni siquiera en los propios de resultado, cuyas tentativas también serán objeto de sanción, ni es exigido por todos los tipos para considerarlos consumados; b) dicho criterio no viene impuesto por el legislador.

---

<sup>141</sup> En sentido semejante se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de: 9 de noviembre de 1981 (A. 501); 8 de marzo de 1982 (A. 1520); 29 de septiembre de 1987 (A. 6662); 22 de mayo de 1993 (A. 4250); 2 de marzo de 1998 (A. 1757).

Consecuencia de esta interpretación es que el Tribunal Supremo no duda en admitir tanto el concurso ideal heterogéneo como el homogéneo <sup>142</sup>.

### **6.2.- El concepto de unidad de hecho según el Tribunal Supremo. La nueva doctrina jurisprudencial tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1997**

No obstante lo expuesto anteriormente, el panorama jurisprudencial sobre el concepto de unidad de acción no resulta tan claro desde la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1997 (EDJ 1997/ 3943) en la que se juzga a unos sujetos que lanzaron varios cócteles molotov al interior de una furgoneta de la Policía Autónoma Vasca. Uno de los cócteles penetró por una ventana de la citada furgoneta originando un incendio que le hizo al conductor perder el control del vehículo. A consecuencia de ello resultaron gravemente heridos cinco agentes, el conductor de la furgoneta y dos ciudadanas. La furgoneta también sufrió importantes daños.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa en sentencia de 1 de julio de 1996 condenó a los tres procesados, Unai, Aitor y Ander por cinco delitos de lesiones en concurso ideal con un delito de atentado con uso de armas, un delito de incendio y un delito de lesiones por imprudencia grave respecto de las dos ciudadanas atropelladas por la furgoneta en el momento en que ésta se incendió <sup>143</sup>.

El Ministerio Fiscal, en el recurso planteado, y partiendo del concepto de unidad de hecho, propuso que debían ser apreciados cinco delitos de homicidio frustrado en concurso real, sobre la base de la siguiente argumentación: “cuando los sujetos dirigen su actuación dolosa a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su

---

<sup>142</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 8 de marzo de 1982 (R. J. 1982/1520); 20 de marzo de 1998 (R. J 1998/2432); de 26 de febrero de 2002 (EDJ 2002/ 3902); 4 de marzo de 2002 (EDJ 2002/6526).

<sup>143</sup> Por la fecha de comisión de los hechos, 24 de marzo de 1995, resultaba de aplicación el Código penal de 1973.

comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto”. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación y mantiene la tesis del concurso ideal apreciada por la Sala de instancia, si bien para sostener este tipo de concurrencia introduce nuevamente el criterio de la intencionalidad del sujeto en la unidad de acción. En este sentido manifiesta la citada sentencia lo siguiente:

*“En principio la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuándo estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos- es decir si actúa con dolo directo- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecta directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado- previsto pero no directamente perseguido- es decir, cuando se actúa con dolo eventual, como sucede en el caso de autos, estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso”.*

La resolución parte del criterio de la unidad de acción como fundamento del concurso ideal y rechaza el criterio del resultado, citando incluso la sentencia del caso del aceite de colza como apoyo a su argumentación, pero afirma que la figura del concurso ideal no puede apreciarse cuando el sujeto

obra con dolo directo en la causación de los múltiples resultados. La razón de apreciar en estos casos concurso real, según señala la propia sentencia, viene dada por la antijuricidad de los hechos y por razones de culpabilidad. Esto no es más que una vuelta a la teoría defendida por Córdoba Roda, si bien, limitándola a los supuestos de dolo directo y, supone que para el Alto Tribunal no existe el concurso ideal de delitos de resultado si se cometen con dolo directo.

Ahora bien, si el sujeto actúa con dolo eventual, como era el caso de autos, entonces el Tribunal entiende que la unidad de acción no puede verse afectada por la multiplicidad de los resultados producidos y ha de apreciarse la concurrencia ideal porque: “la voluntad del sujeto afecta directamente a la acción y no al resultado”.

Esta postura la ha seguido manteniendo el Tribunal Supremo en las sentencias de 11 de febrero de 1998 (R. J. 1980) <sup>144</sup>, o en la de 24 de noviembre de 1999 (R. J. 8719) <sup>145</sup>. Esta última sentencia trata además de justificar la nueva corriente frente a lo sostenido por la de 23 de abril de 1992 (caso aceite de colza), de la siguiente manera:

*“La Sentencia, conocida como << Sentencia de la Colza >> es prototipo de un supuesto de responsabilidad penal por los productos, caracterizada por la indeterminación de los sujetos pasivos, frente a supuestos en los que, como el presente, la muerte de los sujetos pasivos es buscada de propósito”.*

Con ello parece que se introduce otro elemento a tener en cuenta en la unidad de acción: la naturaleza del sujeto pasivo del delito. Criterio que a mi

---

<sup>144</sup> Esta sentencia condena por un delito de incendio en concurso ideal con dos delitos de homicidio y otro de lesiones. En esta ocasión, con la intención de divertirse, un grupo de individuos prendieron fuego a un edificio en el que se encontraba una comunidad de “hippies”, resultando dos personas muertas y otra gravemente herida.

<sup>145</sup> En esta sentencia aún cuando se descarta por la forma comisiva de los hechos que se diera una unidad de acción, el tribunal reproduce a fin de clarificar cuando hay unidad de acción lo dispuesto por la sentencia de 11 de junio de 1997.

modo de ver carece de justificación, porque una vez que el delito de peligro se ha materializado en un resultado lesivo concreto, el sujeto deja de ser indeterminado y pasa a estar perfectamente identificado. Cosa distinta es que dada las características del delito de peligro, cuando éste se materialice en uno o varios resultados lesivos, el delito de peligro deba quedar absorbido por el de resultado o deba concurrir con él porque existan otros sujetos que aún no habiendo sufrido lesión alguna, sin embargo, también se hubieran visto afectados por el peligro creado. Este será el criterio para determinar la unidad de delito frente a la pluralidad, pero no como hace el Tribunal para resolver entre concurso ideal y real.

Además esta sentencia de 24 de noviembre de 1999 niega la posibilidad del concurso ideal homogéneo y para ello se apoya como ya lo hiciera Mir Puig en la literalidad del artículo 77 del Código penal.

Sin embargo, en mi opinión, con esta doctrina jurisprudencial no es cierto que no se admita el concurso ideal homogéneo pues si la pluralidad de resultados materiales que se deriven de una única acción están cometidos mediante dolo eventual el Tribunal aprecia concurso ideal, como ocurre en la propia sentencia de 11 de junio de 1997. Por lo tanto, lo que sostiene no es que no sea admisible dicha modalidad, sino que en caso de pluralidad de resultados materiales queridos directamente por el sujeto o como consecuencia necesaria de su acción, no cabe la apreciación del concurso ideal, pero no porque lo diga el artículo 77 del Código penal puesto que éste no establece distinción alguna

Curioso es sin embargo el último argumento utilizado en esta sentencia para justificar la aplicación de las reglas del concurso real frente a las del concurso ideal: *“porque la penalidad procedente no satisface el contenido de injusto”*.

En realidad este es el verdadero criterio que subyace en la decisión adoptada por el Tribunal Supremo. Un criterio que en mi opinión resulta muy peligroso, pues atiende sólo a criterios de justicia material en detrimento de los

principios de legalidad y seguridad jurídica que deben imperar en el Derecho penal.

Según esta última corriente jurisprudencial la concurrencia de delitos cometidos con dolo directo determina la aplicación de las reglas de la concurrencia real y las del ideal se reservan para los delitos cometidos con dolo eventual. Sin embargo cuando se tratan de infracciones cometidas con dolo de consecuencias necesarias el Alto Tribunal no tiene una postura clara sobre el tipo de concurrencia que ha de apreciarse. Así, por ejemplo la sentencia de 19 de octubre de 2001 (EDJ 2001/43533), haciendo referencia a la de 11 de junio de 1997 condena por dos delitos de homicidio en grado de tentativa, un delito de lesiones y un delito de fabricación de explosivos en concurso real porque el sujeto actuó con dolo directo de segundo grado tanto respecto de las lesiones como de las tentativas de homicidio y del delito daños <sup>146</sup>.

Pero esta sentencia aunque se apoye en la referida de 1997 parte en todos sus planteamientos del criterio del resultado para definir la unidad del hecho frente a la unidad de acción, pues sustenta su argumentación en que los tipos no sólo describen conductas sino también resultados.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002 (EDJ 2002/ 6526), en la que se condena por un delito de homicidio y un

---

<sup>146</sup> En esta ocasión se trataba de un sujeto que con la intención de asustar a un matrimonio con el que guardaba viejos rencores, adosó a cuatro envases de gas entre siete y diez cohetes en cada uno. Al encontrarse con los mismos en un autobús mantuvo una pelea con ellos llegando a explotar los cohetes. De la explosión resultó gravemente herido el marido, la mujer y el conductor sufrieron lesiones menos graves y se originaron daños en el autobús. En concreto dispone esta sentencia lo siguiente: “El concurso ideal, según la dicción literal del artículo 77 requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen cuenta, a los efectos del artículo 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad”.

delito de aborto, aplica las reglas del concurso ideal por entender que la exclusión de éstas sólo tiene lugar cuando se trata de delitos cometidos con dolo directo <sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> En esta sentencia el Tribunal Supremo, tras exponer la doctrina de la sentencia de 11 de junio de 1997 y para justificar las reglas del concurso ideal dice lo siguiente: “Según la teoría penal mientras en el concurso real existen varios hechos y varias infracciones, el denominado concurso ideal o formal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario.

Ha de reconocerse que no es una cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando el concurso ideal <<homogéneo>> se trata, es decir, cuándo cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal.

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuándo estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la Sentencia de 23 de abril de 1992 (caso Colza), <<partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y; en consecuencia, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos, (...) >>.

Ciñéndonos pues a aquéllos en que una sola acción constituye dos o más delitos, únicos que pueden tener relación con los hechos de esta causa, debe recordarse la doctrina sentada en la Sentencia de 23 de abril de 1992, vulgarmente conocida como del <<síndrome tóxico>>, ya citada. <<En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real lo decisivo es la unidad o pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados>>.

Ello enlaza con la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción afirmando que <<la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutivas cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real>>. La pena se dirige contra la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues <<el delito es una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano>>. Es indudable que si solo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.

Según la sentencia de 11 de febrero de 1988, si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues

### **6.3.- Valoración de la doctrina jurisprudencial**

Esta nueva corriente jurisprudencial supone una vuelta al criterio de la unidad de acción determinada por el contenido de la voluntad del sujeto que ya había defendido Córdoba Roda y que él mismo abandonó por resultar intrínsecamente incompatible con la propia concurrencia ideal.

En efecto, la unidad de propósito identificada con el dolo del sujeto en la realización de los tipos imposibilita la unidad de acción que sustenta el concurso ideal. Cabe, pues dar por reproducidas las críticas que a la postura inicial de Córdoba Roda se efectuaron por Vives Antón <sup>148</sup>.

El Tribunal Supremo, sin embargo, fundamenta esta postura en argumentos que en mi opinión carecen de entidad para definir el concepto de unidad de acción. Así, en primer lugar se apela a la mayor culpabilidad del sujeto que actúa con dolo directo que al que actúa con dolo eventual. Esto

---

si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos – es decir, si el mismo actúa con dolo directo- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado, previsto pero directamente perseguido, como sucede en el caso de autos, en el que el autor perseguía dar muerte a su mujer, asumiendo y aceptando que con ello provocaba la del feto no directamente perseguida, estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

En conclusión y contemplando el supuesto desde los datos del hecho probado, la acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto de la primera, y dolo de consecuencias necesaria respecto del aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravidez”.

<sup>148</sup> Vid. *supra*, Capítulo V, 5.1.



significa que la unidad de acción depende no sólo ya de la intención del sujeto sino también de la forma que adquiera su intención. Y por ello, entiende este Alto Tribunal que adquiere un mayor contenido de injusto el hecho si se realiza con dolo directo que dolo eventual, de tal forma que el primer caso requiere de la aplicación de las reglas del concurso real y en el segundo de las reglas del concurso ideal.

Por mi parte creo que la unidad de acción no tiene nada que ver con la culpabilidad, ni entendida ésta desde las posiciones causalistas ni de las finalistas <sup>149</sup>. Ésta determina si ha de exigirse o no responsabilidad por los hechos pero no debe condicionar la valoración de cómo han concurrido diversos delitos y por tanto, no debe afectar ni al concepto de unidad de acción sobre el que se sustenta la concurrencia ideal ni a la pluralidad delictiva en general.

Por esta misma razón el contenido de injusto de cómo se han realizado los hechos en concurrencia no puede valorarse en atención a la culpabilidad de los sujetos sino respecto de la realización de los hechos, esto es, con una única acción o de una pluralidad de ellas. Lo contrario puede conducir a que se sobrevalore en exceso el aspecto subjetivo de cada uno de los tipos en concurso hasta el punto de determinar el tipo de concurrencia.

Por otra parte, esta postura del Tribunal Supremo que conlleva excluir la figura del concurso ideal en los casos en que concurran delitos cometidos con dolo directo carece de apoyo legal. El Código penal, en principio, no hace distinción a la hora de imponer la pena de los delitos por el hecho de que se hayan cometido con dolo directo, con dolo de consecuencias necesarias o con dolo eventual, ni tampoco del texto del artículo 77 se excluye la concurrencia ideal de delitos realizados con dolo directo. Y por otra parte, si la concurrencia

---

<sup>149</sup> También CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 849, nota 100, considera que la culpabilidad no es relevante a los efectos de determinar el contenido de injusto de la concurrencia ideal frente a la real, porque no añade nada, sino que en todo caso resta, a la realización de un tipo de injusto.

de varios delitos cometidos con dolo directo merece una sanción más grave (concurso real) que si los mismos se han cometido con dolo eventual o con dolo de consecuencia necesarias (concurso ideal), ¿por qué esta diferencia punitiva no se traslada también a los supuestos de unidad de delito, más allá de lo que pueda resultar de la individualización judicial de la pena?.

Por todas las razones apuntadas no puedo compartir el concepto de la unidad de acción determinada por el criterio del resultado ni tampoco la postura del Tribunal Supremo de identificar la misma con la culpabilidad.

## **7.- EL CONCURSO IDEAL COMO UN “SUPERTIPO”**

### **7. 1.- Tesis de Mir Puig**

En 1987 Mir Puig comentando el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1985 entró a analizar una cuestión nueva, no planteada hasta entonces por la doctrina: “la del tipo subjetivo del concurso de delitos”<sup>150</sup>.

El supuesto de la sentencia citada consistía en lo siguiente: “El procesado, Miguel C, invidente total, sostuvo una discusión con Antonio S, invidente parcial, sobre la ocupación de un sitio determinado para vender el cupón de la O.N.C.E. Ambos se dirigieron insultos mutuos. El procesado Miguel C., dijo al segundo que su madre era una puta. Medió entonces un tercero, Antonio del P., jubilado de 70 años que alegó que la madre del otro Antonio había sido siempre una mujer decente. También replicó el ofendido, llamando a su vez “hijo de puta” al procesado. Este trató de atacar al que le insultaba y creyendo que se trataba del mismo, se abalanzó contra el jubilado

---

<sup>150</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 204.

Antonio del P., que se encontraba entre ambos, tirándole al suelo y golpeándole, causándole así lesiones en la cabeza y piernas”<sup>151</sup>.

En este supuesto de hecho analizado inicialmente concurría un error en el golpe o *aberratio ictus*, que posteriormente se convertía en un *error in persona*<sup>152</sup>. Para Mir, objetivamente era innegable que el autor había puesto en concreto peligro a una persona y había lesionado a otra distinta, por lo que desde este punto de vista había base para un concurso de delitos, pero, decía, que subjetivamente el autor creía durante todo el tiempo estar atacando a la misma persona, de suerte que las agresiones posteriores las realizaba para completar la agresión a una misma persona. “El sujeto desconoce, por tanto, *la situación de concurso de delitos*”, explicaba Mir, y en consecuencia la situación que el sujeto cree concurrente sería una unidad de hecho o de delito, del que las agresiones posteriores solo serían la continuación del ataque inicial<sup>153</sup>.

El problema que plantea este autor es si ante casos como el contemplado basta la concurrencia objetiva de la situación de concurso de delitos para que éste pueda apreciarse, o si el principio de culpabilidad en sentido amplio<sup>154</sup> exige para ello que el sujeto conozca dicha situación

---

<sup>151</sup> Tales hechos probados se condenaron por el Tribunal a *quo* como constitutivos de un delito de lesiones graves del artículo 420.3 del Código penal de 1973, y se impuso la pena de un año de prisión, la accesoria de suspensión y el pago de costas e indemnización civil se seiscientos treinta y dos mil pesetas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el procesado. Vid. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 203.

<sup>152</sup> Explica este autor lo siguiente: “que cuando se siente insultado por Antonio, Miguel dirige su agresión física al mismo, pero el acometimiento recae sobre el tercero interpuesto entre aquellos, a causa de la ceguera del agresor. Este primer ataque, que tal vez determinó ya que se cayese al suelo el afectado, pudo constituir un *aberratio ictus* o << error en el golpe >>, como afirmó la sentencia. Ello supone que el agresor no confundió previamente la identidad de su víctima.... En cambio, tras el primer golpe el agresor creyó haber alcanzado a Antonio, razón por la cual siguió golpeando al jubilado. A partir del segundo golpe el agresor confunde la identidad de la víctima y dirige físicamente a ella su ataque. Desde este momento concurre un *error in persona*”. Vid. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 206.

<sup>153</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 207.

<sup>154</sup> Así. MIR PUIG, en *El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985,

concurral. Y concluye que en casos como el analizado no cabe apreciar un concurso de delitos por no ser éste imputable subjetivamente según exige el principio de culpabilidad en sentido amplio <sup>155</sup>.

Dice Mir que si bien resultaba cierto que en el caso enjuiciado por la sentencia de referencia, apreciados los dos acontecimientos separadamente resultaba imputable al sujeto tanto la frustración inicial como la consumación posterior, también lo era el que como el sujeto creía que ambos ataques recaían sobre la misma persona, al consumir el hecho creía estar sólo completando su ejecución y no atacando un bien jurídico distinto. El ataque a dos bienes jurídicos distintos que objetivamente concurren, no es imputable subjetivamente, manifestaba este autor <sup>156</sup>.

A raíz de estas consideraciones Mir propone distinguir entre el tipo de un delito y *el tipo del concurso de delitos*, de tal forma que para apreciar este último se requiriese no sólo dos o más hechos que separadamente constituyesen delito, sino además, que pudieran estimarse conjuntamente como varios delitos, según indicaba. Una frustración y una consumación dolosa, decía, aunque separadamente puedan constituir delitos distintos, no darán lugar al tipo de concurso de delitos si se refieren a una misma víctima y se producen en una misma situación, aunque sí originaría la parte objetiva del denominado tipo de concurso si se refiriese a personas distintas. Del mismo modo, continuaba señalando, faltaría la parte subjetiva del tipo de concurso de delitos aunque el sujeto haya efectuado dolosamente un primer ataque frustrado seguido de un posterior delito consumado, si cree que ambos se refieren a una misma víctima. De esta forma exigía que para apreciar el tipo de concurso de

---

pp. 366 y 369-371, identifica la culpabilidad en sentido amplio con la total gravedad del delito imputable a su autor, y cuyos presupuestos responden a los principios de personalidad de la pena, responsabilidad por el hecho, exigencia de imputación objetiva, de dolo o culpa y la necesidad de la misma culpabilidad en sentido estricto que exige la imputabilidad del sujeto, la ausencia de causas de exculpación y la conciencia de antijuridicidad.

<sup>155</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 207.

<sup>156</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 208.

delitos en su parte subjetiva se requiriese algo más que la suma de dos hechos dolosos aisladamente considerados, esto es, el conocimiento de aquellos datos situacionales que permitiesen apreciar conjuntamente dos o más delitos; en nuestro ejemplo, que fueran distintas las víctimas del primer ataque frustrado y la de la posterior consumación<sup>157</sup>. Y además añadía, que no resultaba posible, por no permitirlo así el antiguo artículo 565 del Código penal de 1973, el imputar el concurso de delitos dolosos a título de imprudencia.

En definitiva concluía que “aunque objetivamente existiese la situación objetiva de concurso de delitos comentado (concurso de lesiones frustradas de A. S y dolosas consumadas de A. del P), dicha situación objetiva de concurso no sería imputable subjetivamente por desconocer el autor que dirigía su agresión a dos personas distintas. Si se admite la presencia de un *aberratio ictus* inicial que da lugar a unas lesiones frustradas y de un *error in persona* posterior que no impide el carácter doloso de las lesiones ulteriores, se dará, en efecto, la base objetiva de un concurso de delitos, pero faltará la parte subjetiva del tipo de concurso, que exigiría el conocimiento de que se atacaba a dos personas distintas: el procesado creía atacar en todo momento a una misma persona. Como el principio de culpabilidad impide imputar a alguien lo que no conoce o puede prever, y como hay que descartar la imputación imprudente de un concurso de delitos dolosos, la conclusión es que no cabe imputar un concurso de delitos a Miguel C. es correcta, pues, [para Mir], la apreciación de un único delito doloso de lesiones”<sup>158</sup>.

La idea de que la concurrencia de delitos pudiera dar lugar a un tipo de concurso de delitos con características específicas frente a los tipos de delitos también se la planteó Cuerda Riezu pero en unos términos distintos a los aquí expuestos. Pasaré primeramente a analizar las reflexiones de este último autor antes de exponer mi opinión al respecto.

---

<sup>157</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 208.

<sup>158</sup> Vid. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1987, p. 208.

## **7. 2.- Tesis de Cuerda Riezu**

Por su parte, Cuerda Riezu inicia su planteamiento partiendo del efecto del principio *ne bis in idem* más allá de establecer la diferencia entre un supuesto de unidad de delito y concurso delictivo, y se cuestiona en qué medida dicho principio constitucional puede afectar en la determinación de un sistema sancionador diferente para las distintas modalidades concursales. En este sentido manifiesta que la previsión de un mismo sistema sancionador para el concurso ideal y el concurso real sería contraria a la Constitución española al ser incompatible con el principio *ne bis in idem*.

Para sustentar esta afirmación parte de la idea de que el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto y, en consecuencia, no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impediría el principio *ne bis in idem* y el principio de proporcionalidad al que éste se encuentra vinculado. De ello se derivaría que la consecuencia jurídica que se ha de prever para el concurso ideal, sea cual fuera ésta, habría de ser siempre y necesariamente de inferior gravedad a la que se determine para el concurso real. En definitiva, afirma este autor que los tratamientos de ambos concursos no pueden ni deben coincidir nunca <sup>159</sup>.

Así, comparte con la autora alemana Puppe, que la prohibición de la doble valoración de unas mismas circunstancias de hecho, exige el mantenimiento del concurso ideal con un régimen penológico más benigno que el del concurso real. Y señala que si con un único disparo se provoca un aborto y el homicidio de la mujer embarazada, no es posible con el Derecho vigente aplicar el sistema de acumulación, porque ello supondría valorar la acción de disparar doblemente: una vez para el homicidio y otra vez para el aborto y tendría como consecuencia una penalidad desproporcionada, como si hubiera habido dos acciones (dos disparos) independientes. Ciertamente, según señala este

---

<sup>159</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 849.

autor, que la circunstancia de que el sujeto realice varios tipos de injusto con una o varias acciones obedece en ocasiones, a factores casuales, lo que no sería óbice para que el sujeto haya de responder por lo que hace, y si lo hace mediante una sola acción o hecho, el injusto siempre será menor <sup>160</sup>.

Pero, además de determinar el efecto del principio *ne bis in idem* en cuanto a la necesidad de establecer un sistema sancionador distinto para las diversas modalidades concursales, se plantea incluso si el propio concepto del concurso ideal se corresponde con lo postulado por el principio *ne bis in idem*, pues dicha modalidad concursal se caracteriza por la circunstancia de que un solo hecho constituya dos o más delitos al igual que la estructura del principio constitucional: “un *idem*, es decir el hecho, que representa varias infracciones, el *bis*”. Sin embargo, como señala este autor el que las estructuras coincidan no implica que la propia figura del concurso ideal sea contraria al *ne bis in idem*, pues como explica “la infracción del principio sólo se produciría si se sometiera a una doble valoración el *idem*, esto es considerando doblemente el hecho, como elemento de injusto independiente en dos realizaciones de tipos”. Por ello considera necesario que el legislador opte por una consecuencia jurídica para el concurso ideal que sea superior a la pena prevista para la unidad de delito pero también inferior al sistema de penalidad regulado para el concurso real <sup>161</sup>.

De esta estructura del concurso ideal Cuerda Riezu deriva la conclusión de que éste constituye un “*supertipo*”, que se caracteriza porque contiene elementos de injusto que son comunes a diferentes realizaciones de tipos y elementos de injusto que son diversos, pues se construye sobre la base de otros tipos, adoptando una configuración más compleja. Así, para este autor, de la misma manera que el legislador prevé figuras que representan un “déficit” frente a la figura delictiva “normal”, como ocurre en la tentativa y en la antigua frustración a las que le falta el resultado, también puede disponer una

---

<sup>160</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 849.

<sup>161</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 849-850.

institución que represente un “superávit”, en cuanto que contiene un mayor número de elementos de injusto que los “normales”. Pero se cuestiona si los elementos de injusto de este “supertipo” son meramente los derivados de los tipos más simples que abarca, o bien contiene además otros elementos suplementarios propios del “tipo de concurso”, como proponía Mir Puig<sup>162</sup>.

### **7.3.- Opinión personal**

En mi opinión, la idea de que el concurso ideal pudiera constituir un tipo especial distinto del tipo de delito unitario, o un “supertipo” como lo denominaba Cuerda Riezu resulta ciertamente interesante, si bien no comparto los presupuestos y fundamentos en los que Mir Puig lo formula en atención a las siguientes razones.

En primer lugar Mir Puig plantea este tipo especial de concurso sobre la base de un supuesto de hecho muy concreto y excepcional, por lo que tras su análisis se habrá de considerar si lo expuesto tendría la misma validez para los restantes supuestos o casos de concurso ideal, y asimismo, si sería válido para las restantes modalidades concursales, esto es, si en el concurso real y en el medial se ha de exigir además de su parte objetiva, acciones independientes, una parte subjetiva especial propia del tipo de concurso al que se refiera. Para ello, comenzaré analizando los argumentos que dicho autor propone en el comentario a la sentencia de 20 de abril de 1985.

Para Mir, la agresión física realizada por el invidente es tratada como si de dos o más hechos separados se tratara, cuando a mi entender se trata de una única acción en la que se ha producido una realización progresiva del mismo tipo de lesiones, una intensificación cuantitativa del mismo injusto, y por consiguiente la segunda acción que da lugar al *error in persona* no es más que un solo hecho respecto de la originaria que dio lugar al error en el golpe, o lo que es lo mismo el *error in persona* inmediatamente posterior no afecta a la

---

<sup>162</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 850.



pluralidad de delitos concurrentes. En este sentido, lo cierto es que la puesta en peligro del bien jurídico integridad física del otro invidente es una realidad, al igual que lo es el resultado lesivo sufrido por el jubilado, y que ambos delitos se han cometido mediante varios actos pero en unidad de acción.

Por consiguiente el sancionar como un solo delito doloso los acontecimientos resultaría, a mi parecer, injusto, en tanto han sido dos los bienes jurídicos efectivamente puestos en peligro o lesionados. Si además, tenemos en cuenta que el *error in persona* resulta irrelevante, la situación inicial originada por el error en el golpe no debería modificar dicha concurrencia delictiva en atención a la valoración jurídica que los hechos merecen a fin de abarcar todo su contenido de injusto.

Ciertamente tiene razón Mir Puig cuando señala que una frustración y una consumación dolosa no da lugar al tipo de concurso de delitos si se refieren a una misma víctima y ello lógicamente porque no existe una pluralidad de delitos sino uno sólo, ya que al tratarse de un supuesto en el que concurren los mismos sujetos y el mismo bien jurídico atacado, y las acciones se suceden sin interrupción, lo que se da es una unidad de delito. Y evidentemente en este caso se da la parte objetiva del tipo de concurso pues la frustración, hoy tentativa, se dirige a persona distinta de la que finalmente sufre las lesiones.

Ahora bien, la exigencia de una parte subjetiva especial que requiera para apreciar el concurso de delitos que el sujeto conozca de la existencia de dos víctimas y que por tanto dirija su agresión a dos personas distintas, o en general de la situación de concurso no creo que sea requerido por la figura del concurso ideal de delitos. Y no lo creo porque entonces no cabría posibilidad de sancionar nunca el error en el golpe mediante un concurso ideal. Piénsese, que en el error en el golpe el sujeto activo tampoco conoce que su agresión se dirige contra dos sujetos sino sólo contra uno y que por una desviación del mismo lesiona al tercero. Siendo esto así, entonces en estos casos tampoco se daría la parte subjetiva del tipo de concurso en los términos propuestos por Mir

que requiere de un dolo respecto de ambos sujetos y en el error en el golpe el sujeto sólo conoce de su ataque y de la víctima a la que lo dirige.

Esto mismo se podría trasladar a cualquier otro supuesto de concurso ideal en el que concurriese un delito doloso y un delito imprudente o bien la concurrencia fuera únicamente entre delitos imprudentes, pues sería muy difícil apreciar en el sujeto activo la existencia de un conocimiento de la situación concursal cuando es posible que ni siquiera lo tenga respecto de uno de los delitos concurrentes, si alguno de ellos o todos son delitos imprudentes, especialmente si la imprudencia es inconsciente.

Por otra parte, resulta curiosa la afirmación de Mir cuando exige en la parte subjetiva del tipo de concurso algo más que la suma de dos hechos dolosos aisladamente considerados si se tiene en cuenta que para este autor el concurso ideal no se da si se trata de delitos dolosos de resultado, pues para estos casos considera que se ha producido una multiplicidad de hechos que lo convierte en real <sup>163</sup>.

En definitiva, no creo que sea necesario que en el sujeto deban concurrir nuevos requisitos que vayan más allá de los que son necesarios para la imputación subjetiva de cada uno de los tipos en concurso, como exigencia propia del principio de culpabilidad en sentido amplio. Y tras la posible imputación de dichos delitos concurrentes corresponderá determinar si su comisión es debida a una unidad de acción, como sucedía en el caso comentado, o bien una pluralidad de ellas con el objeto de decidir si los mismos concurrían ideal o realmente.

---

<sup>163</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 6ª ed., 2002, p.627. Sobre el concepto de unidad de hecho como fundamento del concurso ideal vid. *supra*, Capítulo VI, 5.2.

Más complejo aún me parece aceptar la necesidad de ese elemento subjetivo especial del tipo de concurso cuando se trata de concurso real y medial.

Así, si en el concurso real las acciones son independientes los tipos se valorarán igualmente de forma independiente y en consecuencia no es necesario en modo alguno requerir por su propia definición ninguna parte subjetiva especial que vincule lo que ya es independiente.

Otra cosa podría pensarse respecto del concurso medial en tanto las acciones que dan lugar a los tipos independientes deben estar conectadas, no por una unidad de acción como en el caso del concurso ideal, pero sí por una necesidad instrumental. Para estos casos y siempre que la necesidad se entendiera en términos subjetivos, o al menos con carácter mixto, con tintes objetivos y subjetivos, podría exigirse para su apreciación un requisito subjetivo añadido que contemplase la necesidad de que en el sujeto además del dolo propio de los delitos concurrentes se diese otro referido a la relación medial que los vinculase. Pero esto, en mi opinión no sería más que una característica derivada de la propia esencia del concurso medial, pero no de la teoría del concurso en general, y siempre que considerásemos que la relación medial ha de ser subjetiva o, al menos, mixta. Realmente en los casos de concurso medial al concurrir sólo delitos dolosos este conocimiento de la situación concursal y por su especialidad consistente en vincular necesariamente los delitos en sí mismos independientes podría tener mayor fundamento que en las modalidades de concurso ideal y real. Pero, entonces sólo sería, como hemos dicho, un requisito específico de esta modalidad concursal.

En lo que se refiere a la tesis mantenida por Cuerda Riezu no tengo nada que objetar pues me parece impecable la configuración que de la institución del concurso ideal hace respecto del principio constitucional *ne bis in idem* y la consecuencia jurídica que de ello se deriva.

No obstante, respecto de la cuestión que se plantea de si los elementos de injusto de este supertipo son meramente los derivados de los tipos más simples que abarca, o bien contiene además, otros suplementarios propios del “tipo de concurso” como proponía Mir, he de señalar que en atención a lo anteriormente expuesto sobre la propuesta de este último autor, no considero que el supertipo o concurso ideal exija ningún elemento añadido a los propios de los tipos más simples que abarca. Si bien ello no quiere decir que el concurso ideal sea simplemente la suma de los tipos que en si mismo reúne, o mejor dicho, que dicha suma no revista una especialidad que diferencie el concurso ideal del resto de los supuestos concursales en los que también se suman distintos tipos.

En mi opinión, el concurso ideal efectivamente supone un “superávit” frente a los demás tipos de injustos normales, pues se trata de una concurrencia de estos últimos, pero, además, goza de unas características específicas que vienen dadas precisamente por su configuración estructural. Estructura que el propio Cuerda fija en esa unidad de acción que resulta común a los distintos tipos concurrentes y que lo hacen diferente de las demás modalidades concursales por su menor contenido de injusto.

Este vínculo de los tipos normales concurrentes, que es la unidad de acción, es el que condiciona no la valoración de los tipos concurrentes sino la determinación de la sanción merecedora por la realización unitaria de los mismos, pues como bien decía Cuerda existen elementos de injusto comunes a las diferentes realizaciones típicas que obliga a imponer un sistema sancionador al concurso ideal diferente al que se prevea para los supuestos de unidad de delito y para el resto de las modalidades concursales en las que no se da dicha vinculación.

Sin embargo, no soy partidaria de hablar de un tipo especial o de un supertipo en tanto ello pueda conducir a buscar esos elementos añadidos, distintos de los propios a los tipos concurrentes o a modificar el fundamento de esta institución concursal que acaben derivando, como ya ocurriese en nuestra

doctrina y jurisprudencia, en considerar esta figura como un delito compuesto o complejo y que desnaturalizase la figura del concurso ideal.

## **8.- CONCLUSIONES**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española siempre ha reconocido en el concurso ideal la existencia de una pluralidad delictiva. Por ello el debate nunca se ha centrado, como ocurriera en Alemania, en la idea de que el concurso ideal pudiera constituir un supuesto de unidad delictiva. La definición legal del concurso ideal en nuestros textos legales, las polémicas sobre si el mismo podía venir constituido por delitos y faltas o simplemente por éstas, y el hecho de que el concurso ideal se regulase conjuntamente con el concurso medial, un supuesto auténtico de pluralidad delictiva, hizo que nuestros autores afirmasen desde un principio la naturaleza plural de esta modalidad concursal.

La definición legal que se diera a la concurrencia ideal en nuestra legislación dejaba poco margen de duda, pues reconocía expresamente que un mismo hecho podía constituir dos o más delitos. La referencia al término “delitos” derivados de un mismo hecho resultaba mucho más clara que la redacción dada al precepto penal alemán, que aludía a “preceptos penales” en general.

Es evidente que la circunstancia de que un mismo hecho pueda vulnerar varios preceptos penales puede dar lugar tanto a un concurso de normas como o a un concurso ideal, según resulte necesaria la aplicación de uno solo o de varios de estos preceptos para cubrir el contenido de injusto total del hecho. De la valoración jurídica del hecho y de la interpretación de los tipos sobre el mismo dependerá la solución. Por el contrario, la alusión a que de un mismo hecho se deriven dos o más delitos se sitúa ya en una fase posterior, pues la fase de interpretación de los tipos y la valoración jurídica del hecho único ya se

ha efectuado y en consecuencia resultan de aplicación varios tipos penales y varios serán entonces los delitos concurrentes.

Sin embargo ni la doctrina ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo pudieron escapar de la influencia de los autores italianos a la hora de buscar el fundamento de esta figura concursal. Así, la unidad de propósito del agente frente a la unidad de acción se convirtió en el sustrato del concurso medial. Y en dicha unidad de fin se justificaba la benignidad de su consecuencia jurídica frente a la del concurso real. Pero este fundamento tuvo también como consecuencia, como también ocurriera con la doctrina italiana, que esta figura concursal se identificara con el delito complejo y/o el delito compuesto, y ello a su vez consiguiera difuminar las diferencias con la figura del concurso medial.

En efecto, en este sentido las aportaciones de Carrara, Pessina y Alimena tuvieron una importante repercusión entre nuestros autores de mediados del siglo pasado. En primer lugar, porque de la misma forma que estos autores, la doctrina española y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo identificaron como concurso ideal tanto los supuestos en los que con un solo hecho se cometiesen varios delitos, concurso ideal en sentido estricto, como cuando se realizase un delito como medio para la comisión de otro, concurso medial, porque ambos tenían el mismo fundamento jurídico: la unidad de propósito. No obstante, y a diferencia de estos autores se sostuvo la pluralidad delictiva de ambas figuras concursales.

Sin duda el hecho de que tanto el concurso ideal como el concurso medial estuvieran sancionados de la misma manera y su regulación apareciese en el mismo precepto penal contribuyó a que dicha teoría alcanzase un papel predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Y en segundo lugar, porque se utilizó también las denominaciones de delito compuesto y/o complejo para designar al concurso ideal y al concurso medial, aunque con la salvedad ya apuntada de que si para los autores italianos estos casos eran considerados como supuestos de unidad delictiva, para la

doctrina y jurisprudencia española a pasear del significado gramatical de la denominación, reconocían la naturaleza plural de los mismos.

El sistema de pena única que se preveía para estas modalidades concursales favoreció en gran medida la configuración del concurso ideal como una reunión de varios tipos penales en uno sólo merecedor de una pena inferior que la correspondiente a los supuestos de concurso real. La razón por la que dicha pena debía ser menos grave se sustentaba en la unidad de fin del agente, como criterio unificador de los tipos concurrentes frente a los supuestos de concurso real, en el que dada la pluralidad de fines propuestos por el sujeto y por tanto un mayor reproche social, merecía ser sancionado con mayor dureza.

En definitiva el debate se centró en buscar el criterio que delimitase las distintas modalidades concursales y en encontrar pues la razón de su diferente punición.

A partir de los años 70 se abandona este criterio de la unidad de fin como fundamento del concurso ideal y se sustituye por el criterio de la unidad de acción o hecho, sobre la base del tenor literal de la definición del concurso ideal de delitos. Es entonces cuando se complica la delimitación del concurso ideal pues ya no sólo ha de buscarse su fundamento frente al concurso real, sino también frente a los demás supuestos de unidad delictiva que participan del mismo presupuesto: la unidad de acción. Y es también en este momento cuando la influencia de los autores alemanes comienza a hacerse presente.

La concepción de la “unidad de acción” como fundamento del concurso ideal y de lo que por tal ha de entenderse constituye uno de los grandes problemas de interpretación para la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. En efecto, son varios los criterios que se han utilizado a la hora de definir y delimitar el contenido de la “unidad de acción”. Y en este sentido cabe señalar que aun cuando pudiera parecer que nuestro Tribunal Supremo acude al criterio de la unidad natural de acción para definirlo lo que en realidad utiliza son criterios de naturaleza puramente jurídica; como por ejemplo el recurso a las propias cláusulas que el legislador emplea en la redacción de los tipos y que en

determinados casos son interpretadas como referencias del mismo legislador a la exclusión de la unidad de acción; en otras ocasiones niega ésta en atención a que los delitos concurrentes se hayan cometido de forma dolosa; o acude a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro para afirmar o negar la unidad de acción. Es evidente que tales criterios en los que se pretende sustentar la unidad de acción no son criterios prejurídicos.

Mucho más acertado es el acudir al criterio jurídico que aportan los propios tipos concurrenentes, pues la unidad de acción como presupuesto del concurso ideal constituye una parcela de realidad que debe ser objeto de una valoración jurídica, una valoración que en estos casos será plural porque la aplicación de un solo tipo no resultará suficiente para abarcar todo el contenido de injusto de la misma. Y sin duda dicha valoración se habrá de realizar teniendo como referencia a los tipos penales como únicos parámetros sobre los que efectuar la misma. Ahora bien, entendiendo que la unidad de acción no depende del número de realizaciones típicas porque si así fuera el concurso ideal no existiría. Por tanto, lo que resulta común a los distintos tipos en concurrencia ideal son los actos de voluntad y desde una perspectiva jurídica éstos vienen determinados por los procesos ejecutivos o conducta típica de los mismos; de tal forma que como los procesos ejecutivos son los que resultan comunes a los distintos tipos que concurren, la identidad que medie entre los mismos es la que define el concepto de unidad de acción como fundamento de este tipo de concurrencia. Además, esta identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes es la que permite distinguir entre la unidad de acción propia de la concurrencia ideal de la unidad de acción presupuesto igualmente de la unidad de delito. En definitiva: la unidad de acción del concurso ideal es igual a la identidad de los procesos ejecutivos.

El concepto de la “unidad de hecho” por el que se entiende que el sustrato a valorar debe quedar conformado tanto por el momento ejecutivo o proceso de ejecución, como por el proceso causal y el resultado producido, acaba por introducir en la valoración otros criterios ajenos a los anteriores y



que nada tiene que ver con el concepto de unidad de acción ni de la unidad del hecho, según su propia definición. Así, por ejemplo, se alude por Córdoba Roda a la unidad de propósito; Mir Puig reduce el resultado producido al resultado exclusivamente material; o Joshi Jubert que lo relaciona directamente con los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados y con el objeto material portador de éstos.

Las consecuencias que se derivan de este concepto de “unidad de hecho” van mucho más allá del intento de definir el fundamento del concurso ideal, pues de lo que se trata es por un lado, de reducir el ámbito de aplicación de esta figura concursal hasta tal punto que la haga casi inexistente y por otro lado y como consecuencia de lo anterior establecer al margen de la ley un tratamiento sancionador unitario para todo los supuestos concursales.

En efecto, se ha llegado a cuestionar e incluso a negar el menor contenido de injusto del concurso ideal frente al real. Sin embargo, creo que no cabe duda que el concurso ideal es una cuestión de injusto penal. Los tipos están constituidos por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, y ambos determinan el contenido de injusto del comportamiento de un sujeto. Por ello, cuando un sujeto con una misma acción provoca la lesión o puesta en peligro de dos o más bienes jurídicos, su comportamiento tiene un contenido de injusto superior que cuando con una sola acción se lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico. En este caso, el desvalor de acción es idéntico para ambos supuestos pero no el desvalor de resultado, pues en el segundo de los casos mencionados la intensidad del desvalor de resultado, material o inmaterial, es superior. Y esto obliga a que la concurrencia ideal merezca una pena superior que en los casos de unidad de delito. Por esta misma razón no comporta de que desde el concepto de unidad de acción no se de relevancia alguna al desvalor de resultado. Todo lo contrario, pues precisamente lo que permite afirmar que el concurso ideal merece un tratamiento punitivo superior a los supuestos de unidad de delito es la mayor intensidad del desvalor de resultado.

Pero para diferenciar entre el concurso ideal y el real no es necesario acudir al desvalor de resultado pues dicha diferencia viene dada por el desvalor de acción. El desvalor de resultado es un elemento de injusto distinto e independiente del desvalor de acción, y no puede aumentar el desvalor de acción a través de su propio desvalor, según pretenden los partidarios del concepto de unidad del hecho. La diferencia entre el concurso ideal y el concurso real está precisamente en el desvalor de acción, pues en el primero la acción es única y en el segundo son múltiples las acciones desvaloradas. En consecuencia, la concurrencia ideal merece un tratamiento sancionador diferenciado al de la concurrencia real y además éste debe ser más benévolo cuando se trate de una concurrencia ideal se trate.

La necesidad de un tratamiento punitivo distinto para la concurrencia ideal de la real también viene exigida por el principio constitucional *ne bis in idem* y por el principio de proporcionalidad de las penas. Si la acción que constituye el sustrato de valoración es idéntica para cada una de las infracciones en concurso, el desvalor de la misma no puede ser tratado de la misma manera que si las acciones fuesen distintas, pues el desvalor que supone la reiteración de las acciones hará de éste un desvalor muy superior. Una solución punitiva idéntica para ambos supuestos vulnera el principio de proporcionalidad de las penas al tratar de la misma manera situaciones desvaloradas de manera diferente. Pero además constituye una vulneración del principio constitucional mencionada ya que en un supuesto de concurso ideal hay una identidad fáctica y si se duplican las penas aplicando las reglas del concurso real, se sanciona dos veces un mismo hecho.

La pretensión de los autores partidarios del concepto de la “unidad de hecho” de reducir el ámbito de aplicación de la figura del concurso ideal tiene lógicamente un razón, y ésta no es otra que la insuficiencia punitiva del principio de absorción agravada que prevé el Código penal para esta figura concursal. Pero en mi opinión el camino utilizado no es el adecuado, pues una consecuencia jurídica no debe modificar el presupuesto de una institución sino

al contrario. Definida la figura concursal respetando sus presupuestos si la consecuencia jurídica no es adecuada o proporcional a su contenido de injusto lo que habrá que modificar será ésta y no su contenido natural.

Ciertamente el concurso ideal supone un “superávit” frente a los demás tipos de injusto normales, pues se trata de una concurrencia de estos últimos y además goza de unas características específicas que viene dada precisamente por su configuración estructural: la unidad de acción como vínculo de unión entre los tipos concurrentes. Un vínculo que condiciona no la valoración de los tipos concurrentes sino la de la propia concurrencia. Sin embargo, no soy partidaria de hablar de un tipo especial o de un “supertipo”, como Mir Puig o Cerda Riezu, pues dicha denominación puede conducir a la búsqueda de unos elementos añadidos, distintos de los propios de los tipos concurrentes o a modificar el fundamento de esta institución concursal que acaben derivando, como ya ocurriese en nuestra doctrina y jurisprudencia, en una consideración del concurso ideal como un delito compuesto y/o complejo, que a la postre supone una desnaturalización de la figura del concurso ideal.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA IDENTIDAD DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS DE LAS INFRACCIONES EN CONCURSO IDEAL**

Como ya he indicado para concretar la unidad de acción propia al concurso ideal no es suficiente con definir la unidad de acción de cada modalidad típica; esto sólo es un presupuesto. La naturaleza jurídica de pluralidad delictiva del concurso ideal exige, además, delimitar cómo han de identificarse las distintas unidades de acción que se encuentra en la base de los tipos penales concurrentes, o como denomina la doctrina alemana, la identidad de los actos ejecutivos de los tipos concurrentes. El alcance que ha de tener esta identidad constituye el objeto de estudio del presente capítulo.

Como premisa es necesario fijar el inicio y fin del proceso ejecutivo de los tipos concurrentes. La doctrina alemana dominante fija el inicio del proceso ejecutivo en la tentativa punible, y el final del mismo lo sitúa en la terminación material del delito, abarcando más allá de la consumación pues, se incluye en dicho proceso ejecutivo también la terminación y el agotamiento del delito <sup>1</sup>.

En sentido contrario a esta opinión mayoritaria se ha manifestado Jakobs, quien limita el proceso ejecutivo a la consumación típica. Para este

---

<sup>1</sup> Cfr. WARDA, en *JuS*, cuaderno 3, 1964, p. 87; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II. 1981, p. 1014; STRATENWERHT, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 358; WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., alemana (1969), 1993, p. 274.

autor, llegar hasta la terminación del proceso ejecutivo supone atender a la realización de una intención que no caracteriza el ataque al bien jurídico, sino que pertenece a la actitud del autor. Por ello, concluye que si el proceso ejecutivo se extiende hasta su terminación, no se atenderá a las acciones del hecho, sino a las objetivaciones de una situación motivacional relevante en el hecho sólo de su expresión subjetiva<sup>2</sup>.

Y ello puede ser cierto respecto de la fase de agotamiento de un delito, pero no respecto de la fase de terminación de los mismos. Pues, la referencia a la consumación material y no formal tiene una especial importancia a la hora de establecer la concurrencia entre los delitos instantáneos y los delitos permanentes y por esta razón creo que se ha de atender a la misma si no se quiere dejar fuera del ámbito de la concurrencia delictiva a este tipo de delitos<sup>3</sup>.

Una vez delimitado el proceso ejecutivo que ha de constituir la base de los tipos concurrentes, procede analizar el grado o grados de identidad que entre los mismos permite apreciar la unidad de acción definidora del concurso ideal. A tal efecto, cabe entender que la exigencia de dicha identidad sea total y absoluta o que por el contrario, la identidad pueda ser simplemente parcial. Comencemos por la primera.

### **1.- LA IDENTIDAD TOTAL DE LOS ACTOS EJECUTIVOS DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES**

La identidad total de los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes significa que la actividad típica ejecutiva de los delitos en concurso coinciden plenamente. Por ejemplo, el que acomete físicamente contra un agente de la autoridad y le causa unas lesiones comete un delito de atentado y un delito de lesiones que concurren idealmente, al ser el proceso de acometimiento físico común a los dos delitos mencionados.

---

<sup>2</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, p. 1103.

<sup>3</sup> Vid. *infra*, Capítulo VI, 3.

En principio la doctrina española, ya sea partidaria del concepto de “unidad de acción” o “unidad de hecho”, manifiesta de forma unánime que la identidad total en los procesos ejecutivos permite la apreciación del concurso ideal <sup>4</sup>. Sin embargo ello no es del todo cierto, pues como vamos a comprobar a continuación, el concepto de “unidad de hecho” en realidad no admite la identidad total de los procesos ejecutivos concurrentes en los mismos términos que lo sostienen los partidarios del concepto de unidad de acción.

Para analizar esta cuestión voy a partir del supuesto prototipo de concurso ideal con identidad total y absoluta, como es el del delito de atentado que concurre con un delito de homicidio o un delito de lesiones. Así, en el caso de que se produjera un acometimiento físico contra un Agente de la Autoridad del que se derivasen lesiones o incluso la muerte para éste, la solución para los partidarios de la unidad de acción sería la de un concurso ideal entre un delito de lesiones u homicidio y un delito de atentado. Los autores que defienden la unidad de hecho también lo calificarían como un concurso ideal, pero, si

---

<sup>4</sup> Así por ejemplo, los partidarios del concepto de unidad de acción admiten la identidad total: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 491; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 152; del mismo, en *Enciclopedia penal básica*, t. I, 2002, p. 268; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 841; CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal*, 2ª ed., 1990, p. 497; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 3ª ed., p. 184; CUERDA RIEZU, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, t. I, p. 1365; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, tomo I, 2000, p. 1017 y ss.; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y concurso de Leyes Penales*, 1995, p. 302; del mismo, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., 2001, p. 431; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 1996, pp. 481; CHOCLÁN MONTALVO, en *Poder Judicial*, nº 49, 1998, p. 287; CONDE PUMPIDO FERREIRO, en *Código penal comentado*, t. II, 2004, p. 1550.

En el mismo sentido se pronuncian los partidarios de la unidad de hecho: QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. I, 2ª ed., 1966, pp. 381-382; CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 359; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 17, de acuerdo con el concepto de unidad de hecho, “cuando el presupuesto objetivo de los tipos concurrentes coinciden en parte, no puede decirse que el hecho, (el sustrato de valoración) sea uno sólo”; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 4ª ed., 1996, p. 661; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Poder Judicial*, nº 27, 1992, pp. 45-46; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 622 y ss.; CID MOLINÉ, en *ADPCP*, 1994, p. 50; SUÁREZ LÓPEZ, *El concurso real de delitos*, 2001, p. 83.

profundizamos en el supuesto y lo analizamos conforme a los postulados de esta teoría tendríamos que concluir que no se da tal concurso ideal pues no existe la identidad total exigida.

En efecto, como señala García Albero, la zona por la que se interfieren el delito de atentado y el de homicidio es la que consiste en el acometimiento físico al agente de la autoridad, pero se produce un “plus” respecto del delito de atentado, cual es el resultado material producido por dicho acometimiento, y por consiguiente, ajeno al sustrato de valoración del tipo de atentado<sup>5</sup>. Si la descripción típica del delito de atentado es la plantilla que recorta un fragmento de la actividad humana y por ello permite considerarla como constitutiva de una unidad de hecho, según explica Mir Puig<sup>6</sup>, el resultado lesivo producido por el acometimiento físico queda fuera de la misma y por consiguiente no habrá en el supuesto analizado la identidad que requiere la unidad de hecho como fundamento del concurso ideal. Y a la inversa, si partimos de la descripción típica del delito de lesiones u homicidio la condición de autoridad del sujeto pasivo del delito de atentado tampoco está prevista en el delito de lesiones u homicidio. En definitiva, se trataría de un supuesto de coincidencia sólo parcial y no podría entonces afirmarse la concurrencia ideal entre estos dos delitos, pues para estos autores la coincidencia parcial de los procesos ejecutivos no es suficiente<sup>7</sup>.

Sólo cabría la posibilidad de admitir la concurrencia ideal en atención a lo anteriormente expuesto si no se diera ese “plus” o resultado lesivo, porque el delito de homicidio o de lesiones quedase en tentativa. O bien porque el delito de atentado concurriese con otro delito que no exija la producción de un resultado lesivo, como por ejemplo el delito de injurias<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, p. 302; de este mismo autor en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Quintero Olivares, 2ª ed., 2001, p. 431.

<sup>6</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 626.

<sup>7</sup> Vid., *supra*, Capítulo V, 5.

<sup>8</sup> Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1990 (A 4149) acepta la

La incoherencia a la que conduce esta posición la explica García Albero poniendo el ejemplo de que si al colocar una bomba, ésta no explota y no se produce ningún resultado, sí podría apreciarse identidad total y por consiguiente concurso ideal, pues el proceso ejecutivo quedaría reducido a la acción de colocar la bomba; mientras que si se produce el resultado pretendido o parte del mismo, habría de apreciarse un concurso real <sup>9</sup>. En conclusión, se hace depender el tipo de concurrencia delictiva de parámetros distintos a los que el legislador ha previsto para la concurrencia, como es la producción o no de resultados.

Por el contrario desde el concepto de la unidad de acción y de la identidad de los actos o conductas típicas de los tipos concurrentes, la concurrencia ideal entre el delito de atentado y de lesiones o de homicidio no plantearía problema alguno si con el acto del acometer físico a un Agente de la Autoridad (atentado) se derivasen unas lesiones o incluso la muerte de éste, pues ese comportamiento o proceso ejecutivo sería idéntico para ambos delitos en concurso, ya que ni el proceso causal ni el resultado integran dicho concepto.

Por estas mismas razones, desde el concepto de la unidad de hecho tampoco cabría admitir el concurso ideal entre un delito de atentado y una pluralidad de resultados lesivos, como por ejemplo sucedería en el caso de que el acometimiento físico propio del atentado fuera dirigido a una pluralidad de Agentes de la Autoridad. La pluralidad de los resultados lesivos derivados de otros tantos cursos causales, que sin embargo provienen de la misma causa, multiplicaría, según estos autores, el número de hechos a razón del número de resultados producidos <sup>10</sup>.

---

posibilidad de un concurso de delitos entre los tipos específicos que protegen la dignidad de las instituciones y los tipos que tutelan el honor de sus miembros cuando la injuria trascienda a estos.

<sup>9</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, dirigido por Quintero Olivares, 2ª ed., 2001, p. 431.

<sup>10</sup> Igual ocurriría con el supuesto en el que un sujeto propine una brutal paliza a una



Por el contrario, como se expondrá más adelante <sup>11</sup>, si el resultado o los múltiples resultados son causados de manera imprudente, aún cuando el delito de atentado sea doloso, sí se admite la concurrencia ideal entre los mismos, lo que carece de justificación lógica pues el proceso de ejecución independientemente de la intención del sujeto será idéntico al existente en los casos anteriores.

Sin embargo, así se recoge en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la que podemos encontrar que supuestos idénticos son resueltos de manera diferente según se adopte el criterio de la unidad de acción o de la unidad de hecho, o ya se traten de delitos homogéneos o heterogéneos, aun cuando el común denominador sea el de un único proceso ejecutivo común a dos o más delitos.

Para demostrar este estado de la jurisprudencia española voy a estructurar su estudio partiendo del delito de atentado <sup>12</sup>, analizando las diversas posibilidades que pueden existir entre el proceso de ejecución consistente en el acometimiento a un agente de la autoridad y la realización de otro u otros delitos que produzcan un resultado o resultados homogéneos o heterogéneos; ya sean cometidos mediante dolo directo o dolo eventual; o bien no exijan la producción de ningún resultado material, dándose en todos los casos identidad total de los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes.

---

mujer embarazada de la que resulte la muerte del feto y la de la mujer. Aún siendo el mismo proceso ejecutivo (la paliza), al darse una pluralidad de resultados se multiplicarían los hechos, según la teoría de la unidad del hecho. En consecuencia no se daría el fundamento del concurso de ideal, y se castigaría como un concurso real aún habiéndose producido un único proceso ejecutivo cuya valoración exija sin embargo de la apreciación de dos tipos. Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1997 (EDJ 1998/1828).

<sup>11</sup> Vid. *supra*, Capítulo VII, 1.

<sup>12</sup> Define el Código Penal el delito de atentado en el artículo 550 de la siguiente manera: “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellos”.

a) En primer lugar analizaré el supuesto más sencillo, consistente en la concurrencia de dos delitos sin que ninguno de ellos requiera la producción de un resultado material. Por ejemplo un delito de atentado y una detención ilegal. En este sentido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2001 (EDJ 2001/15473) en la que se juzgaron los siguientes hechos: *“El acusado Rafael C. R., mayor de edad, y ejecutoriamente condenado en sentencia firme de fecha 5 de diciembre de 1997, por un delito de injuria a la pena de 6 meses de multa, el día 10 de enero de 2000, sobre las 9,15 horas, y provisto de un palo de madera de unos 30 centímetros de longitud, acabado en punta, en uno de sus extremos, y de un aparente y simulado aparato explosivo, configurado a modo de cuatro artefactos, carente de material explosivo o incendiario, con pilas alcalinas visibles, unidos entre sí por medio de una cinta, y provisto de una pinza con dos cables, sin su envoltura plástica, en cada uno de sus extremos y un trozo de papel en la pinza, a modo de aislante del contacto. Se dirigió al palacio de Justicia de Málaga, sito en el Paseo Reding s/n, y tras pasar el detector de metales de acceso al edificio, se personó en la antesala del despacho oficial del Ilmo. Sr. Presidente de la A. P. de Málaga, D. Manuel T. V., solicitando a su secretaria D<sup>a</sup> Cristina F. F. una entrevista con el Presidente, manifestándole ésta que no podía atenderle en ese momento y que debía pedir una cita previa, insistiendo el acusado en que era muy urgente, y ante la negativa de la secretaria, el acusado irrumpió en el despacho del Presidente dando voces y manifestando que tenía que atenderle en relación con la sentencia en que fue condenado y con la cual no estaba conforme, siendo requerido tanto por el Presidente, como por la secretaria, a que abandonara el despacho, ya que no podía ser atendido en dicho momento, por tener que celebrar un pleno con los Magistrados de las Salas Penales, advirtiéndole que iba a llamar a seguridad, y cuando la secretaria se disponía a salir del despacho, el acusado le dio un fuerte empujón, diciéndole que permaneciera en el fondo del despacho.*

*Acto seguido, la secretaria trató de llamar por teléfono al servicio de seguridad del edificio, momento en que el acusado sacó el objeto de madera punzante que portaba, anteriormente descrito, y conminó a ambos con el mismo, diciéndole a la secretaria que colgara el teléfono, y haciéndole saber que no se marcharía hasta que solucionara su problema, ante lo cual el Presidente le invitó a tomar asiento a fin de que explicara su caso, permaneciendo en dicha situación de 15 a 20 minutos, tratando de disuadirle en su actitud y advirtiéndole de los problemas que le podía acarrear su comportamiento, manifestándole el acusado que no se iría hasta solucionar su problema y que no creía en la justicia. A continuación llegó al despacho el Ilmo. Magistrado de la Sección segunda de esta Audiencia D. Joaquín D. B, invitándole el Presidente a que pasara, momento que fue aprovechado por la Secretaria para abandonar rápidamente el despacho, y avisar a los servicios de seguridad, que se personaron en el despacho junto a la Policía Nacional, y detuvieron al acusado que portaba en su mano el objeto punzante, y en el registro se le ocupó el aparato explosivo simulado, anteriormente descrito y una radio”.*

Por los hechos transcritos Rafael fue condenado como autor responsable de dos delitos de detención ilegal, uno de ellos en concurso ideal con un delito de atentado, pues sólo el Presidente de la Audiencia Provincial tiene la condición de autoridad y, el otro delito de detención ilegal por la privación de libertad de la secretaria en concurso real <sup>13</sup>.

Otro ejemplo podría ser cuando concurren un delito de detención ilegal y otro de prevaricación, pues ninguno de ellos requiere de la producción de un resultado material. Este supuesto fue contemplado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de julio de 1996 (A. 5426) y apreció la concurrencia ideal entre ambos delitos pues, según se indicaba en la misma con una misma acción, el haber dictado un auto injusto a sabiendas por el que se ordenaba la prisión

---

<sup>13</sup> Sobre la identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos permanentes, vid, Capítulo VI, 3.

preventiva de un individuo, se habían cometido dos delitos: uno de prevaricación y otro de detención ilegal.

Por tanto, en estos supuestos en los que los delitos concurrentes no requieren de la producción de un resultado material no plantea problema la aplicación del concurso ideal.

b) Un segundo grupo puede venir formado por aquellos casos en los que se produzca un delito de atentado y otro delito que sí exija la producción de un resultado material. En estos supuestos, los tribunales tampoco dudan en apreciar la concurrencia ideal.

Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/50498) sanciona por un delito de atentado en concurso ideal con una falta de lesiones, causadas éstas a un agente de la autoridad <sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> También: Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1979 (EDJ 1979/2138), por la que se condena un delito de atentado y otro de lesiones en concurso ideal; Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1989 (EDJ 1989/9505), en la que se castiga por un delito de asesinato y otro de atentado en concurso ideal, señalando el Tribunal que son precisamente estos casos en los que la lesión física o muerte de un representante de la Autoridad, atacado en tal condición, cubren más fácilmente las previsiones del concurso ideal en sentido estricto, por cuanto un solo hecho constituye lo que debe desembocar en la condena, como sanción única; Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1990 (EDJ 1990/11462), por la que se condena por un delito de atentado y otro de lesiones en concurso ideal; Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992 (EDJ 1992/4961), por la que se condena un delito de atentado y un delito de homicidio tentado en concurso ideal; Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1993 (EDJ 1993/4037), que sanciona por un delito de atentado y un delito de lesiones en concurso ideal; Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1995 (EDJ 1995/1487), que condena por un delito de atentado y un delito de asesinato frustrado; Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 (EDJ 1997/3179), por el que se condena en concurso ideal un delito de atentado y un homicidio intentado; Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª) de 1 de septiembre de 2001 (EDJ 2001/72705).

También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2002 (RJ 2002/5280), en la que se aplicaron las reglas del concurso ideal entre un delito de atentado y uno de robo violento por cuanto la violencia ejercida sobre los agentes de la autoridad era, al propio tiempo, la utilizada para robarles el arma y las llaves del vehículo policial.

Por tanto, se reconoce la identidad total entre los procesos ejecutivos propios del delito de atentado y el de lesiones sin perjuicio del resultado producido.

Esta concurrencia ideal es incluso apreciada cuando el delito de resultado concurre con más de un delito. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 1ª) de 18 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/71087), condena por un delito de atentado en concurso ideal con un delito de desórdenes públicos y un delito de lesiones, por lanzar en dos ocasiones objetos contundentes contra agentes que se encontraban formando un cordón de seguridad y golpear fuertemente sobre la puerta de una furgoneta, abriéndola y cerrándola hasta causar una lesión en la muñeca del agente que trataba de impedirlo <sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> También la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1997 (EDJ 1997/4235), aplica el concurso ideal entre un delito de atentado y otro de desórdenes públicos sobre la base de la unidad de acción que resulta común a ambos.

En sentido contrario no apreciando concurso ideal entre el delito de atentado y desórdenes públicos la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1998 (EDJ 1988/773). En la misma se juzgaba la actividad consistente en cruzar vehículos en la calle y lanzar una botella de plástico que contenía un cóctel molotov, a la que se le prende fuego previamente, contra uno de los Agentes, quien logró esquivarla, impactando en el edificio de la Bolsa que estaba a sus espaldas. Sin embargo en esta ocasión el Tribunal Supremo entiende que el delito de desórdenes públicos puede quedar integrado por la colocación de los vehículos y el ataque a la autoridad por lanzar el cóctel molotov. Así aunque ambas acciones se realicen durante el mismo hecho se ha de desmembrar para cubrir el delito de atentado por un lado y el de desórdenes públicos por otro. En mi opinión, cierto es que de ese mismo comportamiento de los sujetos se cubren dos tipos, el de desórdenes públicos y el de atentado, pero no lo es que se traten de hechos independientes como señala el Tribunal Supremo sino de un único proceso ejecutivo común a ambos tipos. El artículo 557 del Código penal dispone que: “serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ella circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”. En consecuencia, el lanzar los cócteles molotov forman parte de su proceso ejecutivo y a su vez, al estar dirigidos contra un Agente de la Autoridad, constituye un delito de atentado. Por lo tanto, la parcelación de los hechos que lleva a cabo el Tribunal Supremo carece de justificación legal alguna.

c) Una tercera posibilidad la configuran aquellos casos en los que el delito de atentado concurre con una pluralidad de delitos de los que se derivan una pluralidad de resultados heterogéneos, y en los que a pesar de que el proceso de ejecución de todos ellos resulta coincidente en su totalidad no se aprecia la concurrencia ideal. En este sentido cabe mencionar, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2002 (EDJ 2002/35928), en la que se condena por delito de atentado en concurso ideal con un delito de lesiones, y éste a su vez en concurso real con otro delito de daños, a pesar de la unidad de acción que entre todos ellos se dá <sup>16</sup>.

d) Otra posibilidad surge en los supuestos en los que el delito de atentado concurre con una pluralidad de delitos de resultados homogéneos y todos ellos se han cometido con dolo directo pero han quedado en grado de tentativa. Por

---

<sup>16</sup> El supuesto de hecho consistía en lo siguiente: “El acusado en unión de otras dos personas no identificada conducía un vehículo por la calle M de Madrid, cuando una patrulla de la policía nacional observó que la conducción era extraña sin respetar los semáforos, ni cruces de vehículos, por lo que optaron por darle el alto. Sin embargo, el acusado no detuvo el coche sino que emprendió una rápida carrera siendo perseguido por el vehículo furgoneta de la policía nacional que reclamó refuerzos a una patrulla que se encontraba en las proximidades del poblado B., quienes al ver el coche conducido por el acusado trataron de cortarle el paso. Para ello en la calle A., junto al camino P., le cerraron el paso bajando del coche policial, que iba señalizado con sus distintivos, sus luces luminosas; el policía nacional nº...13, reglamentariamente uniformado que se situó entre el coche patrulla y la valla de una huerta situada en ese lugar. El acusado, para huir, trató de dar marcha atrás pero ya había llegado la furgoneta de la policía que le venía persiguiendo, por lo que de manera brusca y con mucha velocidad fue hacia delante dirigiéndose contra el policía nacional nº...13 que le obstaculizaba el paso. El policía trató de apartarse pero fue golpeado por el coche, que además se llevó parte de la valla de la huerta existente en el lugar propiedad de Pedro cuya reparación alcanzó la suma de 325.000 pesetas, sufriendo el policía nacional lesiones en pierna, con desgarro en el tobillo izquierdo, que precisaron tratamiento médico inmovilizador”. El Tribunal Supremo no explica la razón por la que extrae del concurso ideal el delito de daños cuando el mismo se produce en el mismo acometimiento hacia el agente que origina las lesiones y el atentado. Probablemente, aunque no lo mencione este justificando dicha solución sobre la base de la unidad de hecho en la que la pluralidad de resultados multiplica el número de hechos y no sólo cuando los mismos son homogéneos sino también cuando son diferentes.

ejemplo, el supuesto de hecho contemplado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de mayo de 2000, nº del recurso 36/1985 (RJ 2000/2798), sobre el atentado terrorista contra un furgón que ocupaban 16 Guardias Civiles en la Plaza de la Republica Argentina de Madrid <sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Los hechos probados de esta sentencia fueron los siguientes: “En septiembre de 1985, los procesados Juan Manuel S. G y José Ignacio de J. C, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales en el momento de la comisión de los hechos enjuiciados en el presente procedimiento, eran miembros de ETA, entidad dotada de armas que, con invocadas metas abertzales, lleva a cabo ataques violentos contra la vida y la integridad de las personas y contra el patrimonio, e integrados en un comando de acción denominado “Madrid” (en adelante comando de Acción). La procesada Inés del R. P, mayor de edad y sin antecedentes penales en esas fechas, formaba parte también de ETA dentro del comando de información e infraestructura que operaba en Madrid en aquella época, cuya misión era prestar todo el apoyo logístico para que los miembros del comando de acción, pudieran realizar cuantas acciones constituían sus objetivos. A tal fin, dentro de las labores de infraestructura sobre el 14 de septiembre de 1984 alquiló un piso en la calle Jaime el Conquistador, de Madrid; y en el mes de febrero de 1985 alquiló un piso en la calle Carranza de la citada capital. Dentro de las labores de información su función era recabar, como así hizo, las necesarias sobre militares, empresarios y diversas personalidades del Estado, para perpetrar las correspondientes acciones delictivas.

A primeros del mes de mayo de 1985 le fue transmitida la noticia de que iba a entrar en Madrid un comando de acción, comunicando a la procesada fecha y lugar donde debía ir a recoger a los miembros del comando de acción. A mediados del mes de mayo de 1985, se trasladó a un bar sito en la localidad de Alcobendas (Madrid) donde recogió a Juan Manuel S. G. e Ignacio de J.C., trasladándose los tres procesados al piso de la calle Carranza el cual habitaron indistintamente con el ubicado en la calle Jaime el Conquistador, de esta capital hasta que en el mes de octubre abandonaron Madrid.

Dentro de las informaciones elaboradas por Inés del R. P. figuraba las concernientes a miembros de la Guardia Civil y en concreto a su traslado en autobús por diversas calles de Madrid para prestar sus servicios. Analizadas y seleccionadas por los procesados estas informaciones decidieron ejecutarlas mediante la colocación de un coche bomba al paso del vehículo donde iban los miembros de la Guardia Civil.

Para ejecutar las acciones propuestas, los procesados en días anteriores a la comisión de los hechos corroboraron mediante seguimientos y vigilancias, las informaciones suministradas por Inés del R. P. acerca del recorrido que habitualmente hacían diversos autobuses que trasportaban a los miembros de la Guardia Civil. Entre los vehículos que trasportaban a Guardias civiles, decidieron atacar en primer lugar contra el que circulaba por la zona de las calles de Juan Bravo y Príncipe de Vergara (Madrid), si bien al fallar el mecanismo de explosión, decidieron utilizar el coche bomba preparado con su mortal carga, contra el autobús que trasportaba a miembros de la Guardia Civil por la Plaza de la República Argentina.

El vehículo utilizado, marca Peugeot, modelo 505, con matrícula auténtica A, al que le habían sido colocadas las placas inauténticas B, fue recibido por los acusados de la

---

manera habitual es decir, recogiénolo de donde estaba aparcado en la calle Feraz (Madrid); el vehículo fue guardado en un garaje alquilado por miembros del comando de colaboración del que formaba parte Inés del R. P. en el garaje el vehículo fue cargado con una cantidad de explosivos que osciló entre 8 y 12 kilos de goma-2 y aproximadamente con una cantidad de metralla-tuercas y tornillos-, introducidos en recipientes apropiados, cercana a los dos kilogramos.

El día de los hechos, 9 de septiembre de 1985, salió de madrugada del piso de la calle carranza hacia un aparcamiento sito en la Plaza de Callao (Madrid), donde previamente había dejado estacionado el coche bomba preparado. Por su parte Ignacio de J. C. salió del mismo piso con la intención de apoderarse de un taxi, quedando ambos en reunirse en el Colegio Mayor Virgen de África próximo al lugar conocido como Puente de los Franceses (Madrid).

Juan Manuel S. G. llegó al lugar convenido entre las 5,30 horas y las 6,00 horas del día 9 de septiembre de 1985 conduciendo el vehículo cargado con el explosivo y la metralla teniendo que esperar la llegada del taxi que traía a Ignacio de J.C. quien había tomado el taxi matrícula C conducido por José V. V. en la Plaza de Lima de esta capital. Una vez en el lugar convenido redujeron a José V. V. a quien esposaron y le introdujeron en el maletero del taxi. Ignacio de J.C. se hizo cargo del vehículo cargado de explosivos y metralla, siguiéndole el taxi conducido por Juan Manuel S. G. en cuyo maletero iba José V. V. hacia la Plaza de la República Argentina, aparcando J. C. el coche- bomba en la citada plaza junto a la calle Carbonero y Sol. Ignacio de J. C. y Juan Manuel de S. G. como quiera que llegaron al lugar de los hechos una media hora antes de que pasara el vehículo trasportando a los miembros de la Guardia Civil, dieron una vuelta con el taxi, estando introducido en el maletero José V. V. por diversas calles de Madrid.

Poco minutos antes de la llegada del autobús de la Guardia Civil, llegaron ambos acusados de nuevo a la Plaza de la República Argentina, bajándose del taxi Ignacio de J.C. para activar el emisor que iba a producir la explosión. Juan Manuel S. G. mientras se bajo el otro etarra del taxi, se quedó esperando dentro del mismo, con el motor encendido en la confluencia de las calles Serrano y Joaquín Costa, sentido Manuel Becerra. Al pasar el autobús que traía a los miembros de la Guardia Civil, matrícula D a la altura del vehículo cargado con los explosivos y la metralla, Ignacio J. C. activó el emisor produciéndose la explosión, incorporándose inmediatamente hacia el taxi en el que le esperaba Juan Manuel de S. G, emprendiendo la huída por las calles Joaquín Costa, Francisco Silvela, hasta la Plaza de Manuel Becerra, aquí por la calle Álcala llegaron hasta la calle Conde de Peñalver, donde Ignacio de J.C. se bajó del taxi, quedando en encontrarse ambos acusados en la Plaza de Callao. Juan Manuel S. G. circuló con el taxi unos metros más, aparcando el taxi, con José V. V. en el maletero, frente al nº 4 de la calle Conde de Peñalver. Ante los gritos de José V. V. una persona joven no identificada abrió el maletero y rescató a José V. V. Juan Manuel S. G. se reunió con Ignacio de J.C., en la Plaza de Callao (Madrid) y juntos se fueron al piso de la calle Jaime el Conquistador, donde le esperaba Inés R. P.

Como consecuencia de la explosión murió el ciudadano norteamericano Eugene Kenneth B. que hacía ejercicio el lugar, y resultaron gravemente heridos los 16 Guardia Civiles que viajaban en el autobús, así como los transeúntes que se encontraban próximos al lugar de la explosión”.



Los referidos hechos fueron calificados por la Audiencia Nacional como un concurso ideal entre un delito de atentado y un delito de asesinato intentado, más diecisiete delitos de asesinato tentado, y un delito de asesinato consumado, un delito de estragos y de un delito de utilización ilegítima de vehículo a motor ajeno, con empleo de violencia y toma de rehenes para facilitar la ejecución. Y así, aún cuando los distintos delitos de resultado quedaron en grado de tentativa, la Audiencia Nacional no los integró en el concurso ideal. La razón quizás de esta solución no venía dada por entender que se daba una unidad de acción o de hecho, pues en ningún momento los fundamentos jurídicos de la sentencia hace referencia a ello, sino por la forma en la que el delito de atentado quedaba configurada por la legislación anterior. En efecto el artículo 233 del Código penal de 1973 preveía un supuesto de atentado con resultado de lesiones o muerte como un delito complejo y siguiendo la corriente jurisprudencial que para estos casos existía, uno sólo de los delitos integraba el complejo y los restantes se penaban por separado <sup>18</sup>. No obstante la sentencia, no hace referencia al complejo sino a un concurso ideal en esa eterna confusión que en nuestra jurisprudencia se da entre la figura del

---

<sup>18</sup> El Código penal de 1973 disponía en su artículo 233 lo siguiente: “El que atentare contra un ministro en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, aun cuando hubiera cesado en ellas, incurrirá en la pena de reclusión mayor en su grado máximo si a consecuencia del hecho resultare muerte o lesiones de las comprendidas en los artículos 418, 419 o 421 y en la de reclusión mayor en los demás casos.

Se impondrá las mismas penas del párrafo anterior, en sus respectivos casos, al que atentare contra la autoridad o funcionario en el desempeño de misión o cargo de especial trascendencia para la seguridad pública o con motivo u ocasión de su ejercicio, aun cuando hubiere cesado en dichas funciones o cargo.

Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentaren contra miembros de las Fuerzas armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales”.

En el Código penal de 1995 ha desaparecido la cláusula anteriormente transcrita.

delito complejo y el concurso ideal y a la que ya hemos hecho referencia en capítulos anteriores <sup>19</sup>.

Por el contrario y aplicando el nuevo Código penal sí se ha apreciado el concurso ideal entre el delito de atentado y dos delitos de homicidio en grado de tentativa. Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª) de 18 de junio de 2001 (EDJ 2001/54117)<sup>20</sup>. En idéntico

---

<sup>19</sup> Vid., *supra* Capítulo V, 2.

<sup>20</sup> Los hechos probados fueron: “ Sobre las 1 y 1,30 horas respectivamente de la madrugada del día 28 de agosto de 1999 fueron ingresados en el Módulo Penitenciario del “Hospital I” de Huelva por autolesionarse los procesados Miguel y Jesús de 26 y 20 años de edad, procedentes de la Prisión Provincial donde el primero cumplía condena, clasificado de segundo grado penitenciario, por delitos de homicidio, robo con violencia y lesiones, ejecutoriamente condenados por sentencias firme y el segundo como preso cautelar.

Una vez hospitalizados: A.- Compartiendo habitación, y puestos de acuerdo para fugarse, a partir de las 4,30 horas de la madrugada llamaron la atención de los funcionarios de Policía que los custodiaban mediante ruidos que provocaron que acudieran los únicos Agentes de servicio, José y Cristóbal, hasta dos veces; en la segunda ocasión, éste último tras encender la luz de la habitación y examinar el interior por la mirilla, notó que precipitadamente Miguel y Jesús se cubrían en sus camas para simular que dormían, abrió y entró para recoger un objeto metálico que vio en poder de Jesús y cuando trataba de retirárselo, aprovechó Miguel para propinarle, de espaldas, un fuerte golpe en la cabeza con una barra de hierro, parte del gotero de suero, que hizo al Agente caer de rodillas al suelo, y al levantarse de nuevo le dio en la frente con la cabeza, un puñetazo, repetidos golpes de la cabeza contra la pared, y con un absoluto desprecio de las consecuencias mortales que el ataque pudiera tener para el Agente, que ya con la vista nublada no podía tenerse en pie y aún Miguel le colocó un objeto punzante en el cuello gritándole “te mato, te mato”. Al observar la agresión José en defensa de su compañero, sin poder evitar que Jesús le golpeará igualmente en la cabeza con un objeto contundente, admitiendo el resultado letal que pudiera tener el ataque, como demostraba con sus actos y expresiones. Y tratando de defenderse el Agente José forcejeó con él mientras Miguel salía corriendo de la habitación y se dirigía por el pasillo del módulo hacia el puesto policial de control, en tanto Jesús le gritaba “busca las pipas-pistolas- y mátalos”. Miguel registró inútilmente el puesto, sin hallar las pistolas gracias a que los Agentes las tenían bien guardadas. Al llegar Cristóbal para tratar de impedir que continuara en su empeño, de nuevo Miguel le golpeó fuertemente en la cabeza, esta vez con una manecilla de elevar camas, que le dejó abatido. José logró alcanzar el puesto de control, forcejeando con Jesús que seguía animando a Miguel para que se hiciera con las pistolas, insistiéndole a su compañero que tenía que matarlos: por fin Miguel consiguió accionar el sistema de apertura de la puerta de salida, por la que huyeron corriendo uno tras otro, logrando así darse a la fuga.

sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995/757) consideró que los daños físicos ocasionados a dos agentes de la autoridad, y el intento reiterado de matar a uno de ellos eran actos integrantes, en progresión ascendente, de una unidad de acción: la conducta violenta dirigida a escapar; aplicándose la sanción correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, de acuerdo con la regla prevista en el artículo 77<sup>21</sup>.

Por tanto, si se trata de delitos de resultado homogéneos y éstos no llegan a producirse por causa independiente a la voluntad del sujeto sí se aprecia por los tribunales la concurrencia ideal de delitos.

e) Otra posibilidad se da en aquellos casos en los que el acometimiento físico se dirige a una pluralidad de agentes de la autoridad y causa una pluralidad de resultados pero con dolo eventual. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1997 (EDJ 1997/3943)<sup>22</sup>, a

---

Por los repetidos ataques Cristóbal sufrió traumatismo craneoencefálico, fractura y herida del cuarto dedo de la mano derecha, múltiples contusiones y un síndrome depresivo postraumático. José tuvo herida peri orbitaria izquierda, hematoma ocular y taquicardia inusual, por lo que necesitó tratamiento médico quirúrgico, con sutura”.

Por estos hechos la Audiencia les condenó a un concurso ideal entre delito de atentado a Agentes de la Autoridad y dos delitos de homicidio en grado de tentativa, y ello en concurso medial con delito de quebrantamiento de condena

<sup>21</sup> También, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995/757), condenó en concurso ideal un delito de atentado y una tentativa de homicidio, en la que se trató de matar a un policía sin conseguirlo a pesar de haber accionado varias veces el gatillo de un revólver.

<sup>22</sup> Los hechos declarados probados fueron los siguientes: “El día 24 de marzo de 1995, sobre las 19,30 horas, salió de la Comisaría de Rentería una furgoneta de la Erzaintza, con una dotación de cinco agentes. El referido vehículo se dirigía a la Estación T., pues estaba convocada para las 20 horas una manifestación en el curso de una llamada “jornada de lucha” y el citado lugar era un punto habitual de incidentes en dichas ocasiones.

Sobre las 19,40 horas, la furgoneta, tras haber atravesado la Alameda, accedió desde la calle X a la Plaza del mismo nombre en dirección a la calle P, paso obligado para dirigirse a la Estación T. En dicho momento el procesado, Ander se encontraba subido en las escaleras del Kiosco, sito en el extremo de la Plaza más próximo a la calle x. Los otros dos procesados, Unai y Aitor, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se encontraban situados junto con otras personas en los bancos más alejados de la calzada, sitios en la parte opuesta de la Plaza.

la que ya hemos hecho referencia anteriormente por su especialidad, condenó por cinco delitos de homicidio en grado de frustración en concurso ideal con sendos delitos de atentado <sup>23</sup>, con uno de incendio y otro de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Sin embargo, sin esta ocasión el Supremo opta por la concurrencia ideal entre estos delito no lo hace sobre la base de la unidad de acción o unidad de hecho, o la identidad que entre los procesos ejecutivos medie, sino por el dolo concurrente en los autores del hecho. Así señalaba que:

*“concorre el denominado concurso ideal cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (art. 71 CP de 1973). Ha de reconocerse que no es una cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal homogéneo se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal. El Ministerio Fiscal defiende la existencia en tales casos de un concurso real «cuando...los sujetos dirigen su actuación dolosa a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente producen»,*

---

Al aparecer la furgoneta en la Plaza, Ander alteró a los otros coprocesados con voces “ahora, ahora”. Avisando el grupo, sus componentes se cubrieron el rostro con pasamontañas, sudaderas o cualquier otra prenda que les ocultaba el rostro, se aproximaron a la calzada y lanzaron varios “cócteles molotov” contra la furgoneta cuando la misma discurría entre los números 7 y 9 de la Plaza.

A pesar de que la furgoneta circulaba con las ventanillas cerradas, algunos de los artefactos penetró en el interior de la furgoneta por la ventanilla correspondiente al conductor. El artefacto produjo un incendio en el interior de la furgoneta, extendiéndose las llamas rápidamente desde la posición del conductor hasta el resto del habitáculo. El conductor, Jon, afectado por el fuego perdió el control del vehículo que dando bandazos, fue a colisionar contra una valla situada a la altura del número 1 de la calle P, alcanzando en su trayectoria a dos jóvenes que se hallaban en el lugar, Amaia y Estíbalitz. Después de la colisión la furgoneta en llamas, quedó cruzada en medio de la calzada. Seguidamente los integrantes del grupo huyeron en dirección a Plaza HA consecuencia del hecho se le causaron lesiones a los 5 integrantes de la furgoneta de diversa consideración. Estíbalitz quien también sufrió varias heridas”.

<sup>23</sup> Es sin embargo mayoritaria la doctrina que entiende que el número de agentes que puedan verse afectados por la acometida no determina pluralidad de delitos de atentados dada la naturaleza del bien jurídico que se protege en este delito. Así, Sentencias del Tribunal Supremo: de 22 de marzo de 1993 (A. 650); 23 de marzo de 1999 (A.8089); 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8089); 21 de enero de 2002 (A. 1570).

«puesto que la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado,....». y cita como ejemplo las sentencias que han aceptado dicha tesis las de los llamados «caso Amedo», «caso abogados de Atocha» y el «caso Hipercon» .

En principio, la base del concurso ideal, la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuándo estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la sentencia de 23 de abril 1992 («caso colza»), partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos. Cosa distinta, por tanto, es que los resultados fueran directamente queridos por el sujeto.

Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido de la voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos- es decir, si el mismo actúa con «dolo directo», y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de «varios hechos» punibles en concurso real. Así, tratándose la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado, como sucede en el caso de autos, estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso”.

e) Y por último, se ha de analizar el supuesto en el que el delito de atentado concurre con otros delitos de resultado homogéneos que hayan sido cometidos con dolo directo y queden consumados. En estos casos la

jurisprudencia no es unánime pues podemos encontrar resoluciones contrapuestas. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8573) confirma la condena del acusado por un delito de atentado y dos faltas de lesiones, (además de un delito de robo), en concurso real, por enfrentarse a dos agentes de la autoridad que trataban de detenerlo, causándoles diversas lesiones físicas que precisaron de una sola asistencia facultativa <sup>24</sup>.

Por el contrario, la Sentencia de 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2697) se condena por un delito de atentado y dos faltas de lesiones en concurso ideal (además de un delito de robo y otra falta de lesiones) por unos hechos idénticos a los de la sentencia anteriormente citada.

### **1.1.- Conclusiones**

Conforme a este análisis sobre la concurrencia de unos mismos delitos, el de atentado y de lesiones y/o homicidio, se puede concluir que la jurisprudencia no fundamenta el concurso ideal de una manera clara y precisa en la identidad de los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes, pues dándose tal identidad las soluciones jurídicas que ofrece son muy diferentes. Por el contrario, circunstancias tales como la pluralidad de resultados materiales ya sean homogéneos o heterogéneos, el que se produzca el resultado prohibido o quede la infracción en grado de tentativa, se dé dolo directo o dolo eventual, puede determinar para la jurisprudencia el tipo de concurso a aplicar, aun cuando los hechos concurrentes sean idénticos.

Realmente en todos los casos que hemos expuesto el comportamiento llevado a cabo por el sujeto activo es el mismo: agresión al agente de la autoridad ya sea mediante un coche bomba, o mediante “cócteles molotov”, o armas. Pero son otros datos externos a la actividad típica como el dolo del

---

<sup>24</sup> En idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1999 (RJ 1999/3202).

sujeto, el grado de ejecución, el número de sujetos pasivos o la naturaleza del resultado producido, los que determinan la solución a favor del concurso real o del ideal. Sin embargo, en todos ellos existe una identidad total entre las actividades típicas de los delitos concurrentes que nunca se analiza ni se menciona y que es precisamente la que determina que estos supuestos tengan un contenido de injusto inferior al de quien realiza diversos procesos ejecutivos todos ellos independientes entre sí. La consecuencia, sin duda de esta valoración de datos extraños al concurso ideal genera una inseguridad jurídica nada deseable.

Cierto es que, en algunos de los supuestos, como por ejemplo cuando de un atentado terrorista se deriven una pluralidad de resultados lesivos, la consecuencia jurídica que prevé el legislador para el concurso ideal no sea acorde tampoco con la gravedad del injusto, pero ello no debe justificar que se sancionen hechos doblemente o lo que es lo mismo se castiguen hechos que se encuentran en unidad de acción como supuestos absolutamente independientes. Las combinaciones que efectúa la jurisprudencia apreciando determinados delitos en concurrencia ideal y desmembrando otros, no responde más que a la necesidad de buscar una respuesta punitiva adecuada al contenido de injusto de los hechos porque la consecuencia jurídica del concurso ideal resulta claramente insuficiente. Pero en mi opinión no es éste el camino más correcto.

La solución no puede venir dada por dejar a los tribunales que busquen la pena adecuada a cada caso en concreto al margen de la esencia o fundamento de las instituciones, sino en establecer legalmente unas consecuencias punitivas más acordes al fundamento de las instituciones concursales.

Por último, he de corroborar lo ya manifestado anteriormente de que los partidarios de la unidad de hecho, a pesar de sus manifestaciones admitiendo la identidad total de los procesos ejecutivos como modalidad de concurso ideal, no la pueden reconocer siendo coherentes con sus postulados. Prueba de ello lo es por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 (EDJ

2003/50853)<sup>25</sup>, en la que se condena por dos delitos de secuestro en concurso real a pesar de haberse efectuado el encierro mediante una sola acción, sobre la base de la teoría de la unidad del hecho. En esta sentencia manifiesta el Tribunal Supremo que en tanto se tratan de dos delitos dolosos, aún habiéndose producido una única acción se dan dos hechos independientes que determinan la aplicación de las reglas del concurso real. No existe un supuesto más claro de identidad total de los procesos ejecutivos de dos delitos concurrentes que el que aquí se juzga ya que la actividad típica de ambos es coincidente en su totalidad y sin embargo el hecho de que sean dos los bienes jurídicos atacados y lesionados, pues no existe en este delito un resultado material, determina para el Tribunal Supremo que no se da la unidad de acción o de hecho que se requiere para la apreciación del concurso ideal. Por consiguiente, si en este supuesto no se da la concurrencia ideal, la pregunta sería cuándo es posible dicha concurrencia, sin que se olvide que para que exista concurso ideal, por su propia naturaleza serán siempre dos o más los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro.

## **2.- LA IDENTIDAD PARCIAL ENTRE LOS PROCESOS EJECUTIVOS DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES**

En principio varios son los tipos de identidad parcial que pueden darse entre los procesos ejecutivos de las infracciones concurrentes. En primer lugar, cabe mencionar aquella que consiste en que uno de los delitos comprenda en sí la totalidad de la actividad ejecutiva del otro delito, como por ejemplo sucede

---

<sup>25</sup> Esta sentencia condena por dos delitos de secuestro en concurso real porque considera que si bien los acusados ejecutaron el secuestro de dos personas en un único curso causal, integrado por la acción violenta en la que privaron de libertad a la víctima y a su hijo de seis meses al encerrarlos en una vivienda, impidiendo a la primera hacer uso de su libertad personal, tanto como para hacer efectiva la del menor que custodiaba, se trataba de una sola acción, pero de dos hechos, por lo que debían ser condenados los dos delitos de secuestro de forma independiente.



en el caso en que la violencia empleada en el delito de violación sea a su vez la causante de las lesiones que integren un delito o falta de lesiones <sup>26</sup>. Sin embargo, otros autores como Sanz Morán <sup>27</sup>, García Albero <sup>28</sup> y González Rus <sup>29</sup> entienden que en estos casos lo que se da realmente es una identidad total ya que tanto en el caso de que la actividad típica ejecutiva o acción coincida completamente en los delitos concurrentes, como cuando el hecho integrante de un delito sea parte de otro hecho descrito en una figura más amplia de infracción, existe un mismo hecho común a ambas infracciones.

En mi opinión, tienen razón estos últimos autores en considerar estos casos como supuestos de identidad total, pues como señala García Albero si la unidad se ha de afirmar siempre desde la perspectiva de uno de los tipos “una parte de cuya realización concreta resulta inescindible de la realización de otro tipo, el que uno de los hechos contenga elementos adicionales no quita ni añade nada a la relación de identidad” <sup>30</sup>, pues ciertamente sigue siendo un único proceso ejecutivo el que ha de valorarse conforme a dos o varias infracciones penales y todos los actos ejecutivos resultan finalmente comunes a uno de los tipos.

Considerando, pues esta modalidad como un supuesto de identidad total, la identidad parcial queda reducida a aquellos supuestos en que las actividades típicas se corten presentado sólo una zona común. La diferencia que existe entre los casos anteriores y éstos, como muy bien explicó Sanz

---

<sup>26</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 357.; CONDE PUMPIDO, *Derecho penal*, 2ª ed., 1990, p. 497; MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 1993, p. 408; CID MOLINÉ, en *ADPCP*, 1994, pp. 50-51; CUERDA RIEZU, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 1365.

<sup>27</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 152. En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1986, p. 457-458.

<sup>28</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes penales*, 1995, p. 318.

<sup>29</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, t. I, 2000, p. 1018.

<sup>30</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes penales*, 1995, pp. 317-318.

Morán, estriba en que en la primera, uno de los delitos, además de contener el hecho que sirve de base al otro delito, posee elementos fácticos adicionales, es decir, su proceso ejecutivo abarca y sobrepasa el proceso ejecutivo que está en la base del otro tipo, mientras que en esta identidad parcial de los actos de ejecución existe una zona común pero con elementos fácticos tanto de uno como del otro delito que no concurren o como gráficamente describe Sanz Morán como dos círculos secantes <sup>31</sup>.

Esta última identidad es aceptada unánimemente por la doctrina alemana, si bien para que exista, se exige algo más que la mera simultaneidad o coincidencia temporal y espacial en la realización de los actos ejecutivos, esto es, se ha de producir una verdadera intersección objetiva entre las acciones de los diferentes procesos ejecutivos <sup>32</sup>. Así lo expresa Jakobs, al explicar que “se requiere que los actos de ejecución de la voluntad, mediante los que se realiza el tipo de las distintas acciones punibles, coincidan, si no completamente, sí en parte, de modo que al menos una parte de la acción unitaria contribuya a la realización del tipo de ambos delitos” <sup>33</sup>.

Esta advertencia que se efectúa de manera constante por la doctrina alemana sobre la necesidad de que la identidad entre los procesos ejecutivos de las infracciones concurrentes sea objetiva y que no es suficiente con la mera simultaneidad o coincidencia temporal o espacial proviene del permanente intento de delimitar los supuestos de concurrencia ideal del concurso de leyes o normas. En efecto, el ejemplo que comúnmente se propone para negar la

---

<sup>31</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 152-153.

<sup>32</sup> Cfr. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 24; WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, pp. 233-234; STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, pp. 357-358; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1987, p. 253; WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., alemana (1969), 1993, pp. 267 y 273; JECHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 651; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20ª ed., 1993, p. 374; GÖSSEL / MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, vol. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 659-570; HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 277 y ss; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003. pp. 821 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, p. 1705. También, GEERDS, *Zur Lehre*, 1961, p. 275.; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 100.

conurrencia ideal por producirse únicamente simultaneidad es el caso de un sujeto que mientras golpea a un individuo, le profiere insultos. Es un supuesto en el que ciertamente se lesionan dos leyes, pero sólo una debe aplicarse, ya que el delito o la falta de lesiones absorben los ataques verbales que el sujeto en ese mismo contexto temporal y espacial pueda proferir, siendo suficiente con la aplicación de dicho delito o falta de lesiones para cubrir la totalidad de injusto del hecho. Es propio de que una agresión física vaya acompañada de una verbal.

Por ello, para la concurrencia ideal debe exigirse que existan varios procesos ejecutivos sancionables, siendo preciso además que haya un ámbito común respecto de los actos ejecutados. Es decir, que el elemento común lo sea el acto típico, y no cualquier otro elemento del tipo.

En nuestra doctrina este grado de identidad es rechazado por la generalidad de autores, y reconducen estos supuestos al concurso medial de delitos desde dos perspectivas bien distintas. Así, los que atribuían como Antón Oneca al concurso medial la naturaleza de concurso ideal, entendían que ambos compartían el mismo presupuesto, la unidad de acción, y por tanto, cuando la identidad fuera meramente parcial, configurarían la segunda de las modalidades previstas en el antiguo artículo 71 (actual artículo 77) <sup>34</sup>. En realidad, esta posición lo que hacía era reconocer la posibilidad de la identidad parcial del concurso ideal, pues para este autor el concurso medial tenía la naturaleza o se consideraba como un concurso ideal, ya que en él se daba una coincidencia parcial entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes, coincidencia que permitía afirmar que existía una única acción común a los mismos.

Por otro lado, los autores que entienden que el concurso medial es un auténtico concurso real, niegan también esta modalidad de identidad parcial

---

<sup>34</sup> Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed, 1986, p. 489. También, PUIG PEÑA, en *Enciclopedia jurídica*, t. IV, 1952, pp. 842-843; QUINTANO RIPOLLÉS, en *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 1966, pp. 382-383; CUELLO CALÓN / CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, t. I, vol. 2, 18ª ed., 1981, pp. 702-704.

como fundamento del concurso ideal a partir de una interpretación del tenor literal del antiguo artículo 71, que propuso Córdoba Roda. Para este autor en la hipótesis que comentamos “no existe un hecho constitutivo de varios delitos, sino la porción de un hecho constitutivo de una parte de varias figuras de delitos”<sup>35</sup>, y por consiguiente, si la coincidencia es sólo en parte no existe un único hecho, sino pluralidad de hechos, lo que es propio del concurso real<sup>36</sup>.

De otra opinión es Sanz Morán, quien calificaba esta lectura del antiguo artículo 71 de excesivamente formalista y aceptaba, en los mismos términos que la doctrina alemana, la identidad simple de los actos ejecutivos como suficiente fundamento del concurso ideal<sup>37</sup>.

Recientemente, también se ha pronunciado a favor de esta identidad meramente parcial de los procesos ejecutivos, García Albero. Este autor, como ya pusimos de manifiesto<sup>38</sup>, trata de prescindir del concepto de unidad de acción en la que se basa la doctrina mayoritaria para fundamentar el concurso ideal, y así afirmar la unidad del concurso ideal desde la perspectiva de uno de los tipos a través de las condiciones de comportamiento o acto parcial, considerando que en los casos en los que las distintas realizaciones típicas se corten, al menos, en un acto parcial, lo que en realidad existe es una identidad total, no de actos típicos, sino de una parte de la sucesión de actos parciales presupuesto de ambos tipos<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 359.

<sup>36</sup> En idéntico sentido, VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 17, quien señala que “cuando el presupuesto objetivo de los tipos concurrentes coincide en parte, no puede decirse que el hecho (el sustrato de la valoración) sea uno sólo”. También, GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos*, t. XIII, 1990, p. 163; JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 633; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., 2002, p. 633; GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, t. I, 2000, p. 1022; BLANCO LOZANO, *Derecho penal. Parte general*, 2003, p. 610.

<sup>37</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 154 y 214.

<sup>38</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, apartado I.

<sup>39</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, p. 318.

## **2.1. La aproximación del concurso medial al concurso ideal en la doctrina del Tribunal Supremo**

En mi opinión, cuando la identidad entre los procesos ejecutivos es parcial en los términos aquí expuestos también existe un concurso ideal y no medial como sustenta la mayoría de la doctrina, porque igualmente en ellos el acto que resulta común a ambos tipos debe ser objeto de una única valoración en la concurrencia delictiva. En efecto, no tiene el mismo contenido de injusto por la independencia de sus acciones cuando la realización de los diversos tipos se lleven a cabo de forma completamente independientes que cuando la comisión de uno de ellos sea parte de la realización del otro, pues esa coincidencia en muchas ocasiones vendrá dada por la propia naturaleza de los tipos concurrentes.

Así por ejemplo, cuando se trate de realizar una estafa sobre un bien inmueble del que no se es propietario, el engaño de la misma sólo podrá ser suficiente e idóneo si el mismo se configura mediante la elaboración de un contrato privado de compraventa o una escritura pública que lógicamente deberá haber sido falsificada pero que otorgue el derecho que trata de transmitir. O por ejemplo para llevar a cabo una estafa por medio de un cheque falsificado, sólo cabe varias posibilidades o que el cheque lo hubiera falsificado una tercera persona en cuyo caso no podríamos hablar de concurrencia delictiva porque el sujeto activo sólo cometería un delito, el de estafa; o bien que el cheque extendido nominativamente lo hubiera sustraído su legítimo titular y el sujeto tuviera que sustraerlo en un descuido del sujeto pasivo (pues en caso de que fuese con violencia o intimidación la estafa puede verse frustrada por la anulación del mismo), en cuyo caso esa sustracción dado su escaso valor queda absorbida por el delito de estafa, y por consiguiente sólo cometería un delito, el de estafa; por lo tanto le resulta casi necesario tener que falsificarlo para poder cometer la estafa. Así supuestos consolidados en la doctrina y también en la jurisprudencia dejarían de ser supuestos de concurso

medial para incardinarse en los de concurso ideal. Ello, lógicamente obligaría a dotar al concurso medial de otro contenido o de una interpretación distinta a la que en la actualidad recibe.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 (EDJ 2001/43533), exige para la apreciación de la concurrencia medial mucho más que una preordenación psicológica y llega incluso a sustentar el concurso medial en la unidad de acción propia del concurso ideal. La citada sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

*“Esta Sala ha reiterado que el medio necesario, como dice el artículo 77 del Código penal, no ha de entenderse bajo el prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una acción cuando aparezca, con apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal se dijo en la Sentencia de 9 de febrero de 1990 no basta la preordenación psíquica, porque la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubieran precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su casualidad efectiva y no en el orden teleológico individual”*<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> También Sentencias del Tribunal Supremo: 11 de abril de 1989 (EDJ 1989/3848); 7 de julio de 1992 (EDJ 1992/7479); Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1994 (A. 6626), que señala lo siguiente: “Para la resolución del motivo ha de recordarse que, como declaró esta Sala en Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990 (A. 1361) y de 7 de julio de 1992 (A. 6142), entre otras, es criterio jurisprudencial y doctrinal pacíficamente admitido que para que proceda la estimación del concurso ideal no basta con la preordenación psíquica, o sea, que la necesidad no ha de ser contemplada desde el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el resultado que se había propuesto, sino el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito, en este caso el rapto y la violación, no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito que le hubiera precedido, en este caso, el delito de utilización ilegítima de vehículo a motor que, con arreglo a lo expuesto no era

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002 (EDJ 2002/ 39430), justifica la aplicación de la concurrencia medial de la siguiente forma:

*“se superponen las acciones propias de la privación de libertad con las generadoras del atentado contra la propiedad, de tal manera que se puede afirmar que hay un solo hecho”.*

Por tanto, si para determinar la existencia de un concurso medial se ha de efectuar un juicio hipotético negativo en los términos expuestos en esta sentencia, la conexión que debe mediar entre los delitos que concurren no puede venir dada por la intención del agente sino por la propia necesidad de los tipos y en consecuencia ello quiere decir que la realización del delito medio es obligado para la realización del delito fin. Entre ellos existirá una conexión fáctica que debería determinar su consideración como concurso ideal.

Esta forma de configurar al concurso medial por parte del Tribunal Supremo lo acerca tanto al concurso ideal que es el propio Tribunal el que en multitud de ocasiones al referirse al concurso medial habla de concurso ideal como si se tratase de una modalidad suya o incluso fuera la misma cosa <sup>41</sup>. En este sentido, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1991 (A. 6679), en la que se dice lo siguiente:

*“Son dos infracciones distintas, la falsedad como medio para estafar, que se conectan entre sí al encontrarse ambas dentro del proceso psicológico e intencional del agente. Son dos infracciones distintas, consecuencia de esa preordenación psíquica que la mente*

---

necesario para la consecución del rapto y la violación subsiguiente”.En idéntico sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2000 (EDJ 2000/ 902); 12 de julio de 2000 (EDJ 2000/ 18348); 22 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/ 36576); 25 de enero de 2002 (EDJ 2002/ 763).

<sup>41</sup> También, Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1977 (A. 4027); 17 de marzo de 1980 (A.1150); 20 de marzo de 1981 (A. 2263); 30 de marzo 1987 (A. 2501); 15 de marzo de 1988 (A. 2023); 28 de marzo de 1994 (A. 2603); 9 de septiembre de 1996 (A. 6925); 28 de noviembre de 1996 (A. 8889).

*del sujeto activo de los delitos programó dolosamente. Mas, además de ese deseo criminal que abarca los delitos conexos referidos, objetivamente existieron una serie de actos, igualmente conectados entre sí, en virtud de los cuales el segundo delito de estafa no se hubiera consumado de no darse previamente la alteración que en el documento oficial se produjo para simular una autenticidad de la que realmente carecía. (...) Y acertó la audiencia en tanto el concurso medial (como modalidad del verdadero concurso ideal) surge desde el momento en que el acusado, en perfecta conexión teleológica, protagonizó los dos delitos ligados por la relación de medio a fin”<sup>42</sup>.*

En alguna ocasión también el Tribunal Supremo ha considerado que el concurso medial participa de una naturaleza mixta entre el concurso ideal y el real<sup>43</sup>.

Pues bien, tal y como está previsto el concurso medial en nuestro Código penal y está siendo objeto de interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>44</sup>, se exige que la coincidencia entre la infracción medio y

---

<sup>42</sup> También Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990 (A. 10022).

<sup>43</sup> Vid. por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo: de 7 de julio de 1992 (A. 6142); 4 de abril de 1995 (A. 2814).

<sup>44</sup> Considera el Tribunal Supremo que los parámetros por los que se ha de apreciar la necesidad deben ser naturaleza objetiva. Así, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo: de 30 de abril de 1986 (A. 2125); 7 de febrero de 1991 (A. 902); 22 de octubre de 1991 (A. 7342); 19 de septiembre de 1996 (A. 6925).

Sobre las características del requisito objetivo y subjetivo del concurso medial, vid. GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos*, t. XIII, 1990, pp. 173 y ss. Señala este autor que: “ resulta indiferente que se produzca o no una coincidencia parcial en el sustrato fáctico de las conductas delictivas finalísticamente conectadas”. Por tanto admite la posibilidad de que aún dándose una identidad parcial entre los procesos ejecutivos de los delitos existe concurso medial. La identidad parcial para este autor no podía sin embargo, configurar el concurso ideal pues es partidario de la teoría del resultado como concepto delimitador de la unidad de acción. En el mismo sentido, JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, pp. 634-635, decía que: “El medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primero, en la coincidencia parcial, pues, esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro. Pero, segundo, también será necesario cuando de acuerdo con el plan del autor –valorado por supuesto ex ante y objetivamente- no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trata aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor



la infracción fin sea objetiva, hasta tal punto que, desde el plano de la ontología del ser, el delito fin sólo se hubiera podido llevar a cabo de haberse realizado el delito medio. Lo que significa que entre ambos delitos existe algo más que la preordenación psíquica del sujeto, y por tanto si lo que se requiere es que el proceso ejecutivo del delito medio contribuya de una forma objetiva a la realización del delito fin hasta el punto de que pueda ser parte del mismo, entonces estaremos ante un concurso ideal en el que la identidad entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes será parcial. Esto es lo que en realidad sucede en los ejemplos expuestos en los que el engaño del delito de estafa viene dado por las falsificaciones. Entre estos delitos no se da una coincidencia meramente espacial o temporal, pues la actividad falsificadora contribuye de manera objetiva a la realización del delito de estafa y sin la cual éste no podría haberse llevado a cabo.

Parece pues, que aunque a la modalidad de concurso medial se le atribuya de forma casi unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la naturaleza de concurso real sin embargo las últimas resoluciones parecen aproximarlos cada vez más a la propia modalidad ideal al reconocer en él, el fundamento propio del concurso ideal: la unidad de acción. Al exigir una coincidencia al menos parcial entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes, los tipos dejan de ser independientes y por tanto ya no participa del fundamento de la concurrencia real.

---

es la ejecución del delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar el otro. Pero respecto a este último no hay preordenación ni premeditación. Así, si A quiere violar a B, y entra en casa de este último sin su permiso cometerá además de un delito de violación, un allanamiento de morada. Obsérvese que aquí, si bien no puede hablarse de coincidencia parcial entre los hechos, uno de ellos –la violación– se realiza cuando el otro –allanamiento de morada– todavía persiste en la situación antijurídica”.

En mi opinión esta definición del concurso medial se sustenta en dos criterios no tan distintos, uno objetivo (coincidencia parcial del sustrato fáctico) y otro subjetivo que según el contenido que se le otorga exige en definitiva una coincidencia objetiva entre los procesos de ejecución de los delitos concurrentes.

En realidad, lo que trata de hacer el Tribunal Supremo es justificar el sistema punitivo previsto para la concurrencia medial, idéntico al del concurso ideal, y por ello extiende el fundamento del mismo a esta concurrencia. Pero esto a su vez significa que el concurso medial no es un verdadero concurso real porque los tipos no sólo están vinculados en el aspecto subjetivo sino que entre los procesos ejecutivos existe una vinculación tal que merece una valoración conjunta. Con ello el Tribunal Supremo reconoce por un lado, que la coincidencia entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes exige un tratamiento distinto de aquellos supuestos en los que los mismos sean absolutamente independientes, o lo que es lo mismo exige que las diversas modalidades concursales, ideal y real, son merecedoras de un tratamiento punitivo diferenciado.

Y por otro lado, también advierte de que el grado de identidad que entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes puede ser distinto, y ello en cierto modo supone admitir que la identidad parcial también conforma una modalidad de concurso ideal. Ahora bien, también es cierto que cuantas más actividades de los procesos ejecutivos sean independientes, el contenido de injusto es mayor que si la coincidencia es total, pues el sujeto debe desplegar una mayor energía criminal en su ejecución. Por ello, la admisión de este tipo de identidad requiere que las reglas sancionadoras del concurso ideal permitan apreciar esta diversidad de situaciones o contenidos de injusto, pues no puede merecer la misma valoración jurídica un hecho en el que es casi imprescindible la realización de una pluralidad delictiva por la misma configuración del tipo, por ejemplo la violación en la que la resistencia de la víctima obliga a ejercitar una violencia de la que con casi total seguridad se van a derivar unas lesiones a la integridad física del sujeto, que aquellos en los que la propia naturaleza de los tipos permitan una realización independiente de los tipos. De ahí mi propuesta de *lege ferenda* del que sistema sancionador del concurso ideal deba ser lo suficientemente flexible como para que el juzgador pueda apreciar los distintos grados de identidad que se pudiesen presentar e imponer una sanción

ajustada al contenido de injusto del hecho y sin que se produzca una doble valoración de determinados elementos que constituya una infracción del principio constitucional *ne bis in idem*. En este sentido, un sistema sancionador como el de absorción agravada con exasperación facultativa cumpliría perfectamente con estos dos presupuestos.

### **3.- LA IDENTIDAD PARCIAL EN LOS DELITOS PERMANENTES**

#### **3.1.- La identidad parcial en los delitos permanentes según la doctrina y jurisprudencia alemana**

La especial configuración de los delitos permanentes plantea una serie de particularidades en orden a determinar la identidad que puede presentarse entre su proceso de ejecución y el de cualquier otro delito. Así, el hecho de que la consumación formal de estos tipos cree una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo a voluntad del autor, condiciona decisivamente la apreciación de la identidad de acción propia de un concurso ideal.

En efecto, cuando se trata de este tipo de delitos, la mayoría de la doctrina alemana admite que se da la identidad necesaria para apreciar un concurso ideal en aquellos supuestos en los que: a) para la creación del estado antijurídico propio del delito permanente se lesione, además, otro bien jurídico distinto; b) o bien, si el agente a fin de asegurar o conservar el estado antijurídico creado por el delito permanente lleva a cabo una acción constitutiva de un delito distinto <sup>45</sup>. Una consecuencia lógica dado que la

---

<sup>45</sup> Vid. en este sentido: WARDA, en *JuS*, 1964, cuaderno 3, p. 87; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, pp. 1015-1016; STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 358; GÖSSEL/MAURACH/ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 569-570; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20ª ed., 1993, p. 375; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, p. 1103; HAFT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 280-281; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, pp. 825-827.

acción típica del delito permanente no sólo crea el estado antijurídico, sino que continúa realizándose de forma ininterrumpida para su mantenimiento. Así, por ejemplo si para que el sujeto activo pueda permanecer en una morada ajena ataca a su morador, se habría de apreciar identidad entre el delito de allanamiento de morada y el de lesiones, ya que a través del mismo acto se mantiene el estado antijurídico y se lesiona la integridad física del morador.

Asimismo, opinaba Stratenwerth, que esta identidad parcial entre los procesos ejecutivos se produciría también en los casos en los que la actividad ejecutiva de un delito posterior fuese incompatible con la terminación del delito permanente, o cuando un fragmento del delito permanente fuera al mismo tiempo comienzo de la tentativa de otro ulterior, porque también en ambos supuestos se continúa con el ataque al bien jurídico iniciado por el delito permanente <sup>46</sup>.

Y por último, y de conformidad con lo señalado en el apartado anterior también se admite la concurrencia ideal entre varios delitos permanentes cuando las acciones ejecutivas se cortan, al menos, parcialmente <sup>47</sup>.

Existe igualmente unanimidad en la doctrina alemana al afirmar que no se puede apreciar identidad entre los procesos ejecutivos cuando la realización de un nuevo delito sólo se produce “con ocasión” del delito permanente. Por ejemplo, si una vez iniciado un allanamiento de morada, al autor le surge la idea de llevar a cabo un hurto, en este caso no cabe apreciar identidad alguna entre los procesos de ejecución de ambos delitos, en tanto lo único que entre los mismos existe de común es una mera simultaneidad espacial y temporal y

---

<sup>46</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 358. Por el contrario, quedan excluidos de la identidad parcial los supuestos en los que un nuevo hecho punible impida la terminación del delito permanente si éste no tiene un punto de contacto inmediato con el mismo, como por ejemplo el caso en el que el gángster que se cubre con un tercero (detención ilegal) y al mismo tiempo dispara contra su perseguidor, produciéndole unas heridas (lesiones). También, STREE / SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, previo al § 52, pp. 693-694; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, p. 1105.

<sup>47</sup> Vid., en este sentido, HAFT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 280-281; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, pp. 826-827.

una unidad subjetiva que no fundamentan, según hemos visto, la identidad entre los procesos ejecutivos que define el concurso ideal <sup>48</sup>.

Más discutibles, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia germana, resultan los casos en los que la realización del delito permanente tiene como finalidad la comisión de otro delito.

Así, un importante sector doctrinal renuncia en estos casos a exigir una identidad objetiva y se conforma con una simple relación de medio a fin. Para estos autores, la posibilidad de apreciar en estos casos la identidad parcial se fundamenta en la presencia al inicio del delito permanente de un dolo dirigido a la comisión de otro hecho delictivo. Por el contrario, si el dolo del segundo delito se genera durante la ejecución del delito permanente, la concurrencia que habría de apreciarse sería la real. En definitiva, se dice que también existe identidad parcial si el delito permanente crea un presupuesto para la comisión de otro delito, pero siempre que se haya creado el estado antijurídico con dicha finalidad <sup>49</sup>.

Por el contrario, otro sector de la doctrina alemana exige, como en los demás tipos, que en los permanentes se dé una identidad al menos parcial y objetiva entre las acciones, no permitiendo, pues, “una relajación de los principios generales sobre el concurso ideal” <sup>50</sup>. O lo que es lo mismo, para estos autores la simple relación de medio a fin que se desenvuelve en el plano subjetivo no puede constituir condición suficiente para que se pueda apreciar la unidad de acción, pues siempre se exige el otro delito contribuya a la realización típica del delito permanente, ya sea para su creación o para su mantenimiento.

---

<sup>48</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, pp. 1015-1016; GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 569-570; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, p. 1103.

<sup>49</sup> Así, WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., alemana, 4ª ed., castellana, 1993, p. 274; WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, p. 234; STREE / SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª ed., 1991, previo al § 52, p. 694 (91).

<sup>50</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, p. 1016. También, BAUMANN/ WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 9ª ed., 1985, p. 657.

Esta última posición es además la que sigue la jurisprudencia. En este sentido, considera el alto tribunal alemán que no existe concurso ideal entre un delito de allanamiento de morada cometido con la intención de llevar a cabo una violación y la violación misma, o entre el allanamiento de morada proyectado a fin de realizar un hurto y el hurto realizado <sup>51</sup>. Recuérdese que en la legislación alemana no existe la figura del concurso medial.

### **3.2.- La identidad parcial de los delitos permanentes en la doctrina y jurisprudencia española**

En nuestro país, Sanz Morán admite la posibilidad de estimar la concurrencia ideal en los delitos permanentes en los mismos términos que la doctrina alemana. Para este autor, todas las posibilidades anunciadas arriba deben ser aceptadas, incluso la de aquellos casos en los que la comisión de un delito permanente cree un presupuesto para la comisión de otro hecho delictivo y se ejecute con dicho fin. Así, justificaba la existencia de un concurso ideal entre el antiguo delito de raptó (artículo 440 Código Penal de 1973) y la posterior violación (artículo 429 Código penal de 1973) dado que la intención a la que aquél debía dirigirse concurría también en el delito de violación <sup>52</sup>.

La identidad por lo tanto, que según la opinión de Sanz Morán se exige como fundamento de la concurrencia ideal va más allá de la que puede existir entre las acciones típicas que subyacen en los distintos tipos, y la amplía al elemento subjetivo, que como elemento subjetivo especial se tipificaba en el delito de raptó y el propio del delito de violación.

Por el contrario, Muñoz Sánchez entiende que la identidad exigida por la unidad de acción del concurso ideal tiene que ir exclusivamente referida a la

---

<sup>51</sup> Vid. GÖSSEL /MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 569-570, y la jurisprudencia allí citada.

<sup>52</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 158.

propia acción, aunque concurra el dolo del otro delito al inicio de la realización del delito permanente<sup>53</sup>.

Y por su parte nuestra jurisprudencia no comparte ninguna las soluciones concursales propuestas por la doctrina española en torno a la concurrencia que debe mediar entre el delito permanente y los que con él puedan presentarse en los términos aquí expuestos. Comprobémoslo.

a) Así, por ejemplo cuando se refiere a la comisión de un delito contra la integridad física o psíquica de las personas o contra la vida para crear el estado de privación de libertad en que consiste el delito de detención ilegal, opta generalmente por aplicar las reglas del concurso real. En este sentido cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1996 (A. 4082) en la que se sanciona en concurso real un delito de detención ilegal y un delito de lesiones causadas al tratar de reducir a la víctima para introducirla en el maletero del coche; o la Sentencia de 8 de noviembre de 1994 (A. 9993), en la que se castiga por un delito de detención ilegal en concurso real con una falta de lesiones por las heridas causadas por el punzón utilizado en el ataque.

b) Tampoco aprecia concurrencia ideal cuando la realización de un delito contra la integridad física o la vida de una persona tiene como finalidad la de asegurar o conservar el estado antijurídico creado por el delito

---

<sup>53</sup> Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*, 1992, pp. 283 y 286. Para este autor, la posibilidad de un concurso ideal entre el antiguo delito de rapto y el de violación era posible pero sobre la base de la identidad objetiva entre sus procesos ejecutivos, ya que la privación de libertad propia del rapto se requiere también para la violación, siempre no obstante, que aquélla superase los mínimos socialmente aceptables para poder apreciar la concurrencia delictiva.

En idéntico sentido, JOSHI JUBERT, en *ADPCP*, 1992, p. 628; GONZALEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, t. I, 2000, p. 1029. También, LAMARCA PÉREZ, *Manual de derecho penal, parte especial*, 2001, p. 93, entiende que las reglas concursales a aplicar en casos de que el dolo inicial del delito de detención ilegal abarque el posterior serán las del concurso medial. Pero también opina que aún cuando se trate de un único encierro de varias personas las reglas del concurso medial serían las procedentes.

permanente. En este sentido, hemos de referirnos por ejemplo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1995 (A. 7913), en la que también se aplican las reglas del concurso real entre un delito de detención ilegal y un delito de lesiones causadas a consecuencia de una brutal paliza que se le propina a la detenida cuando intentaba huir de la casa en la que permanecía detenida; o por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2003 (EDJ 2003/ 110617), en la que se condena por un delito de detención ilegal y un delito de lesiones en concurso real a un individuo que tras retener en su domicilio a su novia, cuando ésta quiso abandonar el domicilio, fue golpeada, y obligada a permanecer desnuda en una bañera con agua fría y cubitos de hielo.

c) Asimismo aplica las reglas del concurso real cuando a consecuencia de la actividad delictiva creada por el delito permanente se producen consecuencias lesivas a la víctima. A este respecto es interesante el argumento ofrecido por la Audiencia Provincial de Girona en el “caso de la Farmacéutica de Olot”. En este sentido explicaba que:

*“Cuando uno o varios sujetos procedan a detener o secuestrar a una persona, se convierten en garantes de que tal persona no sufra lesiones en otros bienes jurídicos distintos al bien jurídico lesionado por el delito cometido especialmente, en los bienes jurídicos relativos a su salud y a su vida, y si dicha lesión se produce, resulta obvio que cometerán un delito de lesiones o de homicidio por comisión por omisión.*

*En el presente caso, ambos delitos forman un concurso real y no medial o ideal de delitos, pues sobre todo, las lesiones físicas que en el presente caso sufrió la Sra. F no eran necesarias para cometer el delito de secuestro, ni tampoco derivan directamente del mismo, sino que provienen de las condiciones a las que fue sometida, según fue declarado probado en el hecho 19. No se trata de exigir que a la víctima se la tenga en unas óptimas condiciones para evitar cualquier tipo de perjuicio, pero tampoco puede tolerarse que se la someta al calvario al que fue sometida- encerrada en un armario, sin luz, con una pésima alimentación, etc.- totalmente innecesario y arbitrario. Los acusados estaban obligados por la posición de garante en la que*



*se pusieron a tener a la Sra. F. en unas condiciones dignas y alimentarla adecuadamente y, al no haberlo hecho, son responsables de las lesiones físicas que le ocasionaron, en concurso real con el delito de secuestro.*

*Distinto es el caso de las secuelas del “síndrome de Estocolmo” que en su momento tuvo y más discutible el “estrés postraumático”, evidenciado en el informe pericial forense, secuelas que pueden tener su razón en el propio delito de secuestro y que son consecuencia necesaria del mismo, teniendo presente las especiales condiciones del lugar de la privación de libertad y el largo período de tiempo que trascurrió hasta la liberación, por todo lo cual no fueron incluidas en el hecho probado 19 y si en el hecho probado 21”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de abril de 2003 (FJ 30) <sup>54</sup>.*

d) Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que si desde el inicio de la acción que crea el estado antijurídico existe el propósito de atacar contra la integridad física o la vida de una persona o su libertad sexual se ha de recurrir a las reglas del concurso medial, una modalidad concursal no prevista en la legislación alemana y cuya nota característica es precisamente la conexión final o teleológica entre los delitos, si bien participa de la naturaleza real en tanto las acciones ejecutivas de los delitos que concurren son independientes <sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, sección 1ª de 29 de junio de 1998 (EDJ 1998/44041), “caso Ortega Lara”, en la que se condena por un delito de secuestro en concurso real con un delito de conspiración de asesinato, pues entiende la Sala que tras los 500 días de cautiverio y conscientes sus secuestradores de que la situación pudiera sufrir modificaciones dada la actitud de ETA y del Gobierno español, José Antonio Ortega iba a morir como consecuencia del encierro al que le tenían sometido.

<sup>55</sup> Recurre el Tribunal Supremo en multitud de ocasiones a sancionar como concurso medial cuando un delito se realiza a fin de la consecución de otro delito a pesar de existir una identidad parcial entre los procesos ejecutivos. Así por ejemplo: Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2003 (Actualidad Penal BD 480904/2004), en el que se sanciona el delito de detención ilegal como medio de una agresión sexual. Igualmente si de lo que se trata es de la concurrencia del un delito de robo con violencia y una detención ilegal, en tanto la misma se produzca con la finalidad de conseguir el apoderamiento, el Tribunal Supremo opta por las reglas del concurso medial, así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2002 (EDJ 2002/42738), y ello aun cuando precisamente la detención se consideró como la intimidación precisa para la consecución del apoderamiento. También Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2002 (EDJ 2002/44041), en la que se sanciona por un concurso medial entre un delito de robo con violencia y otro de

La jurisprudencia española exige para apreciar el concurso medial que exista no sólo una “preordenación subjetiva” entre el delito medio y el delito fin, sino que además se dé una relación de causalidad “objetiva” entre los delitos concurrentes de tal manera que el segundo delito no se habría producido de no haberse realizado previamente el o los que le hubieran precedido. Por tanto, no es suficiente con que exista, como para la doctrina alemana, un dolo inicial en el delito permanente para la ejecución del delito posterior sino una conexión objetiva. El problema estará en determinar cuándo se ha de apreciar este requisito objetivo, y si el mismo consiste en que parte de los actos ejecutivos del delito medio coincidan con los del delito fin, y por tanto exista también identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes, o se trate de otro tipo de relación objetiva entre los delitos concurrentes<sup>56</sup>.

Partiendo de estos presupuesto me gustaría efectuar una reflexión sobre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de la Civil y Penal) de 26 de julio de 2002 (EDJ 2002/46729)<sup>57</sup> en la que se condena por un concurso medial entre un delito de detención ilegal y un asesinato cualificado, en el que el condenado y con la intención desde el primer momento de acabar con la vida de su exnovia la citó con una excusa y a punta de navaja la obligó a subir a una furgoneta, trasladándola a un lugar donde la apuñaló y asfixió hasta que logró su propósito de causarle la muerte. El

---

detención ilegal, si bien apreciando una identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes al señalar la referida sentencia lo siguiente: “porque se superponen las acciones propias de la privación de libertad con las generadoras del atentado contra propiedad, de tal manera que se puede afirmar que hay un solo hecho”.

Por el contrario en un supuesto idéntico al último mencionado, se aprecia un concurso real entre ambos delitos en Sentencias del Tribunal Supremo: de 29 de abril de 2003 (Actualidad Penal BD 506/2003), y de 5 de junio de 2003 (EDJ 2003/80545).

Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993/3823), y 12 de abril de 1997 (RJ 1997/3523), califican acertadamente de concurso real aquellos supuestos en los que la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, pues en estos casos no existe ninguna coincidencia entre los procesos ejecutivos de ambos delitos.

<sup>56</sup> Vid, *supra*, Capítulo VI.

<sup>57</sup> Confirmada respecto a este pronunciamiento por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003 (EDJ 2003/30241).

Tribunal sostiene la aplicación de las reglas del concurso medial porque entiende, según sus propias palabras, que la privación de libertad en que consiste el delito de detención ilegal es el mismo hecho determinante de la alevosía apreciada para la calificación del delito de asesinato legalmente definido en el artículo 139.1 y 3 del Código penal, al haber sido utilizada con la finalidad de asegurar la misma comisión de la muerte de la víctima, consiguiendo además eliminar cualquier posibilidad de defensa que pudiera haber partido de la víctima.

Conforme a lo exigido por esta sentencia, parece que el Tribunal sí que exige que se produzca una identidad entre los actos ejecutivos de los delitos concurrentes, en este caso, la propia privación de libertad que configura el delito de detención ilegal es a su vez la integrante de la alevosía que configura el delito de asesinato. Es decir, el mismo tipo de identidad que determina un concurso ideal. Y lo mismo cabría decir de los supuestos de concurso medial entre el delito de falsedad y estafa a los que ya nos hemos referido.

En mi opinión, la relación que debe mediar entre un delito medio y el delito fin debe sustentarse como señalaba la doctrina alemana en la preordenación subjetiva sin necesidad de que los actos ejecutivos de ambos delitos coincidan o se superpongan, pues de lo contrario ya no serían tipos independientes en sus procesos ejecutivos, que es la característica de la naturaleza real de los concursos de delitos. Por eso no es de extrañar que en la doctrina del Tribunal Supremo se confunda con tanta facilidad ambas modalidades concursales ya que exigen para las mismas el mismo fundamento. Además, Al exigirse para el concurso medial lo que es propio del concurso ideal no sólo se restringe el ámbito de aplicación de este último sino que se llega incluso a anularlo porque se pierde con ello su sustantividad.

En este sentido resultan muy significativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1993 (EDJ 1993/4856) y de 3 de febrero de 2003 (EDJ 2003/1592) sobre la admisión de la identidad parcial en los términos que hemos expuesto y si la misma da lugar a un concurso ideal o medial. En ambas

resoluciones tras analizar los requisitos de la concurrencia medial se pone de manifiesto que para la apreciación de la misma ciertamente no es suficiente con la unidad de pensamiento del autor o un propósito final en el ánimo del sujeto sino que se ha de requerir una necesidad objetiva e identifican la misma cuando exista una conexión típica entre los delitos concurrentes. Pero también advierten estas sentencias que es la propia jurisprudencia la que en ocasiones aplica el concurso medial en supuestos en los que existe una desconexión típica total, es decir, aunque en los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes no exista ningún elemento común.

Esta equiparación de supuestos, que ciertamente son diferentes, pues en unos existe coincidencia aunque sea parcial entre los procesos ejecutivos y aquellos otros en los que no hay elemento común, no resulta en mi opinión nada acertada. Y ello porque se mezclan naturaleza jurídica y fundamento de las instituciones concursales. Ciertamente las penas serán idénticas en tanto el concurso medial y el ideal están sancionados de la misma manera, pero son dos supuestos de concurrencia distintos: en este último la conexión entre las conductas típicas, ya sea total o parcial, determina que el contenido de injusto del hecho a valorar tenga un contenido inferior que cuando las conductas típicas son absolutamente independientes y ello es precisamente lo que fundamenta una consecuencia punitiva inferior, e independientemente de que en atención al grado de coincidencia de los procesos ejecutivos la consecuencia jurídica deba también graduarse.

Por el contrario, en el concurso medial la razón de que la regla sancionadora sea inferior a la de un concurso real, a pesar de ser hechos independientes, se sustenta en esa unidad de propósito, es decir en el elemento subjetivo de la acción. Que ello sea o no suficiente para justificar la minoración de la sanción es un problema distinto que habrá de plantearse, pero lo que no se debe hacer es tratar de justificar esta institución concursal dotándola de un contenido que no le corresponde. La identidad de los procesos ejecutivos, sea parcial o total, es el fundamento del concurso ideal.

e) Y por último, se ha de hacer mención a los supuestos en los que la acción de retener o detener es la misma pero se proyecta sobre una pluralidad de sujetos pasivos, y en consecuencia hay una pluralidad de delitos en atención al número de bienes jurídicos lesionados. En estos casos el alto tribunal tampoco atiende a las reglas del concurso ideal pues aplica generalmente las del concurso real, concurra o no con otros delitos. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1998 (EDJ 1998/28259), en la que se condena a cada uno de los presos que intervinieron en un altercado dentro del establecimiento penitenciario por tres delitos de detención ilegal en concurso real por el encierro de dos funcionarios y del médico en una de las celdas <sup>58</sup>. Pero para estos supuestos la razón del Tribunal Supremo no es otra que la de justificar la aplicación de las reglas del concurso real a través de la pena resultante. Así se justificaba por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1998 (RJ 1998/1050):

*“En todo caso, no sería lógico, ni justo en equidad, dejar de sancionar separadamente un hecho tan grave como el de retener a un grupo de personas durante más de diecisiete horas atadas y amordazas, pues ello supone, aparte del resultado final de características verdaderamente atroces, un plus mayor de antijuricidad habida cuenta, no sólo del comportamiento subjetivo de los encausados, sino también del sufrimiento, causado a sabiendas, de las víctimas”* <sup>59</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no admite la identidad parcial en los delitos permanentes de la misma manera que lo hace gran parte de la doctrina española y alemana. Y no la admite ni siquiera en los casos más evidentes como son aquellos en los que el mismo encierro afecta a

---

<sup>58</sup> También: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1998 (EDJ 1998/1272) concurriendo no obstante con otros delitos, se sanciona en concurso real los seis delitos de detención ilegal consistente en la retención de todos los miembros de la familia en el domicilio.

<sup>59</sup> Con mejor criterio aplica las reglas del concurso ideal entre dos delitos de detención ilegal, a pesar de concurrir con otros delitos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2004 (Actualidad penal BD 490349/2004).

una pluralidad de sujeto o de la propia detención queda afectada la salud física o psíquica del sujeto pasivo, en los que la identidad es total, pues el mismo proceso ejecutivo sustenta la pluralidad de los delitos cometidos. Y la razón no se sustenta en que no exista identidad sino en que la sanción prevista legalmente para el concurso ideal no satisface al contenido de injusto de los delitos concurrentes.

#### **4.- EL CONCURSO IDEAL POR EFECTO ABRAZADERA**

##### **4.1.-El concurso ideal por efecto abrazadera en la doctrina y jurisprudencia alemana**

La exigencia de la mera identidad parcial de los actos ejecutivos para afirmar la concurrencia ideal permite a la doctrina y jurisprudencia alemana admitir, en principio, como modalidad del concurso ideal la llamada “unidad de acción por efecto abrazadera” (*Klammerwirkung*). En estos casos, concurren dos o más delitos en sí mismos independientes (delitos abrazados), pero que a su vez coinciden cada uno de ellos por separado en unidad de acción con otro delito (delito abrazante), que sirve de nexo de unión entre los distintos tipos concurrentes a fin de apreciar un concurso ideal entre todos ellos. Por ejemplo, si durante una conducción temeraria se causa un resultado de daños y al continuar con dicho tipo de conducción se produce un resultado lesivo a la integridad física de una persona; el delito de daños y el delito de lesiones imprudentes son independientes entre sí, si bien cada uno de ellos por separado participan en unidad de acción con el delito de conducción temeraria, por lo que en virtud de esta teoría del efecto abrazadera se consideraría que todos ellos concurren idealmente. El delito de daños y el de lesiones serían los delitos abrazados y el delito de conducción temeraria el abrazante.

Esta teoría del efecto abrazadera para apreciar la concurrencia ideal no está sin embargo exenta de críticas por una parte de la doctrina y jurisprudencia

alemana, sobre todo cuando se trata de supuestos en los que los hechos independientes que concurren son más graves que el delito abrazante, pues en dichos casos, aquéllos (los delitos abrazados) se benefician de un tratamiento privilegiado sólo por la circunstancia de que cada uno de estos hechos concurren en unidad de acción con otro delito <sup>60</sup>.

Por ello, en contra de esta teoría del efecto abrazadera surge la denominada teoría del desmembramiento <sup>61</sup>, que propone establecer un concurso real en todo caso, sean o no más graves los delitos abrazados que el abrazante. O lo que es lo mismo, se niega la posibilidad del concurso ideal por efecto abrazadera. Solución ésta, que tampoco está exenta de reproches porque si con ella lo que se propone es la aplicación de las reglas sancionadoras del concurso real, los hechos en unidad de acción reciben un tratamiento perjudicial frente a los que no lo están, que igualmente resulta injustificado y además de vulnerar el principio *ne bis in idem*.

Por estas razones muchas son las soluciones que para resolver estos casos han ido proponiendo los distintos autores alemanes, todas ellas reunidas por Rainer Lippold en la obra *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenz*, donde analiza minuciosamente cada una de las posibles combinaciones sobre la base de dos principios jurídicos básicos, como son: el que la consecuencia jurídica de un hecho punible haya de ser una pena y no una disminución de ésta; y el principio de prohibición de la doble valoración de un mismo hecho típico en virtud del cual nadie puede ser sancionado por un mismo hecho punible varias veces.

En este estudio el citado autor llega a establecer hasta nueve posibles combinaciones entre los tres delitos. Con las abreviaturas T (1) y T (2) se

---

<sup>60</sup> En este sentido: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, p. 1014; WERLE, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, 1981, p. 159; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 1993, p. 374; GÖSSEL/MAURACH /ZIPF, *Tratado de Derecho penal, parte general*, vol. II, 7ª ed., alemana, 1995, pp. 570 -572; HAFT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 279 y 280; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, pp. 827 y 828.

<sup>61</sup> WARDA, en *JuS*, 1964, cuaderno 3, p. 88.

refiere a los hechos típicos independientes o delitos abrazados, y con la D (*Dauerdelikt*) al que hace de nexo de unión (delito abrazante):

1<sup>a</sup>.-  $T(1) > D \quad D < T(2)$ .

La primera posibilidad se centra en el caso de que los delitos abrazados ambos sean más graves que el hecho abrazante.

2<sup>a</sup>.- a)  $T(1) > D \quad D = T(2)$ .

b)  $T(1) = D \quad D < T(2)$ .

La segunda contempla los supuestos en los que un delito abrazado es de idéntica gravedad al delito abrazante mientras que el otro delito abrazado es de mayor gravedad que el abrazante.

3<sup>a</sup>.-  $T(1) = D \quad D = T(2)$ .

En este caso todos los delitos son de igual gravedad.

4<sup>a</sup>.- a)  $T(1) > D \quad D > T(2)$ .

b)  $T(1) < D \quad D < T(2)$ .

La cuarta posibilidad agrupa los casos en los que uno de los delitos abrazados es más grave que el delito abrazante, y a su vez éste, más grave que el otro delito abrazado.

5<sup>a</sup>.- a)  $T(1) = D \quad D > T(2)$ .

b)  $T(1) < D \quad D = T(2)$ .



Otra combinación resulta si uno de los delitos abrazados es de igual gravedad que el delito abrazante y el otro abrazado es menos grave que el abrazante.

6ª).-  $T(1) < D > T(2)$ .

Por último, puede suceder que los delitos abrazados sean ambos menos graves que el delito abrazante.

Ante este abanico de posibilidades Lippold expone las distintas soluciones que se han propuesto para resolver los citados casos y analiza en qué medida serían aceptables en cuanto que respetan los principios jurídicos básicos anteriormente señalados. Así estas soluciones son:

A).- *Verklammerungslösung*. ( $T(1) D T(2)$ ). (Solución del abrazamiento total).

La primera solución consiste en establecer un único concurso ideal que reúna todos los delitos.

Sin embargo, a esta solución Lippold le reprocha que contraviene el principio jurídico fundamental de que la consecuencia jurídica de un hecho punible ha de ser una pena y no una disminución de ésta. Ciertamente al apreciar un concurso ideal entre todos los delitos concurrentes hace que los delitos independientes se sustraigan de las reglas del concurso real para ser objeto de una valoración según las del concurso ideal que siempre resultarán más beneficiosas.

B).- *Teilkammerungslösung 1 y 2*. (Solución del abrazamiento parcial). ( $T(1) D T(2)$ ); ( $T(1) D T(2)$ ).

Otra solución que puede proponerse sería la consistente en establecer un concurso ideal entre el delito abrazante y uno de los delitos abrazados, en concurso real con el otro delito independiente.

Esta solución tampoco resulta satisfactoria porque si bien respeta la identidad parcial entre el delito permanente y uno de los delitos abrazados, sin embargo, desconoce que esa misma identidad existe igualmente entre el delito abrazante y el otro delito abrazado y por tanto no respetaría el segundo de los principios enunciados, la prohibición de una doble valoración de un mismo hecho.

C).- *Ausklammerungslösung*. ( T (1) T (2) ) ( D ). (Solución de la exclusión o de la ruptura del abrazamiento).

Esta tercera solución propone efectuar un concurso ideal entre los delitos abrazados que concurren realmente con el delito abrazante.

Solución absolutamente absurda porque mediante la misma se establece un concurso ideal entre hechos en los que no existe relación alguna, afirmando que hay concurso ideal donde hay concurso real y a la inversa, en contra de lo dispuesto por el StGB alemán.

D).- *Zergliederungslösung*. ( T (1) D ) ( D T (2) ).

Esta otra solución pretende establecer tantos concursos ideales como unidades de acción existen. Esto es, dos concursos ideales entre el delito abrazante y cada uno de los delitos abrazados.

Tampoco, esta solución satisface pues supone atribuir al delito abrazante doble unidad de acción, y consiguientemente, valorar doblemente un

mismo delito para determinar el marco penal de ambos concursos, lo que entra en clara contradicción con el principio jurídico del *ne bis in idem* <sup>62</sup>.

E.- *Entklammerungslösung*. ( T (1) ) ( D ) ( T (2) ). (Solución del desmembramiento).

Por último, se recoge la solución propuesta por la teoría del desmembramiento de aplicar las reglas del concurso real a todos los delitos <sup>63</sup>.

A diferencia de la solución anterior que conducía a una sobrevaloración de la unidad de acción, esta solución contradice lo dispuesto por el § 52 al desconocer la unidad de acción que existe entre el delito abrazante y los distintos delitos abrazados, y en consecuencia conduce siempre a la aplicación de una sanción más grave de la que en puridad le corresponde.

Por ello, Lippold concluye que ninguna de las posibles soluciones analizadas resulta completamente satisfactoria, si bien entre todas ellas, propone como la más adecuada la solución consistente en establecer un concurso ideal entre el primer delito abrazado y el delito abrazante, en concurso real con los restantes delitos (*Teilkammerungslösung 1 y 2*) <sup>64</sup>.

Jakobs propone una solución distinta a las anteriores pretendiendo respetar el concurso real existente entre los delitos abrazados y el concurso ideal con el delito abrazante, mediante la aplicación de una pena obtenida por la combinación de los distintos sistemas sancionadores previstos por la legislación alemana para el concurso real y el ideal. Así, este autor señala que

---

<sup>62</sup> También, en sentido crítico con esta solución: JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1997, pp. 1106-1107.

<sup>63</sup> A favor de esta solución: SCHMITT, en *ZStW* n° 75 (1963), p. 48; STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 358. Este autor considera que la limitación que para estos casos utiliza la jurisprudencia, invierte de tal forma la relación regla-excepción, que es preferible admitir siempre pluralidad de hechos, con independencia de que el delito abrazante se encuentre sancionado con una pena más grave, igual o menor que para los delitos abrazados. También en nuestro país es de esta opinión: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 155.

<sup>64</sup> Cfr. LIPPOLD, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten*, 1985, pp. 58 y 65. No la acepta, JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1997, p. 1107.

la pena que ha de corresponder en estos supuestos se debe determinar de la siguiente manera: en primer lugar, habría que establecer la pena (pena global) correspondiente a los delitos en pluralidad de acciones de acuerdo con las reglas del concurso real, y sin tener en cuenta la unidad de acción con el delito común. Luego, habría que completar la pena global a la que se ha llegado estableciendo un concurso ideal con la del delito común según las reglas del § 52 del StGB, siempre que el delito común en unidad de acción no fuera una *quantité négligeable* en relación con la gravedad de los delitos en pluralidad de acciones. Las penas accesorias se aplicarían teniendo en cuenta el principio de combinación<sup>65</sup>.

Esta solución en sí significa admitir que el concurso ideal puede quedar configurado por un concurso real y un delito, lo que en mi opinión resulta difícil de aceptar en tanto el concurso real se conforma de una pluralidad de delitos cometidos en virtud de una pluralidad de acciones independientes, y si en el concurso ideal es necesario que al menos se dé una identidad parcial entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes, como he sostenido, ésta no existiría si al final el concurso ideal recoge igualmente a los delitos entre los que no existe unidad de acción<sup>66</sup>.

Ninguna de estas últimas soluciones doctrinales es la aceptada por la jurisprudencia alemana, pues aunque admita el concurso ideal por efecto abrazadera, exceptúa su aplicación en los casos en que todos los delitos

---

<sup>65</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1997, p. 1107. La solución propuesta por este autor resulta posible dado el sistema que para la determinación de la pena del concurso real prevé el StGB alemán. Sin embargo, de aceptarse esta modalidad de concurso ideal en nuestro país resultaría imposible, ya que del sistema de acumulación de las penas previsto para sancionar el concurso real no resulta una pena global sino que las distintas penas mantienen su individualidad. Vid., *infra* Capítulo X, 2.2.

<sup>66</sup> También, en sentido crítico con esta solución: GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, pp. 313, nota 301. Este autor niega la solución de Jakobs ante la imposibilidad de que un concurso ideal de delitos se configure más que sobre la base de delitos pero no entre concursos de delitos. Este mismo autor, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigidos por Quintero Olivares, 2ª ed., 2001, p. 434.

abrazados estuvieran concretamente sancionados con una pena más grave que el delito abrazante por razones de política criminal <sup>67</sup>.

#### **4.2.- El concurso ideal por efecto abrazadera en la doctrina española**

En lo que respecta a la doctrina española, la mayoría de los autores que han prestado atención a esta modalidad, pues generalmente se alude a ella a efectos meramente expositivos de la doctrina alemana, niegan la posibilidad de admitir estos supuestos como una modalidad del concurso ideal, ya acepten o no la identidad parcial de los actos ejecutivos <sup>68</sup>. Así, por ejemplo Sanz Morán

---

<sup>67</sup> Vid. GÖSSEL / MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal, parte general*, t. 2, 1995, pp. 571-572, con la jurisprudencia allí citada, explicando la evolución jurisprudencial cuyos primeros pronunciamientos excluían al concurso ideal en favor del concurso real, cuando el delito abrazante resultase menos grave que uno de los abrazados, situación que se modifica a partir de 1982. Desde entonces la exclusión sólo se produce cuando todos los delitos abrazados son de mayor gravedad que el abrazante. Se observa, pues, la restricción que sufre la tendencia a desmembrar el concurso ideal, ampliando los casos en los que es posible apreciar un concurso ideal por efecto abrazadera.

GÖSSEL se muestra especialmente crítico con esta nueva corriente jurisprudencial, que califica de especialmente peligrosa por los efectos que puede tener sobre la criminalidad organizada. También en este mismo sentido, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t II, 2003, p. 827.

Comparte la posición de la jurisprudencia cuando sólo uno de los delitos abrazados es de mayor gravedad que el delito abrazante: WESSELS, *Derecho penal, parte general*, 1980, pp. 234-235; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed. alemana, 1993, pp. 659-660. También, se hace eco de la nueva doctrina jurisprudencial, WELZEL, *Derecho Penal alemán*, 11ª ed., alemana, 4ª ed., española, 1993, p. 274.

<sup>68</sup> Así por ejemplo, CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 360; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1987, p. 605, nota 41; GARCÍA ALBERO, “*Non Bis in Idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, pp. 310-311; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 1995, p. 634; GONZÁLEZ RUS, *Comentarios al Código penal*, dirigido por M. Cobo de Rosal, t. I, 2000, pp. 1023-1025.

Por el contrario aceptaba el concurso ideal por efecto abrazadera con la misma salvedad que la jurisprudencia alemana, CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 68. Para este autor, el criterio jurisprudencial adoptado en Alemania resultaba aceptable desde diversos puntos de vista, pero sobre todo por razones de justicia material, pues resultaba absurdo otorgar un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el simple hecho de que “además” se hubieran realizado en unión de

ha venido a señalar que al no existir en estos casos identidad alguna entre los procesos ejecutivos propios de los tipos concurrentes y siendo la única relación entre ellos su referencia a un mismo tercer delito no resulta admisible la “transitividad” que ha de mediar entre los diversos tipos. De ahí que para este autor la aceptación del concurso ideal por efecto abrazadera, aunque fuera con las limitaciones que establece la jurisprudencia alemana, nunca sería aceptable, pues no existen razones que obliguen a su admisión, y por el contrario su aceptación a lo que conduciría sería a una grave injusticia <sup>69</sup>. Argumento que comparten, García Albero y González Rus rechazando la posibilidad del concurso ideal por efecto abrazadera <sup>70</sup>.

#### **4.3.- Análisis de la jurisprudencia española sobre el concurso ideal por efecto abrazadera y la aplicación de la teoría del desmembramiento**

En lo que respecta a nuestra jurisprudencia, y teniendo en cuenta lo ya expuesto anteriormente sobre la concurrencia delictiva en los delitos permanentes, resulta muy difícil encontrar alguna resolución que aborde esta modalidad de concurso ideal. Por eso resulta interesante analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2001 (RJ. 2001/4570) en la que se trata este tema a raíz de la pretensión del recurrente de aplicar esta modalidad concursal.

---

otro menos grave, desapareciendo entonces, la razón que justificaba el régimen menos severo del concurso ideal. Por otra parte, para Cuello la solución que se adoptaba con el concurso ideal por efecto abrazadera confirmaba la función que a la teoría concursal le otorgaba. Así, siempre sería la configuración de los tipos de la Parte Especial en conjunto la que en definitiva permitiría obtener una solución concursal u otra de las ofrecidas por el legislador, y donde la pena asignada a cada tipo habría de jugar un papel interpretativo fundamental.

<sup>69</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 214-215.

<sup>70</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1995, p. 313, quien, además, denunciaba que con esta teoría se introducía en el concepto de unidad de acción, que atiende a un mero presupuesto fáctico, elementos de carácter valorativo ajenos a una conexión que debe ser valorativamente neutra.

En esta resolución se había de juzgar los siguientes hechos:

*“Entre las 22,30 horas y las 23 horas del día 27 de agosto de 1998, Rafael M. G y otra persona que le acompañaba y que no ha podido ser identificada, abordaron a María del Rosario G. R y su esposo Alfonso, cuando sacaban de su domicilio en el piso... del núm. 2 de la calle la Luna de Oviedo, una bolsa de basura. Tras echarles a los ojos un spray irritante, les empujaron al interior de la vivienda donde les golpearon con porras hasta conseguir atarlos de pies y manos a unas cuerdas que llevaban, tras lo cual continuaron golpeándoles con el fin de que les informaran del lugar donde se encontraba la llave de la caja fuerte, para lo que no dudaron en poner un cuchillo en el cuello de María del rosario y de propósito producirle un corte en un dedo de la mano izquierda y un pinchazo en el muslo de la pierna izquierda. Una vez abierta se apoderaron del dinero que había en el interior y que ascendía a 1.000.000 de pesetas, también cogieron un reloj Omega valorado en 450.000 ptas.*

*Abandonaron el lugar dejando atados e inmovilizados a los perjudicados.*

*El acusado es hermano del agredido y mantiene malas relaciones por motivos económicos y de herencia, conocía la vivienda por ser la residencia familiar hasta el fallecimiento de su madre y al cometer estos hechos actuó en todo momento con el rostro cubierto por un pasamontaña para impedir la identificación.*

*A consecuencia de los golpes sufridos Alfonso M. G. resultó con lesiones de las que curó a los 20 días precisando de tratamiento médico durante 8 días y quirúrgico consistente en cirugía menor (sutura de las heridas) y María del Rosario G. R. resultó con lesiones de las que curó a los 63 días precisando tratamiento médico durante 15 días”.*

La Audiencia de instancia condenó a Rafael M. G. como autor responsable de dos delitos de detención ilegal, uno de robo con violencia y dos delitos de lesiones con arma o medio peligroso a las penas de seis años de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal, cinco años por el delito de robo con violencia y cinco años por cada uno de los delitos de lesiones, todos ellos en concurso real por lo que en total era sancionado con una pena de prisión de 27 años de duración.

La defensa de Rafael M. G. recurrió la mencionada sentencia, y entre otros motivos alegó que debía aplicarse al caso la doctrina alemana

denominada “unidad de acción por efecto de abrazamiento” prevista para aquellos casos como el presente en el que hay distintos delitos (detención ilegal y lesiones) que están relacionados en unidad de acción con un tercero (robo), a lo que el Tribunal Supremo respondió de la siguiente manera:

*“Esta misma doctrina alemana tiene su excepción –no podría ser de otro modo– en aquellos casos en los que las consecuencias punitivas habrían de ser tales que quedara sin cubrir la antijuricidad de algunos o de algunos de los delitos concurrentes. Es una idea fundamental, orientadora en la interpretación de las normas penales en materia de concursos, el que la pena resultante siempre ha de ser tal que abarque la totalidad de la ilicitud del comportamiento punible. Esta idea válida para distinguir entre concurso de normas (art. 8 CP) y concurso ideal (art. 77.1º. inciso 1º), también ha de tenerse en cuenta para fijar los límites de éste último (concurso ideal). No cabe apreciar esta doctrina del efecto abrazadera cuando el contenido de injusto es tan amplio que la aplicación de las normas limitadoras de la pena por la pretendida existencia del concurso ideal llevaría consigo una pena notoriamente insuficiente para abarcar la totalidad de la ilicitud de la conducta a sancionar. En realidad lo que pretende aquí el recurrente es que cinco delitos (dos de detención ilegal, dos de lesiones y uno de robo), cuyas penas totales en la sentencia recurrida alcanzan los veintisiete años de prisión, queden penados con una privación de libertad de seis años, el máximo del delito de detención ilegal. Ciertamente aquí no cabe aplicar la mencionada doctrina del efecto”<sup>71</sup>.*

---

<sup>71</sup> El Tribunal Supremo consideró, no obstante, que no existían los dos delitos de detención ilegal por los que venían siendo condenados ya que la inmovilización de los esposos cesó inmediatamente después de marcharse del piso los dos que lo asaltaron, de tal modo que el período de privación de la libertad de movimientos de las dos víctimas coincidió prácticamente con el período en el que se desarrolló el delito de robo. Por consiguiente, quedaban sólo las dos condenas por los delitos de lesiones y el delito de robo con violencia, reconociendo el Tribunal la posibilidad de que los primeros fueran el medio necesario para el robo (concurso medial), si bien no lo aprecia por considerar que en el presente caso se produjo un evidente exceso en la producción de las lesiones respecto de esa finalidad del robo, dada la motivación de odio, venganza y resentimiento que mediaba entre los hermanos.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2000 (EDJ 2000/35493) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8ª, de 1 de febrero de 2002 (EDJ 2002/10244), si bien en este supuesto aprecia una relación medial entre el delito de allanamiento de morada y un delito de robo con



---

violencia, sin embargo el delito de detención ilegal que se produce a consecuencia de la permanencia en el domicilio de la víctima es sancionado de forma independiente, al igual que las lesiones ocasionadas a raíz de la resistencia de los moradores.

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003 (EDJ 2003/1592) en la que se plantea la concurrencia entre los delitos de detención ilegal, robo con violencia y una falta de lesiones. Según señala la sentencia hubo un delito de detención ilegal cometido durante una hora aproximadamente, que tenía por finalidad llevar a la víctima a un lugar apartado para darle allí una paliza, y durante ese lapso de tiempo, en un cacheo que realizaron sobre la persona del detenido, probablemente para comprobar si se encontraba o no armado cuando éste se hallaba esposado, le descubrieron unas llaves y treinta y cinco mil pesetas de las que se apoderaron. A consecuencia de la paliza que finalmente se le propinó se le causaron unas lesiones que no necesitaron de tratamiento médico ni quirúrgico. Y estima que la solución concursal que cabe apreciar entre los mismos es la de concurrencia real entre las tres infracciones cometidas pues se tratan de infracciones jurídicamente independientes aunque, según reconoce el propio Tribunal, entre ellas existen algunos elementos comunes al haber cometido el robo y las lesiones en el tiempo de la detención ilegal, pues durante el desarrollo de ésta se produjeron aquellas otras dos ilicitudes penales. Así, decía la sentencia: “El delito de robo nada tiene que ver con la falta de lesiones. Ambas infracciones aparecen conectadas con la detención ilegal, pero independientes entre sí. Veamos ahora qué relación existió entre estos dos delitos. Hay dos elementos comunes entre el delito de detención ilegal y el robo, que son su coincidencia en el tiempo, ya que el primero estaba cometido (delito de consumación instantánea y de efectos duraderos) cuando el segundo se produjo y, además la fuerza utilizada para la consumación y subsistencia de la detención fue aprovechada como medio para la comisión del robo.

Sin embargo, entendemos que esta doble coincidencia no es suficiente para que exista concurso ideal entre ambas (medial desde luego no hubo, pues la finalidad de la detención no fue la de quitar nada al secuestrado, sino darle una paliza). El robo se produjo de modo incidental durante el secuestro: Pudo cometerse antes o después del desarrollo y aparece fuera de los propósitos de sus autores hasta que, al cachear a Antonio, le encontraron ese dinero del que se apropiaron. Tal carácter incidental nos obliga a considerar este hecho como independiente de la privación de libertad del ofendido a los efectos de su punición. También son separables la falta de lesiones y el delito de detención ilegal, aunque exista entre ellos asimismo esas coincidencias en el tiempo y en el uso de la fuerza que acabamos de indicar. Aquí existe además otra coincidencia que es la que nos crea dificultades: en el propósito de los autores la detención se produjo como un hecho instrumental respecto de la paliza que pretendían dar a Antonio. Desde luego al existir una pluralidad de acciones hay que excluir el concurso ideal” y concluye afirmando que no la hubo por lo que sanciona los delitos en concurrencia real. Podremos estar o no de acuerdo con los argumentos de la sentencia pero lo que es de alabar es que al menos razona y explica el porqué del desmembramiento de los delitos concurrentes, algo muy poco habitual no sólo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sino también en la jurisprudencia menor.

De las palabras transcritas podría en principio deducirse que nuestro Tribunal Supremo parte de la posibilidad de que este tipo de concurrencia ideal es admisible, salvo cuando la consecuencia jurídica resultante fuera insuficiente para cubrir la totalidad del injusto cometido, a modo de lo que la jurisprudencia alemana mantiene.

Sin embargo en mi opinión, esta afirmación del Supremo es ficticia porque partiendo de la solución jurídica que prevé nuestro legislador para la concurrencia ideal y la real, el juicio comparativo que efectúa entre el número de delitos cometidos y la pena resultante difícilmente podría decantarse a favor de la concurrencia ideal.

En primer, lugar porque la diferencia punitiva que se prevé por nuestro legislador para un supuesto de concurso ideal frente a uno real es tan grande (la pena más grave en su mitad superior frente a la suma de las penas correspondientes a todos los delitos cometidos), que genera una sensación de impunidad en el concurso ideal frente al real tan importante que no sólo en estos supuestos, sino incluso en los que existe una identidad total de los actos ejecutivos, como hemos podido comprobar, le resulta difícil aceptar la concurrencia ideal y, busca argumentos para desmembrar lo que en pura teoría sería un concurso ideal. En segundo lugar, este tipo de supuestos parte ya de inicio de al menos tres delitos, de los cuales uno de ellos será el que determine la pena a imponer y el otro la agravación, pero el tercero es evidente que no tendrá efecto relevante en la fijación de la pena. Y ello sin duda, hará que siempre se haya de decantar por la concurrencia real, si el fundamento para su decisión se basa en la pena resultante y en el número de delitos cometidos.

Por último, si la comparación se efectúa entre el número de delitos y la pena resultante no es necesario que nos encontremos ante un concurso ideal por efecto abrazadera para denegar la aplicación de la solución del concurso ideal, pues, como ya he tenido la ocasión de demostrar cuando se dan una pluralidad de delitos, aún existiendo una coincidencia total en los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes, los tribunales optan por desmembrar el concurso ideal,

apreciando éste y castigando el resto de los delitos en concurrencia real a fin de obtener una pena superior que encaje mejor desde una perspectiva de justicia material con el total de injusto de los hechos cometidos. A mayor número de delitos, se encuentren o no en concurrencia ideal, los tribunales optan por aplicar las reglas de la acumulación material.

Si como propongo de *lege ferenda* el sistema sancionador del concurso ideal fuera el de absorción agravada con exasperación facultativa, la diferencia punitiva entre esta última modalidad concursal y la real sería inferior, y además los distintos delitos cometidos tendrían un reflejo en la pena definitiva, lo que en consecuencia facilitaría la posibilidad de admitir este tipo de concurrencia sobre la base de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo.

No obstante, en mi opinión las razones utilizadas por el Alto Tribunal son ciertamente superfluas pues si bien habla del contenido de injusto de los delitos concurrentes no los analiza. Apreciar o no este tipo de concurrencia ideal debe sustentarse más que en la pena resultante, pues ello es un problema del sistema sancionador elegido por el legislador para esta concurrencia delictiva, en la fundamentación del concurso ideal, esto es, en la identidad o no de los actos ejecutivos de los que se hayan derivado los distintos delitos. En este sentido la solución jurídica no podría ser la que aplicaba el Tribunal de condenar por todos los delitos en concurrencia real, sino la de haber estructurado los delitos existentes en atención a su identidad. Así por ejemplo, los dos delitos de detención ilegal, independientemente que en el supuesto analizado no fueran posteriormente considerados, estarían en concurso ideal pues entre los mismos existía una identidad total, y a su vez las lesiones ocasionadas a raíz de la violencia ejercida para la sustracción, sin perjuicio de que en este caso pudiera ser superior a la necesaria para el apoderamiento, dada la mala relación existente entre los hermanos, también estaría en concurso ideal con el delito de robo con violencia, y ambos concursos ideales en concurso real en tanto no se da identidad entre ambos, pues la violencia ejercida con el fin de conseguir la información sobre el lugar en el que se encontraban las llaves de la

caja fuerte en nada contribuye al sostenimiento de la privación de la libertad de movimiento. De haberse apreciado la existencia de estos dos concursos ideales la pena resultante habría sido de 11 años, frente a los 27 años de la sentencia o los 6 años que resultarían de aplicar el concurso ideal por efecto abrazadera. Una pena que se ajusta más al contenido de injusto de los hechos cometidos, pues en ella tiene su reflejo la unidad de acción en los delitos de detenciones ilegales y el de robo con violencia y las lesiones ocasionadas.

Piénsese, además, que estos sujetos por el simple hecho de que cometerían los dos delitos de detención ilegal con la concurrencia de otros delitos son sancionados, al apreciar exclusivamente un concurso real, con una pena superior a la que les hubiera correspondido de haber llevado a cabo en los mismos términos sólo los delitos de detención ilegal, pues en este caso se habría apreciado la concurrencia ideal sin problema, correspondiéndole una pena de seis años frente a los doce que le impuso la sentencia de la Audiencia.

En definitiva de lo que se trata es de no ir del todo a la nada, esto es, no es posible aceptar los casos de concurso ideal por efecto abrazadera pues no existe en todos los delitos concurrentes la identidad de los procesos ejecutivos que exige el concurso ideal, pero tampoco hay un concurso real propio ya que no todos los procesos son independientes, sino que se da cierta identidad que debe tener su reflejo punitivo.

#### **4.4.- Toma de postura**

En un principio estoy de acuerdo con los autores que mantienen la no admisibilidad de esta modalidad concursal por efecto abrazadera dado que en ella se reúnen delitos en los que no existe unidad de acción y la que realmente existe no puede extender sus efectos hasta tal punto que permita reunir en un concurso ideal hechos que en sí mismos son independientes, pues el contenido de injusto que conllevan estos últimos no justificaría en modo alguno que se

privilegiara por el mero hecho de concurrir en unidad de acción con otro u otros. Ahora bien, negar esta modalidad no significa que en dichos casos haya entonces de afirmarse, sin más, que existe un concurso real entre todos ellos pues esto igualmente resultaría injusto dada la unidad de acción que también se da entre los delitos concurrentes.

Si bien en la doctrina alemana se han propuesto soluciones diversas, como hemos visto, en la española se rechaza dicha posibilidad pero sin aportar soluciones que resuelvan estos supuestos, decantándose en consecuencia por la aplicación de las reglas del concurso real.

A mi modo ver la solución propuesta por Jackobs adolece del defecto de reunir en definitiva en un concurso ideal hechos que son en sí mismos independientes, pero sin embargo permite obtener una pena media entre el concurso ideal y el real reflejando así el contenido de injusto de los delitos concurrentes ya que con la solución punitiva propuesta se tiene en cuenta tanto la unidad como la independencia de los hechos. No obstante, esta propuesta no es posible conforme a la legislación española dada las características del sistema sancionador previsto para el concurso real. Sin embargo, *de lege ferenda* la modificación de los sistemas sancionadores del concurso real y del ideal a favor de un sistema de exasperación obligatoria para el primero y de absorción agravada con exasperación facultativa para el segundo, sí permitiría el obtener una sanción adecuada al contenido de injusto para estos supuestos intermedios, a través de su combinación.

De *lege data*, la solución defendida por Lippold de establecer un concurso ideal entre el delito abrazado y el abrazante, en concurso real con los restantes delitos resulta satisfactoria en tanto mantiene el fundamento del concurso ideal intacto, esto es, la apreciación de una unidad de acción donde realmente existe y por otra parte también consigue una pena intermedia entre la que resultaría de aplicar un concurso ideal o un real y en consecuencia más ajustada al contenido de injusto de los hechos cometidos.

Lo difícil será determinar cuál de los delitos abrazados debería de ser el elegido para establecer la concurrencia ideal con el delito abrazante y cuál de ellos entraría entonces en concurrencia real. En mi opinión, la concurrencia ideal debería estar sustentada por el delito abrazante y aquel de los delitos abrazados cuyo proceso ejecutivo coincida en más elementos con el del delito abrazante, dejando a la concurrencia real aquel cuya identidad fuera menor, y ello con independencia de las penas que a cada uno le corresponda. En caso de identidades iguales la elección sería indiferente.

Se trataría pues, de aceptar la teoría del desmembramiento pero parcialmente en la que se conjuguen en cierta medida la concurrencia ideal y la real.

## **CAPÍTULO VII**

### **LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL EN LOS DELITOS IMPRUDENTES, EN LOS ACTOS PREPARATORIOS Y EN LA PARTICIPACIÓN**

#### **1.- EL CONCEPTO DE UNIDAD DE ACCIÓN Y UNIDAD DE HECHO EN LOS DELITOS IMPRUDENTES**

##### **1.1.- El concurso ideal de delitos imprudentes**

Bajo la vigencia del Código penal de 1973, se sostuvo una importante polémica entre la doctrina y la jurisprudencia española acerca del sistema de incriminación que para la imprudencia establecía dicho texto legal, es decir, si se trataba de un sistema de un *crimen culpae* o de un sistema de *crimina culposa*<sup>1</sup>, con las repercusiones que la adopción de uno u otro sistema se derivan para la concurrencia de los delitos imprudentes.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimó tradicionalmente que la producción de varios resultados como consecuencia de una infracción del deber de cuidado daba lugar sólo a un delito, rechazando de

---

<sup>1</sup> La diferencia entre un *crimen culpae* o *crimina culposa* tiene su origen en la técnica legislativa utilizada para la incriminación de los delitos imprudentes. Así, el *crimen culpae* significa que existe un solo delito de imprudencia, y es propio de los sistemas en los que se castiga el obrar imprudente que causa un resultado mediante una cláusula general (*numerus apertus*), mientras que los *crimina culposa*, supone distintos delitos imprudentes independientes regulados en los Libros II y III del Código Penal (*numerus clausus*).

esta forma y sobre la base del *crimen culpae* la aplicación de las reglas concursales a los delitos imprudentes <sup>2</sup>.

No era este, sin embargo, el parecer de la mayoría de la doctrina, que a pesar de la cláusulas generales previstas en los antiguos artículos 565 para los delitos y 586 bis y 600 para las faltas <sup>3</sup>, concluía que en nuestra regulación, y sobre todo tras la reforma de 1989, sólo cabía admitir un sistema de *crimina culposa*. Por tanto, la doctrina sostenía que en los supuestos de producción de una pluralidad de resultados como consecuencia de una imprudencia debían de seguirse igualmente las reglas concursales, apreciándose un concurso ideal o real en atención a que fuera única o plurales las infracciones del deber de cuidado cometidos <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (A. 6783). En el mismo sentido: SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 843; MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código penal*, 1990, p. 413.

También, CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 351, y tras modificar su concepto de unidad de acción estimaba en la misma línea que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el tipo de delitos culposos (*crimina culpae*) se agotaba en la infracción del deber objetivo de cuidado siendo indiferente, pues, el número de resultados típicos en orden a la determinación del número de infracciones cometidas.

<sup>3</sup> Disponía el artículo 565 del Código penal de 1973 lo siguiente: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. Cuando se produjere la muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 ó 421.2º, a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad (...). En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61”. Respecto de las faltas imprudentes, vid. artículos 586 bis y 600 del Código penal de 1973.

<sup>4</sup> Vid. en este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, p. 121; CEREZO MIR, en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez- Vitoria*, t. I, 1983, pp. 131 y ss; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 215; ROMEO CASABONA, en *ADPCP*, 1990, pp. 474-479; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 1993, p. 267; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, parte general*, 1996, p. 525, del mismo, *Derecho penal de la Circulación*, 2ª ed., 1990, pp. 164 y 232-234; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, 1996, p. 305.



---

Una interpretación especial ofreció a este respecto: VIVES ANTÓN, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 3, 1977, pp. 177 y 188; del mismo autor *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 19-22. Este autor admitía el concurso en los delitos imprudentes, si bien no aplicaba el régimen sancionador del artículo 71 del viejo Código, sino uno propio para los delitos imprudentes previsto en el artículo 565 regulador de la imprudencia temeraria. Así, entendía Vives que cuando el legislador establecía que: “cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 ó 421 a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrá en su grado máximo las penas señaladas a este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados a juicio del Tribunal cuando *el mal fuera de extrema gravedad*”, era porque consideraba sólo a efectos punitivos que el mal real causado por la acción imprudente constituía una unidad. Es decir, que si el párrafo transcrito del artículo 565 preveía la imposición del grado máximo de la pena en casos de muerte o lesiones ocasionadas por impericia o negligencia profesional, estableciendo a renglón seguido que en estos casos la pena podría elevarse en uno o dos grados, era porque con esta última parte del precepto se estaba pensando en los casos en los que se producía una pluralidad de resultados, pues la muerte como tal no es susceptible de graduación. Luego, concluía este autor, que el artículo 565 incorporaba su propia regla concursal al margen de las previstas en los antiguos artículo 69 y siguientes del Código de 1973, pero sin prejuzgar que desde el punto de vista material, que no penológico, hubiera de afirmarse la unidad o pluralidad de hechos, ni por consiguiente, la admisión de un *crimina culpae*.

A esta teoría podría habersele refutado, que si bien la muerte no puede graduarse, las lesiones sí, pero, no obstante, de entenderse que el resultado era único y no plural como entendía este autor, se hubiera dado la paradoja de poder sancionar con la misma pena unas lesiones del artículo 418, para las que se requería dolo de primer grado, y las causadas por imprudencia que tuviera el alcance de algunas de las allí previstas (reclusión menor), o al menos con pena superior a la prevista en los antiguos artículos 419 y 420.

Por otra parte, esta teoría tampoco podía ser aceptada por otros motivos. En primer lugar porque según el tenor del precepto transcrito la elevación de la pena en uno o dos grados de producirse ese “resultado plural”, no era más que una facultad concedida a los Tribunales limitada a los casos en los que se tratase de impericia o negligencia profesional, por lo que de no aplicarse o de no tratarse de aquel tipo de imprudencia, permitiría, en los casos que para Vives existía verdaderamente una pluralidad de delitos, un tratamiento penológico idéntico a cuando se tratase de un sólo delito. Por otra parte, al ser facultad de los tribunales, su no aplicación no permitiría ni siquiera su alegación en casación, al margen de constituir una interpretación extensiva contra reo.

Sin embargo, la polémica se solventó en la doctrina más generalizada a favor de entender que las reglas generales del concurso serían de aplicación, también, a los delitos imprudentes, pues, la exclusión que hacía el propio artículo 565, de las reglas del artículo 61, no podía extenderse a las reglas concursales.

Vid. sobre esta polémica, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, 18ª ed., 1995, p. 856.

Se entendía que las pluralidades de infracciones imprudentes provenían de una misma acción en el sentido del concurso ideal cuando el mandato de evitación del resultado no podía cumplirse por el autor entre los resultados individuales, es decir, cuando entre la producción de dichos resultados no existiese la posibilidad de observar nuevamente el mandato de cuidado <sup>5</sup>.

Teniendo como referencia esta posición doctrinal, no se puede decir que la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995, suponga modificación alguna respecto a la situación anterior, aunque en el mismo se haya abandonado el sistema de cláusula general para la regulación de los tipos imprudentes y se haya sustituido por una regulación cerrada de los mismos.

Sin embargo respecto de la jurisprudencia el criterio sancionador para la concurrencia de delitos imprudentes sí ha sufrido un profundo cambio, pues ha abandonado el criterio mantenido bajo la vigencia del Código penal de 1973 y ahora sí llega a apreciar pluralidad delictiva en caso de ser varios los bienes jurídicos afectados, aunque los mismos se hayan producido como consecuencia de una misma infracción del deber de cuidado <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 139. En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 110; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, parte general*, 1996, p. 525; CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, parte general*, t. I, 2ª ed., 2001, pp. 419 y 427.

<sup>6</sup> Otra es sin embargo la opinión de DELGADO GARCÍA, en *La Ley*, t. 1, 1996, pp. 1687, para quien, aún reconociendo la modificación legal del sistema de *crimina culposa*, considera que los jueces deben mantener el tratamiento de estos supuestos como un solo delito de imprudencia, pese a las consecuencias múltiples que puedan derivarse. Para este autor, éstas sólo habrán de tenerse en cuenta en la individualización de la pena dentro de los márgenes que la ley confiere, y sobre todo, a efectos de responsabilidad civil.

También en sentido contrario a la mayoría de la doctrina: SERRANO BUTRAGUEÑO, en *La Ley*, 2002, t. 1, pp. 1841-1845. Este autor niega la aplicación de las reglas del concurso ideal a los supuestos en los que de una misma acción imprudente se deriven una pluralidad de resultados por dos motivos. El primero de ellos porque considera que el grado de antijuricidad o ilicitud de un hecho delictivo imprudente combina en desigual proporción el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. En este sentido pone como ejemplo el hecho de que un mismo resultado de muerte, en atención a que éste se haya causado por medio de una imprudencia leve o grave se encuentra sancionado de manera diferente por el Código penal (artículos

621.2 y 142.1 respectivamente), y por consiguiente el predominio del desvalor de acción frente al desvalor del resultado en los delitos imprudentes es muy superior y en él ya se agota prácticamente todo el reproche punitivo: “pues, en dicho desvalor ya se tiene en cuenta, entre otras cosas, el peligro de lesionar múltiples bienes jurídicos ajenos, así como el valor de éstos”, manifiesta el autor citado. En segundo lugar sustenta esta opinión en el principio *non bis in idem*, ya que entiende que en atención a ese desvalor de la acción imprudente el asignar una pena a cada resultado, supone castigar la misma conducta una y otra vez; es decir, una vez por cada resultado. Y concluye señalando que estos casos de unidad de comportamiento imprudente con múltiples resultados lesivos constituyen un supuesto de infracción única que a modo de lo que ocurre con los delitos complejos o con conceptos globales, agrupa diversos resultados lesivos típicos, cuya sanción responde a un principio de pena única propia del principio de absorción simple: “la correspondiente a la imprudencia punible grave o leve unida al más grave de los resultados lesivos, en toda su extensión”.

No puedo estar de acuerdo con esta opinión por varias razones. En primer lugar porque aunque pueda ser cierto que el desvalor de acción en los tipos imprudentes tenga un papel más relevante que el desvalor de resultado, ello nunca puede significar que si los múltiples resultados producidos constituyen otras tantas lesiones de bienes jurídicos, éstas sólo deban ser tenidas en cuenta en la individualización judicial de la pena. El bien jurídico de cada tipo penal desempeña un papel principal a la hora de delimitar los supuestos de unidad de delito respecto de los de pluralidad delictiva, y en el caso de bienes jurídicos personalísimos, como son los que corresponden a los supuestos planteados por Serrano Butragueño, determina que tantos sean los lesionados, tantos los bienes jurídicos, sin que exista razón para que por la circunstancia de que el hecho sea imprudente deba modificarse esta regla. En efecto, el contenido de injusto de un hecho imprudente con un solo resultado lesivo no es el mismo que si de la misma acción imprudente u omisión del deber de cuidado se derivan una pluralidad de ellos, por tanto con la sola aplicación del artículo 142.1 por ejemplo en caso de haberse producido una pluralidad de fallecimientos no se cubre el total contenido de antijuricidad del hecho cometido.

El grado de evitabilidad del resultado puede influir, entre otros factores, en la calificación del hecho imprudente como grave o leve pero no tiene por qué determinar la unidad o pluralidad delictiva de tipos imprudentes, pues ello vendrá dado según lo ya dicho por el contenido de antijuricidad del propio hecho, del mismo tipo imprudente y de los bienes jurídicos afectados.

Y en segundo lugar, y siendo esto así, tampoco puedo estar de acuerdo con que un solo hecho imprudente con pluralidad de resultados se deba concebir como un delito complejo o un tipo con conceptos globales, pues ni el Código lo concibe así, ni la muerte se puede considerar un concepto global sino todo lo contrario, queda perfectamente individualizado respecto a cada una de las personas cuyo fallecimiento se produzca. Y lo mismo cabe decir de las lesiones o de cualquier otro resultado que afecte a un bien jurídico personalísimo. Por ello no creo que la aplicación a estos supuestos de las reglas del concurso ideal infrinja el principio constitucional del *ne bis in idem*, porque lo que precisamente suponen las reglas del concurso ideal es todo lo contrario: no sancionar dos o más veces un elemento que es común a todos los tipos concurrentes.

En este sentido, y recogiendo lo hasta aquí señalado se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001 (EDJ 2001/11074) en la que se hace de eco de esta nueva forma de proceder en caso de concurrencia delictiva imprudente:

*“Es cierto que el sistema de <<crimen culpae>>, que mantenía el Código penal derogado, considera que el delito imprudentes es único y que el resultado solo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc) carece de importancia, dado que todo conforma el <resultado> que será tratado de forma unitaria a los efectos de la penalidad en este sistema los supuestos imprudentes son "numerus apertus". Por el contrario, el sistema de los <<crimina culposa>>, que sigue el vigente Código penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos (...).*

*Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario que se tomará en consideración en su individualidad, y el alcance entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva (...).*

*Entre las diferencias entre un sistema y otro presenta especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples. Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, con el sistema del <<crimen culpae>> se considera como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en la que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización. Con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el artículo 77 del Código penal”<sup>7</sup>.*

---

En mi opinión Serrano Butragueño confunde la unidad de acción con la unidad de delito, y otorga a la primera un papel que va más allá de lo que realmente le corresponde, conforme a lo expuesto en este trabajo.

<sup>7</sup> En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 (EDJ 2000/30331); también: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, de 15 de abril de 2002 (EDJ 2002/20954); Sentencia de la Audiencia Provincial

Las consecuencias pues que se derivan de esta nueva forma de tipificar los delitos imprudentes por el Código penal de 1995 resultan evidentes a efectos de la concurrencia delictiva. Ahora bien lo que ya no resulta tan claro es la forma en la que los partidarios de la teoría de la unidad de hecho entienden la concurrencia ideal entre tipos imprudentes, y de ello me voy a ocupar a continuación.

### **1.2.- El concurso ideal de delitos imprudentes según los partidarios de la “unidad de hecho”**

Los defensores del concepto de unidad de hecho, consecuentes con su concepto de hecho, deberían entender que también en los tipos imprudentes el número de resultados materiales producidos multiplica el número de hechos cometidos. Sin embargo, otra es la opinión de este sector doctrinal que sin ofrecer un razonamiento expreso, otorgan para la concurrencia ideal un tratamiento diferente según se traten de tipos dolosos de resultado o de tipos imprudentes.

A pesar de que este sector doctrinal considera que la inclusión del resultado en el concepto de hecho de los tipos dolosos de resultado viene dado precisamente por exigencias del propio tipo, cuando se trata de delitos imprudentes entienden que los resultados que sean producto de una misma infracción del deber de cuidado no van a multiplicar el número de éstas, manteniendo en consecuencia la unidad de hecho sólo desde la perspectiva de la acción unitaria.

Cabe, entonces cuestionarse por qué en los tipos imprudentes el resultado no ha de incluirse en el concepto de unidad de hecho cuando para

estos tipos el papel que desempeña el resultado es incluso más decisivo que en los delitos dolosos de resultado <sup>8</sup>.

En mi opinión, la razón viene dada casi por una necesidad de no llegar a conclusiones insostenibles en orden a las consecuencias jurídicas que se derivarían cuando de una sola infracción de cuidado se produjeran una pluralidad de resultados materiales.

En efecto, de seguirse el mismo criterio del resultado para los delitos imprudentes que para los delitos dolosos, la consecuencia jurídica que entonces cabría imponer según la tesis de estos autores resultaría excesivamente gravosa. Piénsese, por ejemplo en los numerosísimos accidentes de circulación que desgraciadamente se producen a diario. Lo más frecuente, es que en estos casos la infracción de cuidado sea única, si bien, los resultados suelen ser plurales. Optar en estos casos por un concurso real daría lugar a sanciones enormemente desproporcionadas al hecho cometido.

Y por otra parte, siendo esto así, ¿cómo se puede entonces sostener que la concurrencia ideal homogénea no es posible conforme al tenor literal del artículo 77 cuando se trata de delitos dolosos de resultado y sí de tipos imprudentes?.

Recordemos que Mir Puig es uno de los defensores a ultranza de este concepto de unidad de hecho. Para este autor no cabe apreciar esta modalidad concursal porque según manifiesta el precepto que regula esta forma concursal tanto en su redacción dada por el Código penal de 1973 como por el actual,

---

<sup>8</sup> Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., 1982, p. 67; del mismo autor, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., 1990, p. 302, donde le atribuye al resultado de los delitos imprudentes un papel de límite de garantía de seguridad, como única prueba admisible para dirigir un proceso contra una persona.

A este respecto, y acertadamente en mi opinión, ponía de manifiesto HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, pp. 43 y ss., que aunque Mir Puig negara de principio que el desvalor de resultado de un delito imprudente en nada afecta al contenido de injusto del mismo, al reconocer, sin embargo, que afectaba directamente al propio desvalor de acción, lo que estaba admitiendo en realidad era que en la configuración del tipo imprudente confluye tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado.

sólo se refiere a supuestos en que los delitos concurrentes tienen distinta gravedad, pues la norma remitía y remite a “la pena prevista para la infracción más grave”. Expresión que es interpretada por el autor citado como una indicación de la ley de que ésta no había pretendido abarcar, a diferencia de lo previsto por la legislación alemana, el llamado concurso ideal homogéneo<sup>9</sup>.

Sin embargo, si de una única omisión del deber de cuidado, por ejemplo el saltarse un *stop* se produce la muerte de dos sujetos, tanto desde la concepción de la unidad de acción como desde la de la unidad del hecho se acepta un concurso ideal de dos delitos de homicidio imprudente. Y esto es un concurso ideal homogéneo. No hay ningún precepto distinto en el Código penal que pueda aplicarse a este supuesto más que el artículo 77 y éste tampoco prevé consecuencia jurídica distinta según se trate de delitos dolosos o imprudentes, por lo que si cabe la modalidad homogénea del concurso ideal en los tipos imprudentes debe también ser posible en los tipos dolosos de resultado.

En definitiva, el tenor del artículo 77 no se opone a la posibilidad del concurso ideal homogéneo sean tipos dolosos o imprudentes.

Por otra parte, esta formulación del concepto de unidad de hecho para los tipos imprudentes sin tener en cuenta el resultado o resultados producidos resulta igualmente necesaria a fin de sostener las soluciones que este sector propone para los casos de *aberratio ictus*, el error en la persona jurídicamente relevante y para los casos de preterintencionalidad<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 632.

<sup>10</sup> Así, en lo que se refiere a la preterintencionalidad, la no consideración del resultado en los delitos imprudentes era consecuencia obligada para mantener la solución jurídica que para estos casos había propuesto el propio MIR PUIG, en *Revista jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 57 y ss. Así, señalaba este autor que en aquellos casos en los que el resultado fuera más allá de lo pretendido por el autor se habría de solucionar a través de la figura del concurso ideal por existir una unidad de hecho idéntica al delito doloso consumado y al delito imprudente. Con ello, lo que venía a señalar este autor, era que en los casos en los que se produjera un resultado doloso y otro imprudente, éste último no producía el mismo efecto que en el supuesto de que el resultado fuera consecuencia de una acción dolosa. De esta forma, y a pesar de la existencia de una

### **1.3.- Conclusiones**

En conclusión, si el resultado en los delitos imprudentes no produce los mismos efectos en el concepto de unidad de acción que en los delitos de resultado doloso, a pesar de que el mismo también forme parte de los tipos imprudentes, es porque las consecuencias que de ello se derivan resultan absolutamente injustas. Y con ello se constata que con la adopción del criterio del resultado como criterio delimitador de la unidad y pluralidad de acciones, y a su vez del concurso ideal y real, de lo que se trata tan sólo es de buscar la consecuencia jurídica adecuada a la concurrencia delictiva según el caso concreto <sup>11</sup>.

Y en mi opinión, esta forma de operar nunca podrá ser la adecuada porque se desconoce el auténtico contenido de injusto de los hechos. Nuevamente hemos de reiterar que el intentar modificar el presupuesto del concurso ideal para adecuarlo al sistema sancionador previsto por el legislador resulta erróneo. La fundamentación del supuesto de hecho debe responder a un valor de injusto y si su consecuencia jurídica no es adecuada al mismo, lo que habrá que hacer es de *lege ferenda* modificar la regla concursal para que se ajuste al verdadero contenido de injusto de cada caso y no forzar el ámbito del referido supuesto de hecho hasta tales extremos que, o bien se excluyan supuestos que realmente tienen la fundamentación del concurso ideal, como sucede en los casos del concurso ideal homogéneo, o se llegue incluso a modificar el propio concepto de unidad de acción según el tipo de delito del que se trate.

---

pluralidad de resultados no se podía afirmar la pluralidad de hechos. Una afirmación contraria le habría obligado a reconducir estos casos al concurso real. Y lo mismo cabe decir respecto de la *aberratio ictus* y del error en persona jurídicamente relevante.

<sup>11</sup> Es también de esta opinión, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., 1997, p. 427.



## **2.- LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN LOS ACTOS PREPARATORIOS**

### **2.1.- Posiciones doctrinales sobre la concurrencia delictiva en los actos preparatorios**

La doctrina alemana entiende mayoritariamente que los actos típicos de ejecución a los que se ha de atender para establecer la identidad de los tipos concurrentes comienza con la tentativa punible. Esto es, que el límite mínimo del proceso ejecutivo que permite apreciar la identidad propia del concurso ideal viene determinado por el principio de ejecución en el sentido de la distinción entre la tentativa punible y los actos preparatorios punibles.

Así, Warda entendió que si en el antiguo § 73, idéntico en este sentido al actual § 52, se utilizaba la expresión “Verletzt”, era porque desde el propio precepto se estaba exigiendo que el inicio del proceso ejecutivo se fijara en el primer acto ejecutivo, determinado según el criterio adoptado para delimitar los actos preparatorios de la tentativa punible <sup>12</sup>.

La adopción de este punto de partida significa que sólo puede apreciarse el concurso ideal bien cuando los diversos tipos estén consumados; o uno de ellos lo esté y otro quede en grado de tentativa; o cuando mientras el proceso de ejecución de un tipo dure, se comience la ejecución de otro nuevo tipo.

En nuestro país, y en términos muy semejantes a los mantenidos por la doctrina alemana se pronunció Rodríguez Mourullo. En este sentido, y sobre la

---

<sup>12</sup> Cfr. WARDA, en *JuS*, 1964, cuaderno 3, p. 87. Se hace eco también de este momento para apreciar la identidad de los procesos ejecutivos de los delitos en concurso ideal, STRATENWERHT, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 358. Sin hacer expresa mención a los actos preparatorios pero estudiando la identidad de los procesos ejecutivos del concurso ideal refiriéndose a la tentativa: LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20ª ed., 1993, pp. 373 y 374; HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1996, pp. 278 y 279; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, pp. 821 y ss.

base del tenor literal del antiguo artículo 4 del Código penal de 1973 <sup>13</sup>, sostuvo este autor, que las reglas concursales en general, y el concurso ideal en particular no resultaban de aplicación a los actos preparatorios punibles, “pues presupuesto de aplicación de los mismos es la *ejecución*, siquiera sea parcial, de hechos constitutivos de un particular tipo delictivo” <sup>14</sup>.

Al definir en términos generales dicho precepto la conspiración, la proposición y la provocación como un concierto, una invitación o una incitación a la ejecución de un delito, sólo se estaba exigiendo por el legislador que existieran dichos comportamientos, con independencia de que se dirigieran a la comisión de un delito o a una pluralidad de ellos <sup>15</sup>. Circunstancia que se ratificaba en los artículos 3, párrafo primero y 52 del mismo texto <sup>16</sup>, pues éstos también se limitaban a señalar que la conspiración, la proposición y la provocación lo fueran para delinquir, sin atender a que los delitos proyectados pudieran ser uno o varios <sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> El artículo 4º del Código penal de 1973 definía a los actos preparatorios punibles de la siguiente manera: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiera seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

<sup>14</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 163.

<sup>15</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 164-165.

<sup>16</sup> Disponía el artículo 3.1 del Código penal de 1973 que “Son punibles: el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir”. De forma semejante se expresaba el artículo 52, al señalar que: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.

Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir”.

<sup>17</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 164.

Desde otra perspectiva, Vives Antón también negó la aplicación de las reglas concursales a los actos preparatorios punibles. Para este autor, la falta de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico protegido en los actos preparatorios punibles, hacía impensable la posibilidad de un concurso de delitos<sup>18</sup>. Por tanto, si en supuesto concreto un acto preparatorio punible estuviese dirigido a la comisión de dos o más delitos, no podría, según este autor, hablarse de un concurso de delitos sino de un concurso de leyes a solventar con la aplicación del delito más grave proyectado, conforme al principio de alternatividad (artículo 68 del Código Penal 1973)<sup>19</sup>.

Distinta fue, sin embargo, la postura sostenida por Cuello Contreras, quien sí aceptó la posibilidad de aplicar las reglas concursales a los actos preparatorios, y atendía para determinar la modalidad concursal al hecho propio de la conspiración, de la proposición o de la provocación, es decir, a los actos en que consistieran el acuerdo, la invitación o la incitación, pero siempre y cuando no se hubiese iniciado la fase de ejecución de ninguno de ellos<sup>20</sup>.

## **2.2.- Opinión personal**

Para solventar esta polémica y tomar una postura al respecto, es importante tener en cuenta la aportación de Mir Puig sobre la naturaleza de los

---

<sup>18</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1987, p. 537.

<sup>19</sup> En este mismo sentido optan por el concurso de leyes cuando los actos preparatorios estén dirigidos a la comisión de una pluralidad de tipos: ORTS BERENGUER, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 18, 1982, pp. 499-500, para quien, ya se partiera de una concepción objetiva o subjetiva para justificar la punición de los actos preparatorios, la solución jurídica a la conspiración de dos o más delitos sería la de un concurso de leyes, pues sólo un delito había. También, OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1986, pp. 429-430; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, parte general*, 18ª ed., 1995, pp. 771 y 779, quienes señalaban que si para los actos preparatorios punibles no se exigía la realización de acto ejecutivo alguno, salvo la simple exteriorización del propósito criminal, no era posible la admisión de un concurso de delitos.

<sup>20</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1978, pp. 105 y 207.

actos preparatorios como acciones penadas por la ley, y en consecuencia como nuevos y distintos tipos de la Parte Especial <sup>21</sup>.

El Código penal de 1995 adopta un sistema distinto a la hora de tipificar los actos preparatorios punibles, pues tan sólo viene a sancionar aquéllos que expresamente estén previstos por el legislador <sup>22</sup>. Esta opción legislativa responde a la intención del legislador de sancionar los actos preparatorios más graves (principio de intervención mínima), pero también supone un reconocimiento de que las conductas sancionadas son tipos nuevos y distintos de los delitos a los que se refieren. No en vano su aplicación es subsidiaria. Por ello, y dado que se tratan de auténticos tipos creo que no existe inconveniente en aplicarles las reglas concursales por las razones que paso a exponer.

En primer lugar, y a diferencia de lo que sostiene Vives Antón, aunque los actos preparatorios no supongan una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o al menos no lo suficientemente cercana para su sanción, lo cierto es que, la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en la comisión de un hecho criminal tiene la entidad suficiente como para justificar su punición. Siendo esto así, esa peligrosidad no reside sólo en el hecho en si mismo considerado sino que se podrá cuantificar en atención a la entidad del

---

<sup>21</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1973, pp. 371-375. Señalaba este autor que: “si como parece lógico, las figuras del artículo 4 (Código Penal de 1973) *no constituyesen fases de concreción* de tipos de la Parte Especial, sino que, no hallándose incluidas en el alcance abstracto de dichos tipos, suponen la descripción de nuevos y distintos tipos, dotados del mismo nivel de abstracción que aquéllos y susceptibles, por ello, de los mismos grados de ulterior concreción que ellos, puede afirmarse que tales figuras son «acciones penadas por la ley» en el mismo sentido típico-abstracto en que interpretamos antes esta expresión del artículo 1, en relación con el artículo 6”.

<sup>22</sup> Los artículos 17 y 18 del Código penal de 1995 definen los actos preparatorios de la siguiente manera: artículo 17.- “1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito incita a otra u otras personas a ejecutarlo. 3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley”. El artículo 18 dispone: “1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea”.

proyecto criminal en el que se involucra a un tercero, siendo mayor o menor según sea la clase de delito proyectado y/o el número de infracciones en el que se involucre a un sujeto. De hecho el legislador de 1995 no ha sancionado cualquier invitación, incitación o conspiración para delinquir sino sólo aquellas que por la naturaleza del delito proyectado merecen un mayor reproche social, y tampoco entre los actos preparatorios penados impone idéntica pena sino que esta la hace depender de la prevista para el delito proyectado. Por tanto, de la misma manera que no puede tener idéntica respuesta penal el que incita a un sujeto a cometer un robo que el que incita a matar a un sujeto, el contenido de injusto del comportamiento de un sujeto que involucra a un tercero para matar a un sujeto no puede tener la misma respuesta penal que la de un sujeto que lo que hace es incitar a que se lleven a cabo varios homicidios.

Por esta razón de justicia material considero que la pluralidad de actos preparatorios sancionables debe tener una repuesta igualmente plural, mediante la aplicación de las reglas concursales.

Tampoco comparto la solución del concurso de leyes plantada por Vives Antón como la única correcta y posible para la provocación. Pues según este autor, la exigencia legal de que la provocación esté dirigida a una pluralidad de personas impide la apreciación de una pluralidad delictiva<sup>23</sup>. Pues bien, en mi opinión, la provocación no sólo se define por el destinatario de la misma, sino que además exige de un medio comisivo determinado y un mensaje consistente en la incitación directa a la perpetración de un delito, por lo que no se puede confundir el mensaje con el destinatario, pues el destinatario según la definición legal sólo podrá ser plural, pero el mensaje podrá consistir en incitar directamente a la comisión de un solo delito o a la comisión de una pluralidad de ellos y por lo señalado anteriormente la respuesta penal deberá ser distinta según se trate de un supuesto u otro. De hecho, el legislador utiliza el término delito en singular. Por ello reitero que si la incitación es a una

---

<sup>23</sup> Vid. VIVES ANTÓN, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, pp. 105-106.

pluralidad de delitos, la apreciación de una sola provocación por las reglas del concurso de leyes, no cubriría el contenido de injusto global de esa incitación. Piénsese por ejemplo que la incitación tuviera como objetivo matar a una persona por determinadas razones y destruir su negocio o incendiar su domicilio. Si considerásemos que entre estas incitaciones existe un concurso de leyes, el hecho habría de sancionarse sólo por la incitación a cometer un homicidio o asesinato y quedaría impune la incitación al delito de incendio y/o daños, lo que en mi opinión resulta del todo injusto en atención al propio contenido de injusto del mensaje difundido.

En segundo lugar, y ya desde una perspectiva más formal entiendo que si los actos preparatorios punibles también realizan tipos legales no podrán sustraerse de las reglas concursales, que son las previstas para dar una respuesta a los supuestos de pluralidad delictiva. No existe nada en la regulación de las mismas que excluyan su aplicación.

Admitida por mi parte la posibilidad de una concurrencia entre tipos de conspiración, de provocación o de proposición, el siguiente paso será determinar el criterio según el cual se haya de elegir la modalidad concursal correspondiente.

En un principio, y sobre la base de los mismos argumentos que me han permitido afirmar la posibilidad de una concurrencia entre actos preparatorios, se podrá determinar la concreta modalidad concursal que en cada caso corresponda. Y así, si cada uno de los actos preparatorios punibles se describen sobre la base de una determinada acción, cuando la misma acción resulte común a dos tipos deberá apreciarse un concurso ideal. Por ejemplo, si de un mismo acuerdo se proyecta cometer un delito de homicidio y otro de lesiones, habrá de apreciarse un concurso ideal entre los tipos previstos en los artículos 141 y 151 del Código penal, pues, el mismo hecho constituye ambos tipos.

No obstante esta afirmación, la particular naturaleza jurídica como delitos no autónomos, esto es, dependientes de los delitos principales, plantea el problema de hasta qué punto repercutirá en la calificación del hecho si de la

mera preparación se pasa a la fase de ejecución. De ello me ocuparé en el apartado siguiente.

Por último, he de hacer referencia a aquellos casos en los que por razones de política criminal, actos que en un principio tan sólo deberían ser considerados como actos preparatorios no punibles se tipifican como infracciones independientes<sup>24</sup>. En estos casos, como quiera que los mismos adquieren la condición de delitos de peligro abstracto<sup>25</sup>, me remito a lo que expondré más adelante sobre la concurrencia en este tipo de delitos<sup>26</sup>.

### **3.- LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN LA PARTICIPACIÓN**

#### **3.1.- Posiciones doctrinales sobre la concurrencia delictiva en la participación**

En un principio la doctrina y la jurisprudencia alemana discreparon sobre cómo habría de calificarse la participación en los casos en que el autor material ejecutara una pluralidad de delitos; así, mientras la primera consideraba que para apreciar unidad o pluralidad de acciones en la actuación de un partícipe lo determinante sería su acto de participación<sup>27</sup>, la

---

<sup>24</sup> Así por ejemplo, el artículo 400, del Código penal de 1995 que sanciona “La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”.

<sup>25</sup> Así: COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1987, p. 536; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 1753.

<sup>26</sup> Vid. *infra*, Capítulo IX, 1.

<sup>27</sup> Por ejemplo: MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 1955, p. 363; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, pp. 424-425, quien partiendo del naturalismo propio de la teoría de la unidad, fundamentaba esta posición señalando que del mismo modo que una pluralidad de tipos no podía desdoblarse la acción básica en varias acciones independientes, ni la pluralidad de resultados podía originar tal multiplicación, tampoco en la participación podía producirse dicho efecto. Para ambos autores el principio de accesoriedad sólo podía establecer la relación existente entre el

jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial consideró que la unidad o la pluralidad de acciones del partícipe dependería no de sus actos sino del número de hechos principales, otorgando de esta manera al principio de accesoriedad la facultad de transmitir la calificación de la unidad o pluralidad de acciones del autor material al partícipe, y en consecuencia privando al aporte de éste de toda significación autónoma<sup>28</sup>.

Fue a partir de la sentencia RG 70, 26 de 1935, por la que se juzgaba a un individuo que había inducido mediante una sola exhortación a dos sujetos a que cometieran dos perjurios, cuando se modificó el criterio jurisprudencial a favor del doctrinal, pues, se calificó esta acción inductora como única, a pesar de que el hecho principal se hubiese desarrollado mediante dos acciones independientes<sup>29</sup>, concepción que, además, se impuso y que es hoy unánimemente aceptada<sup>30</sup>.

En este sentido, cabe destacar la aportación que al respecto ha hecho Roxin a través de su teoría de la causación, como teoría del ataque accesorio al bien jurídico (*akzessorischer Rechtsgutangriff*). Así, explica este autor que si el injusto del partícipe se deriva no sólo del hecho que comete el autor, sino también del propio ataque al bien jurídico que aquél en cuanto tal realiza, el hecho del inductor en el sentido de los §§ 52 y 53 del StGB alemán, es su acción de inducción y no la realización del tipo por el autor. Existiría, pues, una inducción en unidad de acción del § 52 si alguien mediante una sola exhortación incita a uno o a varios autores a la comisión de varios delitos<sup>31</sup>.

---

acto del partícipe y el hecho principal punible, pero no que el mismo hubiera de ser castigado por lo que hiciera el autor principal. Cada uno, autor y partícipe habrían de ser, pues, castigados por su acción.

<sup>28</sup> Vid. HARTUNG, en *SJZ*, 1950, p. 327, y la jurisprudencia allí citada.

<sup>29</sup> Vid. HARTUNG, en *SJZ*, 1950, pp. 327-328.

<sup>30</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, p. 968.; BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 1987, p. 253.; GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, vol. II, 7ª ed. alemana, 1995, p. 532; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1997, p. 1083.

<sup>31</sup> Cfr. ROXIN, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10ª ed., 1985, § 26, marginal 32, p. 105.



De esta forma, pone de manifiesto Roxin como en el injusto de una participación, siendo decisiva su vinculación con el hecho principal, no puede, sin embargo configurarse completamente sin atender también, al desvalor del hecho llevado a cabo por el propio partícipe que contiene un ataque independiente al bien jurídico. Por ello, aunque el autor material realizara varios hechos, la acción de la inducción de ser única no se vería afectada por la pluralidad de acciones del hecho principal <sup>32</sup>.

En nuestro país, Rodríguez Mourullo, en la misma línea que lo expuesto respecto de los actos preparatorios punibles, consideró que las actuaciones de los partícipes no constituían auténticos delitos, esto es, conducta descrita en un tipo de la Parte Especial, y en consecuencia resultaba imposible la aplicación del antiguo artículo 71, que exigía como presupuesto para su aplicación, precisamente las conductas reguladas en los Libros II y III de nuestro Código. Así, para este autor, al partícipe nunca le serían de aplicación las reglas concursales, salvo cuando al autor material se le castigara por un concurso ideal, pues en estos casos la aplicación del concurso real al partícipe, supondría un castigo más severo para éste que el del propio autor material, y ello quebrantaría la exigencia derivada de la naturaleza accesoria de la participación <sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Aceptan en nuestro país esta teoría como fundamento para sancionar la participación: RUIZ ANTÓN, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 11, 1980, pp. 61, 65-66; del mismo autor, *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 206; COBO / VIVES, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1987, p. 562; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 1990, p. 355; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1990, p. 754 (conclusión XIII); GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer un delito*, 1995, p. 56.

<sup>33</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 1972, p. 870. Por su parte, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 1990, p. 245, nota 38, considera discutible la no aplicación de las reglas concursales a la participación, dada la interpretación que Rodríguez Mourullo hace del término “delito” como presupuesto de las reglas concursales, pues, considera que aún de ser aquella una interpretación correcta debería, no obstante, ser siempre de aplicación analógica las reglas del concurso ideal porque ello entrañaría un tratamiento más benévolo para el partícipe.

Mir Puig en el estudio anteriormente citado <sup>34</sup>, analizó también la naturaleza de la participación y concluyó, acertadamente, que los tipos de participación también tienen la condición de acciones penadas por la ley con el mismo grado de abstracción que las conductas previstas por los tipos de los Libros II y III del Código Penal <sup>35</sup>. Por tanto, si los tipos de participación son nuevas acciones penadas por la ley, la tesis mantenida por Rodríguez Mourullo sobre la inaplicabilidad del antiguo artículo 71, cae por su propio peso.

No obstante, Mir Puig también negó la aplicación de las reglas del concurso ideal a la participación mediante una sola acción en varios hechos principales, aunque sobre la base de un argumento completamente diferente al anterior <sup>36</sup>. Para este autor, la no aplicación de dichas reglas venía dada en atención a su criterio de que la producción de varios resultados empíricos se oponía en cualquier caso a la apreciación de la “unidad de hecho” que caracteriza al concurso ideal <sup>37</sup>.

Sólo González Cussac ha tratado de fundamentar la aplicación de las reglas concursales a la participación, como la doctrina alemana, desde el principio de accesoriedad. En este sentido, señala este autor que si la inducción, como en general cualquiera de las formas de participación se encuentran referidas a la ejecución de un hecho, que no es el que realiza el partícipe sino el autor material, no pueden por más que seguir la misma suerte que la del autor material. De esta forma, si la actuación de los ejecutores se califica de concurso real, igualmente debe hacerse para los partícipes <sup>38</sup>. Si el

---

<sup>34</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1973.

<sup>35</sup> Cfr. MIR PUIG, en *ADPCP*, 1973, pp. 368-369.

<sup>36</sup> Cfr. MIR PUIG, en “Adiciones” al *Tratado de Derecho penal* de JESCHECK, vol. II, 1981, p. 978.

<sup>37</sup> Cierta es la afirmación de PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 245, donde señala que el criterio defendido por Mir Puig nada tenía que ver con la idea de la accesoriedad.

<sup>38</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Poder judicial*, n° 27, 2ª época, 1992, p. 47. También, DEL ROSAL BLASCO, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 40, 1990, p. 114. Para quien el hecho no pertenece al inductor sino al autor material. Así mantenía que “si la inducción no es, más que una forma de participación castigada con la misma

inductor sigue la suerte del autor material, como consecuencia de esta concepción de la accesoriedad, es indiferente que el hecho del inductor sea único o plural, pues en todo caso, habría que calificar su comportamiento en atención a como se hubiera calificado el del autor material.

Se trata, pues, de resolver dichos casos a través de la teoría de la causación orientada a la accesoriedad. Así, si conforme a esta teoría la accesoriedad juega un papel principal que lleva a derivar completamente el injusto de la participación del injusto del autor, entonces la calificación de la participación en una pluralidad delictiva seguirá la misma suerte que la del autor material. Es decir, que si se califica de concurso real la actuación del autor principal esta misma calificación se apreciará en los partícipes con independencia del número de acciones que éstos hayan llevado a cabo realmente.

### **3.2.- Toma de posición**

En mi opinión, el carácter dependiente de la participación respecto al hecho principal debe tener su reflejo a la hora de efectuar la valoración jurídica que merezca la participación como unidad o pluralidad delictiva, pero el comportamiento real del partícipe a éste pertenece, y sólo a éste. Por tanto, la valoración del sustrato fáctico de su conducta será la que determine la modalidad concursal a aplicar según que su contribución haya sido en una unidad de acción o en una pluralidad de acciones. Si respecto de la actuación del autor material he mantenido que no tiene el mismo injusto según lleve a cabo su comportamiento en unidad de acción o en pluralidad de ellas no

---

pena que la del autor, su calificación jurídica debe seguir la misma suerte que la del autor material”.

En sentido contrario, GONZÁLEZ RUS, en *Comentarios al Código penal*, t. I, 2000, p. 1030.

encuentro razón para no aplicar esta misma valoración cuando se trate de un partícipe, y ello sin perjuicio de su carácter accesorio.

La necesidad de que la actuación del partícipe sea valorada en sí misma resulta además imprescindible en determinadas ocasiones en las que por ejemplo, un sujeto A induzca a B a cometer un delito y a su vez en un mismo acto o en una pluralidad de ellos induzca a C a la realización de otro, y éstos de manera independiente los cometan. En este supuesto entre el hecho de B y el de C no hay un concurso de delitos porque la concurrencia de delito requiere ineludiblemente la imputación a un único sujeto. B realizará un solo hecho y C otro pero los mismos no conformarán un concurso real, pues constituyen un supuesto de unidad de delitos para cada uno de ellos. Sin embargo, la actuación de A sí que debe ser calificada como un supuesto de concurrencia delictiva en tanto ha inducido a la comisión de dos hechos delictivos que deberá ser calificada de concurso real o ideal en atención a como se haya llevado a cabo la inducción. En este supuesto el hecho principal no puede ni debe determinar la calificación del partícipe.

Por otra parte, la accesoriedad que rige la participación tampoco puede extenderse hasta el punto de que un partícipe que haya llevado a cabo, por ejemplo, una inducción a una pluralidad de delitos en un sólo acto, deba responder en concurso real si los delitos son ejecutados por el autor de manera independiente, pues, el comportamiento de ese inductor conlleva un contenido de injusto inferior al de quien hubiera realizado varios influjos psicológicos. Por ello la teoría de la causación en los términos expuestos por Roxin, es en mi opinión la que mejor permite valorar la participación con carácter general, y especialmente en los casos de pluralidad delictiva.

En conclusión, y en atención a todo lo anterior he de mantener que las reglas del concurso en general, y las del concurso ideal en particular son también de aplicación a los casos en los que un partícipe mediante una acción intervenga en una pluralidad de delitos, siendo el criterio decisivo para determinar si esa pluralidad de contribuciones concurren ideal o realmente la

atención al acto o actos que lleve a cabo el partícipe con independencia del hecho principal, sin perjuicio de que la participación lo es siempre a un hecho principal, por lo que si éste queda intentado o consumado, afectará no a la concurrencia pero sí a la calificación de los delitos concurrentes y por supuesto a la determinación de la pena que de esa concurrencia delictiva le corresponda al partícipe.

***SEGUNDA PARTE***

***CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA  
JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL EN OTRAS  
INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL Y SU  
APLICABILIDAD EN SUPUESTOS ESPECIALES  
DEL CÓDIGO PENAL DE 1995***

## ***CAPÍTULO VIII***

### ***CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS***

A pesar de la unidad de acción que fundamenta el concurso ideal, la naturaleza plural del mismo no impide que las distintas infracciones que lo conforman sigan manteniendo su individualidad. Cosa distinta es, sin embargo que como consecuencia de la aplicación del principio de absorción agravada la pena definitiva a imponer sea única y ello conlleve unas consecuencias propias para este tipo de concurrencia.

Por consiguiente se debe distinguir dos fases diferentes a la hora de fijar las consecuencias que se derivan de la concurrencia ideal. Una primera, antes de la individualización definitiva de la pena, en la que todos los tipos concurrentes siguen manteniendo su individualidad y por tanto producen efectos; y una segunda tras la determinación de la pena definitiva en la que ésta, como solución jurídica determinada, será la que rijan a fin de derivar las consecuencias propias de la suma de los delitos en concurso que representa el concurso ideal.

## **1.- LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS. LA REINCIDENCIA**

La independencia que se predica de los tipos que concurren idealmente permite la apreciación de todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad que a cada uno de los delitos le correspondan por separado. Así lo admiten de forma unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia <sup>1</sup>.

Pero también es cierto que esa unidad de acción en la que se sustentan los diversos tipos en concurso condiciona si no la apreciación de las circunstancias modificativas sí su valoración, porque en muchas ocasiones la misma circunstancia será común a los delitos concurrentes. Por ello la valoración de las mismas se debe llevar a cabo en una fase de la determinación de la pena que no suponga una plural valoración de la misma circunstancia a fin de respetar el principio *ne bis in idem* o de no beneficiar al reo más allá de lo que le corresponda. De esta cuestión me ocuparé en la parte dedicada a la determinación de la pena <sup>2</sup>.

Los tipos son independientes aunque concurren idealmente pero la unidad de acción como elemento común afecta a la valoración conjunta de los delitos en concurso, incluso en lo que se refiere a las circunstancias modificativas.

Asimismo, el hecho de que en un concurso ideal se declare la responsabilidad penal de cada uno de los delitos concurrentes determina que es posible la posterior aplicación de la circunstancia de la reincidencia por cualquiera de ellos <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, vol. II, 16ª ed., 1974, p. 659.

<sup>2</sup> Vid. *infra*, Capítulo XI, 3.

<sup>3</sup> Vid. en este sentido MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*, 1974, p. 132; CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 85; CUERDA RIEZU, *Concurso de delito y determinación de la pena*, 1992, p. 169.

También es este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1992 (EDJ 1992/3785).



## **2.- LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONCURSO IDEAL**

La concurrencia de varias infracciones en el concurso ideal y medial, así como la sanción prevista para estas formas concursales consistente en una pena única tiene unas connotaciones diferentes a los efectos de la institución de la prescripción según se trate de la prescripción del delito o de la prescripción de la pena. Pasemos a analizarla, centrándonos en primer lugar en la prescripción del delito y en segundo lugar en la prescripción de la pena, y como consecuencia de la extinción de la pena, la cancelación de los antecedentes penales.

### **2.1.- La prescripción de los delitos en concurso ideal**

Tiene razón Cuerda Riezu cuando rechaza sumar los plazos de las penas correspondientes a las distintas infracciones en concurso como criterio para fijar el plazo de prescripción de los delitos en concurso ideal pues ello conlleva alargar desmesuradamente la prescripción. E igualmente resulta rechazable el criterio que atiende exclusivamente a la mayor de las penas individuales, por aplicación analógica del antiguo artículo 113 (hoy artículo 131) <sup>4</sup>, pues como señala este autor, ello supone un acortamiento injusto de la prescripción y desconoce que el concurso ideal se compone de una pluralidad de infracciones<sup>5</sup>. Por ello, Cuerda sostiene que a los efectos de determinar los plazos prescriptivos la pena a tener en cuenta en los supuestos de concurrencia ideal deberá ser la pena resultante de aplicar el principio de absorción agravada y ello incluso para aquellos casos en los que el concurso ideal o medial resulten

---

Vid. sobre el particular *supra*, Capítulo VI.

<sup>4</sup> Disponía el antiguo artículo 113 del Código penal de 1973 lo siguiente: “Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo”. En idéntico sentido se pronuncia el vigente artículo 131.3.

<sup>5</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 170.

sancionados mediante un sistema de acumulación subsidiario, para los que propone recurrir a la ficción de considerar esa penalidad como una sola pena a efectos de computar los plazos del artículo 113 (artículo 131 Código penal de 1995), ya que otro criterio sería injusto.

En mi opinión, resulta acertado rechazar los criterios que consisten en atender a la suma de las distintas infracciones concurrentes o sólo al plazo previsto para el delito más grave a fin de fijar el plazo de prescripción de los delitos en concurso ideal o medial. En el primer caso, por la razón aludida y en el segundo porque la aplicación analógica de lo previsto en el antiguo artículo 113, actual artículo 131, supone una aplicación analógica contra reo ya que las consecuencias que de la misma se derivan son perjudiciales para el mismo pues, supone extender el plazo de prescripción del delito más grave al menos grave, lo que ya en sí es una agravación respecto de este último. Y aunque el propio el artículo 131 establezca un criterio de elección de la pena más grave para aquellos supuestos en los que un mismo delito esté sancionado con más de una pena, esto es, cuando hay unidad de delito pero con concurrencia de penas, este criterio no puede hacerse extensivo al concurso ideal en tanto en el mismo lo que se da no es una concurrencia de penas sino de delitos.

Pero, no obstante lo dicho, no comparto la idea de que la pena que se haya de tener como referencia para fijar el plazo de prescripción sea la resultante de la aplicación del principio de absorción agravada, y ello por varias razones que paso a exponer a continuación.

Cierto es que el legislador desvalora las conductas que tipifica como delitos o faltas a través de una pena, y que la pena única que prevé para el concurso ideal constituye el reproche total de la concurrencia de las distintas infracciones, y que por consiguiente, esta pena única puede ser el referente a fin de fijar un plazo de prescripción común a todas las infracciones en concurso ideal. Sin embargo, creo que si bien el concurso ideal puede ser sancionado con una pena única, la pluralidad de infracciones que lo componen siguen manteniendo su individualidad hasta el momento de la aplicación de dicha

pena única, según he ido explicando en los apartados anteriores, y por tanto los plazos de prescripción de las distintas infracciones concurrentes también deben mantener su independencia.

La prescripción del delito es una causa de extinción de la responsabilidad penal que no debe verse afectada por el hecho de que concurra con otras infracciones cuya responsabilidad sí puede exigirse. Otra afirmación resultaría injusta, pues con un criterio distinto, esto es, creando un nuevo plazo de prescripción conjunto, se exigiría por un lado, responsabilidad por una infracción que está prescrita según lo previsto por el legislador de no concurrir con otro delito o falta, y por otro se estaría exigiendo un plazo mayor a las infracciones que concudiesen idealmente que a las que concudiesen realmente, para las que sin embargo se predica que cada infracción dé lugar a su propio plazo de prescripción<sup>6</sup>.

En efecto, piénsese en el caso de dos infracciones una grave, sancionada con una pena de prisión de 4 años, cuyo plazo de prescripción es de cinco años y otra cuya pena fuera la de 11 años de prisión, y su plazo de prescripción en consecuencia de 15 años. En este caso, si la pena única, la más grave en su grado máximo, es la que ha de determinar el plazo de prescripción para dichos delitos que concudiesen idealmente, ambos delitos no prescribirían hasta que hubieran transcurrido 15 años, aún cuando el procedimiento contra el culpable se hubiera iniciado seis años más tarde de la comisión del primero de los dos delitos. Pero en el caso de que estos mismos delitos concudiesen realmente, al mantener cada infracción su propio plazo de prescripción, el primero de los delitos habría prescrito y sólo cabría sancionar por el segundo de ellos. Siendo esto así el plazo de prescripción conjunto que se propone alarga el plazo del delito menos grave hasta equipararlo con el delito más grave y en consecuencia produce un efecto sobre la concurrencia ideal que no tiene

---

<sup>6</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 170, quien aboga por que en el concurso real, cada infracción dé lugar a su propio plazo de prescripción.

en la concurrencia real. Esta consecuencia casa mal con la propia esencia del concurso ideal.

Por otra parte, tampoco encuentro razón para atribuirle efectos distintos a esta causa de exención de responsabilidad que a las otras causas previstas por el legislador y que actúan de forma independiente sobre las infracciones concurrentes al margen de la forma en que concurran. Piénsese, por ejemplo, que concurriese un delito privado y otro público y que para el primero se hubiese concedido el perdón del ofendido. En este caso por mucho que ambas infracciones hubiesen concurrido idealmente, al quedar extinguida la responsabilidad por el primero, sólo se exigiría responsabilidad por el segundo, sin que el hecho de la concurrencia ideal tuviera repercusión alguna sobre la misma.

Común denominador entre el concurso ideal y el real es que en ambos concurren infracciones y en consecuencia las mismas han de tratarse con individualidad tanto en uno como en otro caso, si bien, será la pena definitiva, la que tras declarar la responsabilidad por todas las infracciones concurrentes, deba reflejar el contenido de injusto del conjunto de todas ellas, a través de su gravedad, extensión y efectos posteriores.

Por eso, a mi juicio la prescripción del delito debe referirse a la pena correspondiente a cada una de las infracciones por separado porque al delito se refiere, mientras que la prescripción de la pena sí habrá de referirse a la que resulte de la aplicación del principio de absorción agravada pues es la impuesta tras juzgar y valorar el hecho cometido <sup>7</sup>. Los momentos procesales son

---

<sup>7</sup> También entiende que los plazos de prescripción de los delitos en concurso deben computarse por separado: OLAIZOLA NOGALES, en *Actualidad penal*, 1998, p. 9 y 10; quien lo sustenta sobre la base de que independientemente de que las infracciones en concurso ideal o medial se sustancien en un mismo proceso, éstas mantienen su individualidad por lo que las normas de prescripción deben aplicarse a cada uno de los delitos en concurso; que el plazo de prescripción debe ser aplicado con independencia del proceso seguido para enjuiciar los hechos; y por las consecuencias penológicas que de apreciar sólo la prescripción de la infracción más grave puede acarrear para los supuestos de concurso ideal o medial cuyo tratamiento siempre ha estado dirigido a

distintos para los casos de prescripción del delito que para los casos de prescripción de la pena y ello debe ser tenido en cuenta.

En lo que se refiere a la aplicación práctica de los plazos de prescripción en los casos de concurrencia delictiva he de decir que recientemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta un criterio muy distinto a los aquí mencionados, pues, a pesar de haber declarado en reiteradas ocasiones la naturaleza sustantiva de esta institución, sin embargo, hace depender los plazos de prescripción de las infracciones en concurso de cuestiones puramente procesales, al margen de lo dispuesto por el legislador. Así, el Tribunal Supremo declara que cuando concurren delitos o faltas conexos del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal <sup>8</sup>, o se trate de faltas incidentales mencionadas en el artículo 142. 4º.5 del mismo texto legal <sup>9</sup>, se habrá de tener en cuenta únicamente el plazo de prescripción previsto para la infracción más grave de las que concurren, haciendo así extensivo a los supuestos concursales lo previsto para los supuestos de penas compuestas del párrafo 3 del artículo 131 del Código penal <sup>10</sup>.

---

beneficiar al reo.

<sup>8</sup> Los artículos 16, 17 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen como criterio competencial de los tribunales el conocimiento de lo que denomina delitos conexos. En concreto el artículo 17 dispone lo siguiente: “Consideráanse delitos conexos: 1º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”.

<sup>9</sup> Dispone el artículo 142.4º.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo siguiente: “La cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo, en el que se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se hubiere conocido en la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio para perpetrarlos o encubrirlos”.

<sup>10</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979 (A. 4599): “no es posible a efectos prescriptivos que corra el plazo para las faltas, porque estando

En este sentido, es significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1991 (A. 7953), en el llamado “caso de Eufemiano Fuentes”, por la que se condena a Ángel C. B. como autor responsable de un delito de

---

englobada unitariamente en el mismo proceso, las faltas no pueden estimarse prescritas, sino sometidas al plazo más amplio en que el delito de mayor gravedad de los perseguidos pudiera prescribir, pues lo contrario conduciría a dividir la continencia de la causa”; Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1991 (A. 7341), en la que se alega como razón por la cual el plazo de prescripción previsto para las faltas cede a favor del delito al que resulte conexo, la imposibilidad de dividir la continencia de la causa; Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1992 (A. 2735): “un solo hecho [golpes a un testigo por su declaración en un juicio oral por delito] constituye a la vez un delito del artículo 325 bis 2º y una falta de lesiones, no cabe realizar la separación que pretende el recurrente para dar por extinguida la responsabilidad penal por la falta, subsistiendo aquella que podría exigirse por el delito. Ha de entenderse en tales casos que el delito es lo principal y la falta lo accesorio y, por tanto mientras no prescriba aquél, que es el más grave y que por lo mismo tiene legalmente asignado un plazo más largo para ello, no cabe entender que la responsabilidad penal por la falta se pueda extinguir por esta causa”. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1993 (A. 7143) donde se declara lo siguiente: “En el mismo proceso se acusó al recurrente de un delito de falsedad en documento oficial y de una falta de estafa, y en la comisión de la falta concurren cuantos presupuestos se precisan para reputarla incidental respecto del delito a cuya comisión acompañó, acorde con lo que se dispone en la regla cuarta, apartado quinto, del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El acusado, según el relato fáctico de la sentencia de instancia, al presentar un documento oficial falsificado irrogó, con engaño, un desplazamiento patrimonial, del que se benefició en perjuicio de tercero. La persecución, enjuiciamiento y sanción conjunta y simultáneo del delito y la falta resulta obligada y es doctrina reiterada de esta Sala, en tales supuestos, negar la posibilidad de que el plazo prescriptivo de las faltas corra independiente del correspondiente al delito al que viene unida. Ambas infracciones aparecen englobadas unitariamente en el mismo proceso, y las faltas se someten, por su conexión al delito, a efectos de prescripción, al plazo correspondiente a la infracción de mayor rango”.

También, Sentencias del Tribunal Supremo de Sentencia de 28 de septiembre de 1992 (A. 7384); 17 de febrero de 1995 (A. 1180); 22 de junio de 1995 (A. 4843).

En sentido contrario, pero de fechas anteriores: Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1987 (EDJ 1987/9276), en la que se atiende al plazo de prescripción de cada uno de los delitos que conforman el concurso medial, de forma independiente; Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993 (A. 2498) en la que se casaba la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid de 24 de julio de 1991, en la que se había condenado por un delito de falsedad en documento oficial y una falta de estafa en concurso medial. En esta ocasión el Supremo deshace el concurso a fin de apreciar los plazos de prescripción por separado y considera prescrita la falta a pesar de que ambas infracciones se hubieran tramitado como infracciones conexas.

detención ilegal y dos delitos de homicidio, y en la que al margen de todo criterio legal se justifica la aplicación del plazo de prescripción del delito más grave al resto de las infracciones concurrentes sobre la base de la existencia de una conexión natural, íntima e indestructible que se genera en la conciencia de la sociedad respecto de la pluralidad de delitos cometidos.

Transcribo el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia donde se dice lo siguiente:

*“Cuando se da una conducta humana, como manifestación que se exterioriza a través de un hecho o de varios hechos unidos por la abrazadera común, como es el caso que nos ocupa, con una evidente conexidad, no es posible en el momento de juzgar hacer una especie de disección de un comportamiento continuado y plural pero inspirado en una idea central y declarar, respecto de cada una de las acciones aisladamente consideradas, la prescripción por el transcurso del tiempo establecido en la Ley.*

*El instituto de la prescripción, de aplicación a todas las ramas jurídicas, tiene, sin embargo, en el Derecho Penal, una específica significación. La esencial nota que caracteriza a la prescripción en el Derecho Penal es que, cuando ha transcurrido el tiempo que marca la Ley en cada uno de los supuestos, el Estado decide renunciar al ejercicio del poder punitivo que ostenta, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de su persecución se debilita o extingue y los fines básicos de la pena resultan ya prácticamente inalcanzables.*

*Pero cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc., no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiéndolo todo como una unidad. Se trata, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción que la Sala de instancia utilizó, razonándolo de forma adecuada desde un punto de vista o la idea que presidía su realización.*

*Procede, pues, la estimación del motivo. La detención ilegal seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado (cfr. artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”.*

He de advertir que en la citada sentencia en ningún momento se habla de la concurrencia medial que pudiera existir entre el delito de detención ilegal y los homicidios sancionados, ni en el momento de la calificación de los hechos ni en la individualización de la pena, y son sancionados por separado. Tan sólo, y a fin de determinar el plazo de prescripción del delito de detención ilegal se hace referencia a la conexión de este delito y los homicidios con expresa mención de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y ello resulta importante en tanto que no es lo mismo la conexión procesal de los delitos a efectos de ser juzgados en un mismo procedimiento que el apreciar la concurrencia medial <sup>11</sup>. Por consiguiente, si los delitos que concurren lo hacen de forma real y son objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso por mediar entre ellos una cierta conexión de las previstas en el citado artículo de la ley adjetiva, se está facultando con esta doctrina que también en estos casos sea de aplicación este criterio.

Aunque se ha de decir que la realidad es otra y en casos de concurrencia real se aplica normalmente a cada uno de los delitos en concurso su propio plazo de prescripción <sup>12</sup>. No obstante, no quiere decir que una vez sentado este criterio el Tribunal no pueda echar mano de él para buscar la sanción más ajustada al caso. Es frecuente que nuestro Alto Tribunal se guíe por criterios de justicia material en la concurrencia delictiva eludiendo sus elementos definidores. Por eso no sería extraño que a través de este criterio también se tratase de sancionar hechos que en realidad deberían ser declarados prescritos.

El hecho de que la sociedad no olvide el comportamiento ni las consecuencias no puede ser el fundamento que elimine la aplicación de la prescripción, pues en nuestra memoria perduran muchos hechos delictivos

---

<sup>11</sup> Vid. sobre los supuestos de conexidad previstos en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la prescripción de los delitos concurrentes, OLAIZOLA NOGALES, en *Actualidad penal*, 1998, pp. 6-8.

<sup>12</sup> Por ejemplo: Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993 (EDJ 1993/3346) en la que se aplica de forma independiente el plazo de prescripción a cada uno de los delitos en concurso real.



cuyo enjuiciamiento y sanción actualmente serían absolutamente injustos, dado el tiempo transcurrido. Por ejemplo los crímenes que se llevaron a cabo durante la guerra civil española: toda familia recuerda alguno y a sus presuntos culpables y sin embargo no por ello deben ser juzgados ahora si nunca lo fueron.

Sin embargo, estos razonamientos del Tribunal Supremo han tenido una repercusión importante en numerosas sentencias posteriores <sup>13</sup>. En concreto

---

<sup>13</sup> En idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (A. 2379), si bien referida a delitos conexos según el artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de un delito de tenencia ilícita de armas y de dos faltas de malos tratos y una de amenaza. Y tomando el fundamento de la sentencia de 6 de noviembre de 1991, sobre un único propósito dice que la sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias por el mero hecho del transcurso del tiempo parcial en cuanto a esa unidad, todavía subsiste íntegro el derecho a juzgar y a penar, todavía subsiste el fin que la pena pretende.

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1995 (A. 4498), cuyo supuesto de hecho era el siguiente: “El acusado Pedro Álvaro R. T., mayor de edad, sin antecedentes penales, entre las 21 y 22 horas del día 10 de agosto de 1983 conducía un vehículo marca Seat-127 de dos puertas de color blanco sin que haya podido acreditarse su matrícula y propietario en dirección a Puerto Rico, cuando a la altura del cruce «Viuda de Franco» en Playa del Inglés encontró haciendo auto-stop a Encarnación y Pilar del P. S. e Inmaculada S. M a quienes recogió para llevarlas hasta Montaña de Arena sin que durante el trayecto mantuvieran conversación alguna. Una vez en Montaña de Arena el conductor preguntó si por allí estaba Pasito Blanco y al contestar Encarnación afirmativamente y ser requerido por las ocupantes, detuvo el coche bajando en primer lugar Encarnación, que ocupaba el asiento delantero derecho, seguida de Pilar que viajaba en el asiento trasero también a la derecha y al ir a hacerlo Inmaculada, que ocupaba el asiento trasero izquierdo (detrás del conductor) el acusado emprendió bruscamente la marcha, para llevarse a la chica. Inmaculada, asustada por tal actitud, trató de salir del vehículo cayendo y sufriendo heridas de diversa consideración que determinaron su posterior fallecimiento”. En esta resolución no se apreció la prescripción del delito de imprudencia temeraria sobre la base de la siguiente argumentación: “no debe operar la prescripción, pues en supuestos como el que aquí se examina, en que se condena por varios delitos conexos, así detención ilegal e imprudencia temeraria con resultado de muerte, hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones, y por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos, como declara la Sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 1991, según la que, cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales, no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La detención ilegal seguida de homicidio, se dice, no puede separarse de éste, al haber una conexión natural íntima, indestructible, y por tanto, mientras el delito principal no

tuvo especial importancia en el conocido “caso Marey”<sup>14</sup>, pues atendiendo a los mismos argumentos que los ya señalados, se aplicó el plazo de prescripción del delito más grave de detención ilegal condicionada al de malversación de caudales públicos, delito con el que concurría medialmente. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1998 (A. 5855), disponía lo siguiente:

Fundamento jurídico 28º.- *“Pero es que tampoco habría prescrito el delito de malversación unido en concurso medial con el de secuestro, tan estrechamente relacionados los dos entre sí que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, no cabe que la responsabilidad criminal prescriba respecto del uno con independencia del otro.*

*Cierto que algunas sentencias de esta Sala que acogen la jurisprudencia referida usan expresiones aisladas que no se pueden compartir, como son aquellas que dicen que no pueden prescribir de modo aislado los delitos o faltas que se tramitan en el mismo procedimiento junto a otro delito que no ha prescrito, criterio procesal rechazable, porque nunca condicionamientos de este orden (procesal) pueden limitar la aplicación de una norma penal que, en beneficio del reo, declara extinguida la responsabilidad criminal.*

*La mencionada jurisprudencia debe limitarse a criterios sustantivos, los que por ejemplo, nos expone la Sentencia de 6 de noviembre de 1991, dictada en el conocido caso de secuestro y muerte de Eufemiano Fuentes, en cuyo fundamento jurídico 1º podemos leer lo siguiente [...]. Aunque al final de esta cita se aluda al artículo 17 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, las razones que tal resolución expresa son de carácter sustantivo, que tuvieron su continuidad en otras sentencias de este mismo Tribunal. Entendemos que dos delitos en concurso ideal o medial forman una unidad de orden sustantivo tan íntima que no cabe hablar de prescripción de uno cuando el otro aún no ha prescrito. Y esto es lo ocurrido en el caso presente en el que la malversación, para cuya prescripción podría haber regido el*

---

prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado, artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y esto es lo que ocurre igualmente en el supuesto que se examina”.

También, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1997 (A. 7849), donde se enjuicia un concurso ideal entre delito de contrabando y un delito de tráfico de drogas.

<sup>14</sup> Para conocer con exactitud lo alegado por las partes y las distintas resoluciones, Vid. COBO DEL ROSAL, *Caso Marey*, 2003.

*plazo de 10 años, fue un medio necesario para la comisión del delito de secuestro que prescribe a los 15 años”.*

Tanto en esta sentencia como en la del caso de Eufemiano Fuentes, el Tribunal Supremo aplica un mismo criterio, esto es, en cualquier supuesto de concurrencia delictiva que sean objeto de enjuiciamiento unitario de conformidad con las reglas previstas en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal los delitos no prescriben por separado sino que por el contrario, a todos ellos se les debe aplicar el mismo plazo de prescripción, y este será el correspondiente al de la infracción más grave<sup>15</sup>.

En esta sentencia sobre el “caso Marey” el Tribunal Supremo abandona el criterio procesal utilizado y justifica la aplicación del plazo de prescripción del delito más grave al resto de los concurrentes, en la esencia de las figuras del concurso ideal o medial, pero en mi opinión con poca fortuna.

Pues, si bien en el concurso ideal sí se da unidad de hecho, en el concurso medial lo que se dan son hechos independientes. Por otra parte, al fundamentar dicho criterio en la sentencia del caso Fuentes, lo que hace el tribunal es equiparar el mismo criterio a dos modalidades diferentes, la real y la ideal, pues si dicha regla se funda en la unidad del hecho propia del concurso ideal ¿cómo se justifica su aplicación en el concurso real o en medial en los que los hechos son independientes? Si es la unidad de hecho la que fundamenta

---

<sup>15</sup> Esta doctrina, sin embargo, se sigue manteniendo por el Supremo y se han dictado nuevas sentencias que lejos de revisarla como habían propuesto los Magistrados Jiménez Villajero y García Ancos, que formularon voto particular al respecto, ni siquiera se ha cuestionado. Así, por ejemplo, sentencia de 9 de julio de 1999 (A. 5938). También sentencia de 11 de octubre de 1999 (A. 7030) en la que se dice lo siguiente: “Como tiene declarado esta Sala, en reiteradas resoluciones cuando, como aquí ocurrió, un solo hecho constituye delito de atentado y falta de lesiones que se siguen en el mismo procedimiento, al constituir un supuesto de concurso ideal y en la necesidad y conveniencia de no dividir la continencia de la causa, no puede considerarse prescritas las faltas si no lo fue también el delito. Es decir, no cabe computar aisladamente la prescripción de infracciones penales que aparecen necesariamente conectadas y que deben ser enjuiciadas conjuntamente. En tales casos ha de estarse a los plazos y requisitos de prescripción de las más graves de las infracciones enjuiciadas”.

la extensión del plazo de prescripción del delito más grave al menos grave, ¿cuál es la razón sustantiva que justifica la aplicación de este mismo criterio en un supuesto de hechos independientes?.

Esta doctrina no fue aceptada de forma unánime por los Magistrados de la Sala que enjuiciaron el caso, y se emitieron dos votos particulares cuestionándola. En primer lugar, el voto conjunto de los señores Jiménez Villarejo y García Ancos, quienes de una forma más moderada calificaron tal doctrina de discutible y proponían su modificación en vía casacional <sup>16</sup>, y en segundo lugar, el del Magistrado Bacigalupo Zapater quien señaló lo siguiente:

“Queda por considerar el problema de la prescripción de los delitos que concurren (secuestro y malversación). La mayoría de la Sala sostiene, en lo referente a esta cuestión, que en el caso sería de aplicación el precedente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1991 (caso Eufemiano Fuentes), luego de señalar, acertadamente, que no son aplicables al caso los precedentes que excluyen la prescripción independiente de las acciones que surgen de

---

<sup>16</sup> En concreto dicho voto particular dice lo siguiente: “Dos son las cuestiones que deben ser aclaradas para decidir la aplicación o inaplicación de la prescripción a los delitos cometidos: la que plantea la imputación, a algunos de los procesados, de dos delitos que la ley señala distintos plazos de prescripción y la que viene determinada por la presentación de la ya mencionada querrela y la virtualidad de la misma para interrumpir el plazo legal de prescripción. La primera cuestión viene resuelta por la Jurisprudencia de esta Sala que, en sentencia de 6 de noviembre de 1991, 18 de mayo de 1995 y 10 de octubre de 1997, ha dicho que no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos ya que todos, si han sido realizados en virtud de un proyecto único, constituyen una unidad indestructible, de suerte que mientras el delito principal no prescriba, no puede entender prescrito el delito subordinado. Se trata seguramente de una doctrina discutible, que acaso convendría reconsiderar en alguna dirección, pero que en este momento, en que la Sala no está ejerciendo su misión casacional y uniformizadora de la interpretación legal, conviene respetar. En consecuencia, hay que preguntarse en esta coyuntura sólo por la posible prescripción del delito de detención ilegal que es, con toda seguridad, el más importante: por su prioridad en el plan de los procesados y por la mayor gravedad de la pena que al mismo se señala por la Ley”.

Se ha de señalar que en este caso el Tribunal Supremo ejerció las funciones de tribunal de primera instancia dado el aforamiento de algunos de los querrelados.

También en contra de esta nueva doctrina del Tribunal Supremo: MORALES PRATS, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, dirigidos por Quintero Olivares, 2ª ed., 2001, pp. 653-654.

delitos y faltas. En dicha sentencia la Sala había señalado, en un caso de concurso real entre detención ilegal y asesinato posterior de persona secuestrada que la prescripción del delito menos grave, en el caso de la detención ilegal, no se operaba mientras el más grave (asesinato) todavía no hubiera prescrito. Como fundamento único de esta decisión la sentencia del Tribunal supremo de 6 de noviembre de 1991 dice que en tales casos “la sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiéndolo todo como una unidad” (fundamento jurídico 1º). Es decir, la sentencia citada, único precedente en el que se apoya la mayoría, se ha remitido más a una supuesta visión de la sociedad y al supuesto mantenimiento de los hechos en forma independiente en la memoria de la social, que a la voluntad del legislador, dado que la ley penal guarda silencio total sobre esta cuestión. Pero, sin perjuicio de lo discutible de la *ratio decisionis* de la mencionada sentencia desde la perspectiva del artículo 25 de la Constitución española, lo cierto es que, una vez que se ha decidido que los delitos de malversación y detención ilegal condicionada se rigen por las reglas unificadoras del reproche penal contenidas en el artículo 77 Código penal vigente (artículo 71 del Código penal de 1973), no cabe hablar de una supuesta percepción diversificada de los hechos por la sociedad. En verdad en un Estado de Derecho la visión de la sociedad no es otra que la expresada en las decisiones del legislador, que establece que los hechos como el presente deben ser sancionados con una única pena y, por tanto como un hecho único. La visión unitaria de los hechos por el legislador - que en la sentencia mayoritaria no se pone en duda como surge de la aplicación realizada en la misma de las reglas del llamado concurso medial- no se puede desconocer sobre la base del único precedente jurisprudencial que, además, sin ningún apoyo en el texto de la ley, en algún principio jurídico, se refiere a casos diferentes, de concurso real (es decir hechos independientes), y no a supuestos unificados por el propio legislador por la vía del artículo 71 del Código penal de 1973 (artículo 77 del Código penal de 1995), como es el caso que ahora juzgamos. Todo ello sin perjuicio de la posición que se pueda mantener respecto del sentido de esta última disposición”.

“En suma. El rechazo de la prescripción se fundamenta, en primer lugar, en un apartamiento de la línea jurisprudencial más reciente sobre la determinación de los hechos interruptivos, creando una excepción incompatible con el principio de legalidad y con el de culpabilidad, en segundo lugar, en una interpretación errónea, contraria al principio de legalidad, de las penas compuestas y, por último, en una sentencia aislada, de fundamentos dudosamente compatibles con el principio de legalidad, que, en todos modos no sería aplicable a los casos del llamado concurso medial”.

Tiene razón Bacigalupo al afirmar que el fundamento utilizado por la sentencia de 6 de noviembre de 1991 y por la del “Caso Marey” es dudosamente compatible con el principio de legalidad, pero en mi opinión tanto para el concurso real apreciado en la primera de ellas, como para el concurso medial de esta última, pues ello supone otorgar unos plazos de prescripción más largos a los delitos concurrentes cuando dichos plazos no se encuentran previstos por el legislador. Las razones utilizadas, conexión procesal o el que “la sociedad no haya olvidado el comportamiento ni sus consecuencias”, no son razones que la ley contemple como circunstancias que permitan excepcionar los plazos de prescripción.

Sin embargo, lo que no se entiende bien del razonamiento de Bacigalupo es la afirmación de que en estos casos de concurso medial se produce una unificación por el propio legislador de los hechos, pues parece dar a entender con ello que debería haber regido un plazo de prescripción conjunto para ambos, cuando lo que defiende es todo lo contrario: la extinción de la responsabilidad por el delito de malversación de caudales públicos por el transcurso de tiempo previsto de forma independiente para dicho delito, al margen de su concurrencia con el delito de detención ilegal condicionada.

La sentencia del “Caso Marey” fue recurrida ante el Tribunal Constitucional en recurso de amparo nº 3805/1998 alegándose por el recurrente que la condena vulneraba el artículo 25.1 de la Constitución española, al no haber declarado extinguida por prescripción la responsabilidad criminal que se le imputaba al haberse determinado un plazo de prescripción al delito de malversación de caudales públicos superior al establecido en la ley. No obstante la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2001, de 17 de marzo de 2001 (A. 64), al no aceptar la cuestión previa sobre el momento inicial en el

que se debía entender que comenzaba la interrupción del plazo no entró, como habría sido deseable, a considerar el tema que nos atañe <sup>17</sup>.

En resumen, esta argumentación del Tribunal Supremo lleva siempre a alargar el plazo de prescripción de los delitos menos graves, cuando el legislador no ha previsto tal consecuencia, ni para el concurso real, ni para el medial, ni para el ideal, y por ello a mi modo de ver el aplicador del Derecho tampoco puede hacerlo <sup>18</sup>. Tiene por ello razón Bacigalupo y Rey González cuando señalan que esta doctrina del Tribunal Supremo no es admisible en tanto vulnera el principio de legalidad, y porque con ella se llega a una interpretación en contra del reo <sup>19</sup>, máxime cuando se trata del concurso ideal

---

<sup>17</sup> Ciertamente es que el Tribunal Constitucional tiene declarado de forma reiterada que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es una cuestión de legalidad que corresponde a los tribunales ordinarios y que carece por su propio contenido de relevancia constitucional, pero ello no ha de interpretarse en el sentido de que cualquiera que sea la resolución judicial que en un proceso penal se adopte en materia de prescripción penal, la misma sería revisable a través de amparo por razón de la materia que se refiere. Por ello, y aún cuando la sentencia del Constitucional admitiese que la prescripción hubiese quedado interrumpida por la presentación de una querrela en la que no se identificasen los posibles imputados, la controversia planteada a través de los votos particulares y la de este propio recurso de amparo sobre el plazo de prescripción de los delitos en concurso medial, hubiera sido conveniente que el Constitucional se hubiese pronunciado al respecto, pues como hemos señalado en el texto esta doctrina del Tribunal Supremo podría estar vulnerando el principio de legalidad y con ello imponiendo una interpretación en contra del reo que vulnera los más elementales principios constitucionales.

<sup>18</sup> El Magistrado Joaquín Martín Canivell, si bien no hace pronunciamiento alguno sobre la dependencia o independencia de los plazos de prescripción de los delitos en concurso medial, sí rechaza el fundamento empleado por la sentencia para subordinar los plazos de prescripción. En este sentido dice que: “Es cierto que el conocimiento ahora, en la actualidad, de un hecho tan grave como el secuestro de un ciudadano por persona encargada de la protección de la ciudadanía, produce un sentimiento de enérgica repulsa. Pero no corresponde al juzgador ceder ante tales criterios subjetivos, sino aplicar los adoptados por el legislador, a quien corresponde la determinación en la Ley de los plazos de prescripción de los delitos, teniendo en consideración las peculiares exigencias de seguridad jurídica que a tal institución corresponden y que han de predominar frente a una persistencia ilimitada en el tiempo de las exigencias punitivas que, en distinto grado según la gravedad de los delitos, se borran a medida que transcurre el tiempo sin actuarlas, y en razón también de la convivencia para la paz social de que en algún momento se terminen de exigir responsabilidades penales”.

<sup>19</sup> Vid. REY GONZÁLEZ, *La prescripción de la infracción penal*, 2ª ed., 1999, p. 213.

para el que, como anteriormente he expuesto, esta doctrina puede resultar incluso más perjudicial e injusta que si se trata de delitos en concurso real.

## **2.2.- La prescripción de la pena en la concurrencia ideal**

Diferente es la cuestión de qué pena debe tenerse en cuenta a efectos de declarar extinguida la responsabilidad criminal de varios delitos en concurso ideal por prescripción de la pena, según lo dispuesto en los artículos 133 y siguientes del Código penal. Aquí lo decisivo sí será, en caso de haberse aplicado el principio de absorción agravada, la única pena impuesta. La prescripción de la pena se produce en un momento posterior a la sentencia firme y por tanto afectará no a los delitos que hayan de ser valorados sino al resultado de la valoración, esto es, a la pena impuesta en sentencia<sup>20</sup>.

En el caso de que el principio sancionador aplicable fuese el subsidiario de acumulación tendría que tenerse en cuenta el plazo correspondiente a cada una de las penas impuestas, sin perjuicio de que si el cumplimiento de las distintas penas impuestas fuese sucesivo, la prescripción de la pena o penas subsiguientes comience a computarse desde la fecha en la que la inmediatamente anterior quede extinguida<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Además así resulta del tenor del precepto legal regulador de la prescripción de la pena. Según señala el artículo 133 del Código penal de 1995: “1.-Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los treinta años, las de prisión por más de veinte años. A los veinticinco, las de prisión de quince o más años sin que excedan de veinte. A los veinte, las de inhabilitación por más de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince. A los quince, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de diez, y las de prisión por más de cinco y que no excedan de diez. A los diez, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves.

2.- Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso”.

Y en el artículo 134: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzando a cumplirse”.

<sup>21</sup> Vid. BALDOVA PASAMAR, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*,



Esta diferencia en cuanto al referente para el plazo de prescripción de la pena según se aplique el principio de absorción agravada o el subsidiario de acumulación no deriva de una distinta valoración de los delitos en concurso sino que constituye una consecuencia de las características propias de cada sistema punitivo que determina la pena definitiva, y que es la que ha de regir a efectos de la institución de la prescripción de la pena.

### **2.3.- La Cancelación de los antecedentes penales de los delitos en concurso ideal**

Por la misma razón anteriormente apuntada para la prescripción de la pena, será la pena única resultante de la aplicación del principio de absorción agravada en sentencia la que se haya de tener en cuenta para computar los plazos previstos en el número 2 del artículo 136 a fin de cancelar los antecedentes penales de las distintas infracciones que hubieran concurrido idealmente, pues dichos plazos se referirán a la pena impuesta en sentencia, que será única, a pesar de concurrir una pluralidad de delitos y en consecuencia quedarán cancelados a la vez los antecedentes por todas las infracciones concurrentes <sup>22</sup>.

---

Coordinador GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, pp. 372-373.

<sup>22</sup> Dice el artículo 136.2, 2º) que para la obtención de la cancelación de antecedentes será necesario “haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves”.

### **3.- EL INDULTO DE LAS INFRACCIONES CONCURRENTES**

Antes de comenzar a analizar en qué medida la gracia del indulto afecta a los delitos que concurren idealmente he de hacer unas aclaraciones respecto a este derecho de gracia.

La primera se deriva del momento histórico al que se atiende para estudiar los efectos de este derecho de gracia sobre el concurso ideal. Así es necesario distinguir entre dos períodos: el anterior a la Constitución de 1978 y el posterior, ya que la entrada en vigor de esta norma modificó sustancialmente la figura del indulto, pues como es sabido por todos, hasta dicho momento se permitían indultos generales, cuya fundamentación podía residir en cualquier tipo de motivación; mientras que tras la publicación de la norma fundamental éstos han quedado expresamente prohibidos, quedando reducido su ámbito a los indultos particulares, cuya única justificación puede venir dada por necesidades de justicia. Y la segunda precisión viene dada por las causas en virtud de las cuales se podía conceder un indulto antes de la entrada en vigor de la norma fundamental, ya que en aquellos momentos la concesión de un indulto podía responder a cualquier motivo. Por dicha razón los indultos podían ser anticipados o previos al momento de dictar sentencia, en cuyo caso su concesión implicaba el sobreseimiento libre de los autos, sin llegar por tanto a dictarse sentencia sobre los delitos indultados.

Teniendo esto en cuenta, y dado el momento en el que en nuestra doctrina y jurisprudencia se configuraba el concurso ideal como un delito compuesto y complejo <sup>23</sup>, he de decir que también a los efectos de un indulto general previo y anticipado los delitos que concurrían idealmente no perdían su individualidad. Así cuando el derecho de gracia recaía sobre uno de los delitos que conformara ese tipo complejo o compuesto sólo a él afectaba y el resto seguía siendo objeto de enjuiciamiento y sanción <sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Vid, *supra*, Capítulo V, 3.

<sup>24</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1977 (A.

---

324) en la que se revisa una sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenaba al sujeto sólo por un delito de estafa y no por el delito de falsedad que le sirvió de medio para la comisión de aquél por haberse beneficiado del indulto concedido por Decreto de 23 de noviembre de 1975 (RL. 2355). Señala la citada sentencia que “el indulto concedido al delito medio -la falsedad documental- no puede ni debe extenderse al delito fin -la estafa-” a pesar de la relación existente entre ellos.

El Decreto 23 de diciembre de 1975 n° 2940/75 se dicta con motivo de la proclamación de Su Majestad Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España, y concedía el indulto de la totalidad de las penas y correctivos de privación de libertad hasta tres años impuestas o que pudieran imponerse por delitos y faltas previstos en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales por hechos cometidos con anterioridad al día 22 de noviembre de 1975 (artículo 1).

Ciertamente de haberse tratado de un nuevo y único delito por mor de la existencia de un concurso ideal en su modalidad de medial la pena a tener en cuenta para la concesión del indulto habría tenido que ser la resultante de la aplicación de las reglas contenidas en el antiguo artículo 71 del Código penal del entonces vigente, esto es, la pena del delito más grave en su grado máximo, y no la correspondiente a cada uno de ellos por separado. O lo que es más, si de la regla penológica del artículo 71 hubiera resultado una pena inferior a la de tres años, entonces el indulto habría recaído sobre los dos delitos que configurasen el concurso, y no sobre uno de ellos, como así se decidió

Podría, no obstante, pensarse que como dichos indultos anticipados lo que determinaban era que la gracia debía aplicarse inmediatamente sin necesidad de que se celebrase juicio oral, ni en consecuencia se dictase sentencia, en la que se impusiera la pena o penas correspondientes según las previsiones del artículo 71 del Código penal de 1973, entonces las únicas penas que podían tenerse en cuenta a estos efectos de conceder el indulto serían las que individualmente les correspondiesen a cada uno de los delitos en concurso. Sin embargo el hecho de que aún no se hubiese dictado sentencia no es óbice para que los hechos no hubieran sido ya calificados como de un concurso ideal, pues si según la normativa que regulaba dichos indultos, a lo que había de atenderse para conceder el mismo eran las calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, éstas en sus respectivos escritos de acusación habrían ya tenido que aplicar la regla contenida en el artículo 71 para pedir la pena propia de la concurrencia delictiva y sin embargo, sólo se aplicaba a los delitos cuyas penas fijadas de manera independiente fuera inferior a tres años. Lo que es lo mismo, el indulto recaía sobre el delito considerado de forma autónoma e independiente de que formara parte de un concurso ideal.

Lo acabado de exponer no se puede si el indulto se hubiera dictado con posterioridad a una sentencia firme en la que se hubiera condenado por dos o más delitos en concurso ideal, pues en estos casos habría que distinguir entre los supuestos en los que se hubiese aplicado la regla de absorción agravada prevista en el apartado primero del artículo 71, o se hubieran penado por separado los delitos por ser más beneficioso para el reo. En el primer supuesto, al ser una pena única la resultante, el indulto podría recaer sobre los dos delitos si la pena única fuera inferior a la pena de tres años, o sobre ninguno porque la misma fuera superior a dicho límite, pues para estos casos en los que ya se hubiera impuesto condena, ésta era la que había de tenerse en cuenta a los efectos del indulto. Lo que sin duda podía resultar injusto porque si los

En lo que se refiere al momento presente interesa destacar los efectos que en el concurso ideal puede tener la concesión de un indulto total o parcial<sup>25</sup>. El primero de ellos consiste en la remisión de todas las penas

---

delitos concurrentes en su grado mínimo o medio por no concurrir en ellos circunstancias modificativas eran merecedores de penas inferiores a tres años podrían resultar agraciados por el indulto mientras que aplicado el grado máximo por efecto de la agravación del principio de absorción agravada el indulto resultaría imposible, y por tanto el efecto de la aplicación de una única pena por el principio de absorción agravada los colocaba en una situación peor que si hubieran sido castigado de forma independiente

Si por el contrario, los delitos se hubiesen castigado por separado como consecuencia del párrafo 2º previsto por el antiguo artículo 71 entonces aquellos que tuvieran una sanción inferior a tres años podían resultar beneficiados por la gracia del indulto. También, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1978 (A. 78).

Resulta también interesante a este respecto la Sentencia del Tribunal supremo de 26 de abril de 1977 (A. 1828), porque en la misma se reflexiona sobre la necesidad de que en estos casos de concurso para obtener la gracia del indulto debería haberse tenido en cuenta la pena resultante de la concurrencia delictual y no la de cada uno de los delitos concurrentes por separado. No obstante, al haberse tratado de un indulto previo y anticipado el sobreseimiento del menos grave hacía imposible la punición de la situación concursal. Comentaba esta sentencia lo siguiente: “Que si detenidamente se estudia la resultancia probatoria, base de la sentencia discutida, y las consideraciones jurídicas a su vez base de la condena que se impugna, se aprecia la existencia de dos delitos, enteramente distintos pero conexos entre sí, pues la doble falsificación previa a la solicitud de los talones de cheques y de los propios cheques - medio necesario- para cometer la estafa, donde se infiere, por imperio de lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal que quizás no fue acertado desconectar ambos delitos para aplicar a uno de ellos el indulto anticipado, pues dada la existencia de esta situación concursal delictiva y la enunciada conexidad, era obligado juzgarlos conjuntamente, dando lugar a que de esta indebida desconexión se haya lucrado el recurrente, pues de otra forma preciso hubiera sido imponérsele la pena de presidio mayor con su grado máximo, puesto que así lo ordena en estos supuestos de -delito medio - delito fin- el precitado párrafo 2º del artículo 71”

Estos indultos anticipados y previos a la sentencia quedaban fuera de la Ley de 18 de junio de 1870 por la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia del indulto en cuyo artículo 2. 1º se exceptuaba de la misma a los procesados criminalmente que no hubieran sido aún condenados por sentencia firme.

En la actualidad y en atención a la modificación operada en esta figura, como la posibilidad del indulto se reduce al caso concreto y a la pena en el mismo impuesta como consecuencia de la estricta aplicación de la ley, los problemas anteriormente suscitados no pueden reproducirse, por lo que no entraremos en su consideración Vid. LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 3ª ed., 2003, p. 53, nota 66; para quien en la actualidad difícilmente puede hablarse de indultos anticipados, salvo en los “delitos políticos”.

<sup>25</sup> Dispone el artículo 4 de la ley de 18 de junio de 1870, reguladora del indulto lo

impuestas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente, o se gracie en su totalidad las penas parcialmente ejecutadas. El segundo condona sólo alguna de las penas impuestas o bien no se remite ninguna en sí misma pero se aminoran sus efectos y especialmente su duración<sup>26</sup>. Veamos cuales son las consecuencias para el concurso ideal.

Lo primero que ha de tenerse en cuenta y según lo expuesto anteriormente es que estos indultos se producen siempre tras dictarse sentencia (*indulto post-sententiam*), y que el indulto gracia penas y no delitos. Por lo tanto, los efectos que estas modalidades de indulto pueden producir según se haya aplicado el principio de absorción agravada o el subsidiario de acumulación, ambos previstos en el artículo 77 del Código penal, en nada afecta a la concurrencia de delitos, sino a la pena resultante de la misma.

Así, si el indulto es total produce el mismo efecto, esto es la condonación de todas las penas impuestas, ya se hubiese aplicado el principio de absorción agravada o el de acumulación material.

Por el contrario, si el indulto es parcial habrá de estarse a su contenido a fin de determinar sus efectos, ya sea porque reduzca la única pena impuesta o sólo a una de las penas impuestas por el principio de acumulación. El problema vendrá cuando la regla sancionadora aplicada sea la del principio de absorción agravada, y el indulto suponga la condonación de una de las penas refundidas a consecuencia de la aplicación de este principio.

Esta posibilidad se puede presentar ya que la causa o razón por la que se concede el derecho de gracia puede concurrir en uno sólo de los delitos en

---

siguiente: “El indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas a las que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.

Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”.

<sup>26</sup> Sobre el indulto por conmutación y la repercusión del Código penal de 1995, Vid. LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 3ª ed., 2003, pp. 47-50.

concurso, pues recordemos que los delitos en concurso ideal siguen manteniendo su independencia a pesar de su concurrencia. Por ejemplo, se puede conceder un indulto en el caso de que uno de los delitos en concurso se encuentre sancionado con una pena excesiva ante la escasa entidad del hecho según la consideración del tribunal sentenciador. Conforme a lo dispuesto en el artículo 4º. 3 del Código penal, el tribunal habrá de dictar sentencia e imponer la sanción correspondiente, sin perjuicio de la posterior tramitación del expediente de indulto ante el Gobierno<sup>27</sup>. El interrogante en estos casos estará en saber cómo se articula la concesión de este indulto parcial si la pena impuesta es una única a consecuencia de haber aplicado el principio de absorción agravada, pues quien lo concede, esto es el Gobierno, no puede modificar el fallo de la sentencia que es la que ha establecido la pena<sup>28</sup>.

Este problema en principio parece estar resuelto en la práctica pues es el órgano sentenciador el que debe proceder a practicar una nueva individualización de la pena afectada por el indulto, pero sólo a los efectos extintivos de la misma. Pues como ya hemos advertido el indulto lo es de la pena pero no del delito y por consiguiente no tendrá más efecto que el de condonar su cumplimiento, no la desaparición del delito en concurso ni de la concurrencia delictiva en sí misma. Es decir, el efecto que produce un indulto sea total o parcial se refiere exclusivamente a la extinción de la condena, pues ni siquiera concedido el mismo se cancelará la inscripción de la correspondiente pena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, pudiendo

---

<sup>27</sup> Dice el artículo 4.3º del Código penal: “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

<sup>28</sup> Como señala LLORCA ORTEGA, *La Ley de Indulto*, 3ª ed., 2003, p. 181, “Con el Decreto de indulto no nace << ex novo >> un título de ejecución sancionadora, sino la simple modificación de la ya existente; el Decreto de concesión no << borra >> ni hace desaparecer la sentencia condenatoria, ni siquiera su parte dispositiva o fallo”.

ser tenidos en cuenta a efectos de reincidencia <sup>29</sup>. En consecuencia, tampoco afectara a las infracciones en concurso ideal, y sólo obligará a la modificación de la pena impuesta por el principio de absorción agravada.

#### **4.- EL PRINCIPIO ACUSATORIO RESPECTO DE LA MODALIDAD DE CONCURSO IDEAL**

La unidad de hecho y la pluralidad de delitos que definen la concurrencia ideal afecta también a aspectos de naturaleza procesal, tales como el principio acusatorio y la cosa juzgada.

Respecto del principio acusatorio el Tribunal Constitucional viene declarando que dicho principio supone que la acusación debe ser totalmente precisa tanto en el hecho imputado como en su calificación jurídica, siendo asimismo necesario que la sentencia sea congruente con la acusación para la cual ha de someterse a los límites marcados por ésta <sup>30</sup>. Cabe entonces

---

<sup>29</sup> Otra cosa es que una vez haya sido ejecutado el indulto y declarada extinguida la pena, comenzará a correr los plazos de rehabilitación del artículo 136 del Código penal para su cancelación.

Sobre los efectos que sigue desplegando la pena impuesta después de la concesión del indulto, vid., LLORCA ORTEGA, *La Ley Indulto*, 3ª ed., 2003, pp. 181-186.

<sup>30</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Constitucional 104/ 1986, de 17 de julio de 1986 (EDJ 1986/104); 4661/1994, de 23 de mayo de 1994 (EDJ 1994/4661); 2623/1995, de 19 de junio de 1995 (EDJ 1995/2623); 9276/1997, de 15 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/9276); 40902/2000, de 27 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/40902); 26487/2001, de 26 de julio de 2001 (EDJ 2001/26487); 419/2002, de 14 de enero de 2002 (EDJ 2002/419); 55511/2002, de 9 de diciembre de 2002 (2002/55511); 2735/2003, de 13 de febrero de 2003 (EDJ 2003/2735); 92891/2003, de 21 de julio de 2003 (EDJ 2003/92801), que recuerda que el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo se encuentra el derecho a ser informado de la acusación, que se concreta en el derecho de defensa, señalando que, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1981 viene declarando que “la información , a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que sobre ellos recae primeramente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral pero también la calificación jurídica, dado que ésta no es ajena al debate contradictorio”. Ahora bien, es posible que sin llegar a vulnerarse el principio acusatorio los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones siempre que concurren dos condiciones: “a) la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el

cuestionarse hasta que punto una acusación que califique los hechos en concurrencia ideal puede ser modificada por el juzgador para apreciar una modalidad concursal distinta. O dicho de otra forma, si en la acusación la calificación sobre la forma en que concurren los delitos es una expresión de la calificación jurídica a la que se refiere el principio acusatorio o por el contrario, queda reducida a un mero elemento para la determinación de la pena a imponer sin relevancia contradictoria.

A este respecto el Tribunal Supremo ha consolidado el criterio de que la calificación jurídica engloba las pretensiones de una acusación respecto de la clase de delito, el nivel de perfeccionamiento de éste, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes, en cuanto de ellos depende la específica responsabilidad que se imputa a un sujeto y todos ellos emanan de los hechos por los que se acusa <sup>31</sup>.

Pero también la modalidad concursal determina la responsabilidad específica del sujeto. Por ello no me parece arriesgado afirmar que en el ámbito de esa calificación jurídica se deba integrar igualmente la modalidad concursal por la que se acusa y que en consecuencia la sentencia deba ser congruente con la misma pues, al igual que los criterios anteriormente citados, la modalidad concursal, y más concretamente la concurrencia ideal tiene su fundamento en el

---

juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación; b) y que ambos delitos sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”.

A este respecto he de señalar que este segundo requisito se refiere a que se trate de la modificación de la calificación de un delito por otro, pero no puede extenderse a los supuestos que calificados como unidad de delito se convierta en una pluralidad delictiva por mucho que exista identidad del hecho punible pues en este caso el acusado no habrá tenido la posibilidad de defenderse de todos los elementos que componen la acusación. En efecto la apreciación de una pluralidad delictiva frente a la unidad de delito no supone una modificación meramente cualitativa sino cuantitativa y por ello requerirá de la contradicción a fin de salvaguardar el derecho de defensa.

<sup>31</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1994 (R. J. 1994/6161); 15 de marzo de 1997 (R. J. 1997/2329); 5 de mayo de 1997 (R. J. 1997/ 3625); 9 de julio de 2003 (EDJ 2003/92806).



hecho que se imputa, sin perjuicio de su relevante y directa repercusión en la pena a imponer<sup>32</sup>.

Ello no obsta sin embargo a que en virtud de lo dispuesto por el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>33</sup>, el tribunal pueda introducir la posibilidad de que unos hechos calificados por la acusación como concurso ideal deban constituir un concurso real o a la inversa, pero creo que sólo en el caso de que se haga uso de la facultad concedida por este precepto sería posible la modificación de la calificación jurídica. Y lógicamente también deberá el tribunal hacer uso de esta facultad cuando un mismo hecho que haya sido objeto de una sola imputación pueda ser constitutivo de más de una infracción

---

<sup>32</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999 (R. J. 1999/8118) ya hace referencia a la doctrina de que el principio acusatorio debe abarcar a los supuestos de acusaciones por delito continuado que impiden al Tribunal a modificar dicha acusación a fin de sancionar individualmente cada una de las conductas ilícitas, pues ello supondría una exacerbación de la pena en notorio perjuicio del acusado. Y señala que “ello es así porque, en tal caso, el Tribunal no se limitaría a aplicar las reglas especiales para la aplicación de las penas de a la Sección 2ª, del Capítulo II, del Título III del Código penal, que son disposiciones a observar una vez las bases fácticas y jurídicas sobre las que dichas reglas operan, sino que habría alterado sustancialmente esas bases ya preestablecidas en el debate procesal a las que debe atenderse sin introducir nuevos aspectos jurídico-penales en perjuicio del acusado”.

Esta misma doctrina resulta aplicable cuando se trate de un concurso ideal frente al real dada la base estructural de cada una de ellos.

<sup>33</sup> Dispone el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo siguiente: “Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: << Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fueren varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código penal >>.”

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, que sea materia del juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día”.

penal, pues no en vano ello conlleva una modificación de la acusación. Lo contrario entiendo que supondría una vulneración de la contradicción necesaria en todo proceso penal y con ello también del derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución española <sup>34</sup>. Por ello sería conveniente de *lege ferenda* que en el precepto mencionado se hiciera referencia junto a los demás elementos de la calificación jurídica a las modalidades concursales.

### **5.- LA COSA JUZGADA EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA IDEAL**

La eficacia de la cosa juzgada que tiene la sentencia penal adquiere una particularidad relevante que la hace distinta a la cosa juzgada que producen las sentencias dictadas en otros ordenes jurisdiccionales. En efecto, la sentencia penal produce la eficacia de cosa juzgada sólo en un sentido negativo, esto es, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad, o lo que es lo mismo que una persona sea enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos <sup>35</sup>. Este es el tratamiento que da nuestra Ley

---

<sup>34</sup> Que el principio acusatorio constituye una garantía del derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución: GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, t. II, 4ª ed., 1992, p. 67; ESCUSOL BARRA, *Derecho procesal penal*, 1993, pp. 117-118; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, 1994, p. 44.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 89777/2003, de 29 de septiembre de 2003 (EDJ 2003/89777) señala que: “La Constitución no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como protegido en el artículo 24 de la CE ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear: Así este Tribunal ha proclamado que el sistema acusatorio guarda estrecha relación con el derecho de defensa y la proscripción de indefensión”. En el mismo sentido: Sentencias del Tribunal Constitucional: 461/1988, de 12 de abril de 1988 (EDJ 1988/461); 8898/2003, de 23 de abril de 2003 (EDJ 2003/8898).

<sup>35</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, t. II, 4ª ed., 1992, p. 467. Pone de manifiesto este autor como la cosa juzgada de la sentencia penal no produce el efecto positivo porque en el campo penal no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causas jurídico penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto. Y niega que sea un efecto de eficacia positiva de la cosa juzgada el de aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia pues, “la anterior o anteriores sentencias de condena no tiene eficacia positiva de cosa juzgada, sino que son, en cuanto que

de Enjuiciamiento Criminal a la cosa juzgada en el artículo 666.2 al configurar la cosa juzgada como causa que evita el enjuiciamiento penal de unos determinados hechos <sup>36</sup>.

Ahora bien, para que la cosa juzgada pueda desplegar sus efectos se exigen varios requisitos: a) identidad subjetiva; b) identidad de objeto. Así pues, para determinar el efecto que en la concurrencia ideal tiene la cosa juzgada se impone como tarea primordial fijar los límites dentro de los que se mueven los elementos fácticos que constituyen el soporte de la pretensión penal en relación con la cosa juzgada.

Y para ello se ha de partir de como se identifican los hechos para que puedan considerarse como el mismo objeto procesal o como distintos objetos que permitan nuevos procedimientos.

A este respecto son posibles dos perspectivas de concebir la identidad del hecho: la que atiende exclusivamente a un sentido naturalístico del mismo o la que atribuye al hecho una consideración normativa. La primera responde a la concepción clásica que identifica el objeto en el proceso penal con el hecho y no con la pretensión de una determinada condena ni la imputación de un concreto delito. Es decir, el objeto del proceso penal es un *factum* y no un *crimen*. Por tanto si el hecho y el inculcado son los mismos en uno y en el otro proceso, hay cosa juzgada <sup>37</sup>.

La segunda entiende que para la identidad del hecho a efectos de cosa juzgada no sólo sirve la consideración meramente histórica, natural o naturalística de los hechos pues, el hecho o comportamiento humano no accede

---

sentencias de condena, presupuesto de norma penal; es decir constituyen un elemento objetivo constitutivo de una norma penal que determina la mayor gravedad de la responsabilidad penal”, *op cit.* p. 467. También, DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, 1991, pp. 160 y ss.

<sup>36</sup> Dispone el artículo 666.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo siguiente: “Serán tan sólo objeto de artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes: 2ª.- La cosa juzgada”.

<sup>37</sup> Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal penal*, 1994, p. 192; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, t. II, 4ª ed., 1992, p. 468.

al proceso penal sino a través de un modo de contemplación jurídico <sup>38</sup>. Ahora bien esta contemplación jurídica no significa que el hecho objeto del proceso – también de la cosa juzgada- sea igual al título de imputación o calificación jurídica del mismo. La función de este criterio jurídico es simplemente la de delimitar aquellos comportamientos que quedan comprendidos en el mismo hecho y los que aunque próximos o conexos al mismo pueden ser objeto de un nuevo enjuiciamiento por no constituir una identidad del mismo hecho. Así, si un sujeto hurta un arma para cometer un homicidio, y resulta condenado en un procedimiento anterior por el hecho del homicidio, el efecto de la cosa juzgada no alcanza a un nuevo proceso por el que se le juzgue por la sustracción del arma, aún cuando ésta fuera condición del homicidio <sup>39</sup>. Para los defensores de esta teoría el hurto o robo del arma y el homicidio pueden estar relacionados en un sentido natural pero no jurídico.

Desde esta concepción del hecho Gómez Orbaneja considera que existe identidad en el hecho: a) cuando se dé al menos identidad parcial de los concretos actos de realización; basta que haya una porción común en el acaecer histórico entre los objetos que se comparen, pero sin que ello produzca una modificación jurídica sustancial por la concurrencia de los restantes supuestos del tipo; b) cuando aun siendo las acciones materiales distintas, exista identidad en el contenido material de la ilicitud o del injusto. Es decir, que las acciones distintas deben ir dirigidas contra un mismo bien jurídico protegido, o formar, como acción continuada o en serie (por ejemplo los delitos continuados), un todo desde el punto de vista valorativo <sup>40</sup>.

La consecuencia de esta doble perspectiva sobre la identidad del hecho repercute en cómo la cosa juzgada afecta en casos de concurrencia ideal. Y así, para aquellos autores para los que el objeto del proceso se identifica con la

---

<sup>38</sup> Cfr. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, 1991, p. 158; del mismo autor, *Derecho procesal penal*, 1994, pp. 198-199.

<sup>39</sup> Cfr. DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada*, 1991, p. 158; del mismo, *Derecho procesal penal*, 1994, pp. 198-199.

<sup>40</sup> Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 1987, p. 292.

acción natural, la cosa juzgada impide un nuevo proceso basado en ese mismo hecho. Si en un primer proceso no se apreció el concurso, presentándose la acción delictiva como subsumible sólo en un tipo, la cosa juzgada protegerá de otro proceso en el que los mismos hechos se califiquen a tenor de otro tipo o tipos distintos con los que pudiera concurrir <sup>41</sup>. O lo que es lo mismo al haber sido el hecho objeto de una valoración, correcta o incorrecta, ya no es posible por efecto de la cosa juzgada poder volver a valorarlo porque el objeto procesal se identifica con el hecho natural y no con la calificación jurídica del mismo.

Por el contrario, si se atiende a la consideración normativa del hecho para determinar su identidad, no se adopta una posición unánime sobre cómo ha de considerarse la unidad de acción del concurso ideal a efectos de la identidad del hecho objeto del proceso y de la cosa juzgada. En efecto, los ejemplos sobre los que se trabaja desde esta postura corresponden a dos supuestos distintos al de la concurrencia ideal. Por un lado se plantean los actos individuales que puedan formar parte de un delito continuado y por tanto de una unidad de delito y por otro, actos que aún siendo conexos al juzgado son independientes al mismo. La unidad de acción del concurso ideal constituye un tercer género, pues no hay unidad de delito pero sí unidad de acción.

Por eso las soluciones ofrecidas por los autores que atienden al criterio normativo para determinar la identidad del hecho en los casos de concurrencia ideal son contrapuestas. Así, por ejemplo Cortés Domínguez señala que desde el punto de vista de la concurrencia ideal aunque la acción sea unitaria, los hechos son distintos. Así, el disparo de un arma de fuego que causa la muerte de una persona y lesiones a otra es una misma acción desde el punto de vista natural pero a efectos procesales se estaría ante dos hechos distintos pues lesiona bienes jurídicos distintos, sean homogéneos o heterogéneos. En

---

<sup>41</sup> Así por ejemplo, ESCUSOL BARRA, *Manual de Derecho procesal*, 1993, p. 499; ALMAGRO NOSETE, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 1996, p. 14; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal*, 2003, p. 292; ASENSIO MELLADO, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 2003, p. 294.

consecuencia en los casos de concurrencia ideal la cosa juzgada se extiende únicamente al hecho entendido procesalmente y con independencia de que desde el punto de vista natural sea la misma acción <sup>42</sup>.

Por el contrario De La Oliva entiende que aun aplicando el criterio del objeto normativo, la unidad de acción del concurso ideal seguirá siendo el mismo objeto procesal <sup>43</sup>.

En realidad con esta perspectiva normativa del objeto del proceso lo que se pretende es evitar el conflicto que surge entre la idea de seguridad jurídica a la que sirve la cosa juzgada y la idea de justicia material que puede verse deteriorada si se atiende al criterio del hecho natural <sup>44</sup>. Objetivo que en mi opinión no se logra pues ni siquiera desde el criterio del objeto normativo se consigue identificar la unidad de acción del concurso ideal con la identidad del objeto procesal.

Y ello porque tampoco es de justicia material que en los casos de concurrencia ideal la cosa juzgada no despliegue sus efectos. Si se ha llevado a cabo una instrucción, se ha presentado un escrito de acusación provisional, se ha celebrado un juicio y se han vuelto presentar unas conclusiones definitivas, sin perjuicio de que se hubiera podido hacer uso por el tribunal de la facultad concedida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no se ha efectuado una valoración correcta de los hechos, no sería de justicia que tras la sentencia el sujeto se viera nuevamente inmerso en un procedimiento penal por los mismos hechos.

---

<sup>42</sup> Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 2ª ed., 2003, p. 417; del mismo *Derecho procesal*, t. II, 4ª ed., 1992, p. 469.

<sup>43</sup> Cfr. DE LA OLIVA, *Derecho procesal penal*, 1994, p. 201

<sup>44</sup> Vid. CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, p. 82.

## **6.- LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO PARA LOS CASOS DE CONCURRENCIA IDEAL**

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 23 de noviembre de 1995 determina en su artículo 5.3 que: “cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento”.

Esta previsión no puede tener otro fundamento que la propia unidad de acción que vincula a los distintos delitos en concurso, y que impide que los mismos puedan ser enjuiciados de forma independiente.

## **CAPÍTULO IX**

### ***SUPUESTOS ESPECIALES DE CONCURSO IDEAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995***

#### **1.- ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES DE “UNIDAD DE ACCIÓN” EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

Aunque en el nuevo Código penal de 1995 no se recoja una disposición en los términos del párrafo cuarto del artículo 78 del Proyecto de Código penal de 1992 <sup>1</sup>, y del mismo hayan desaparecidos los delitos complejos, sin embargo, también en este nuevo texto legal parece querer exceptuarse las reglas especiales de la concurrencia delictiva en general y del concurso ideal en particular, en algunos tipos concretos de la Parte Especial mediante una serie de cláusulas que a veces contienen fórmulas concursales un tanto equívocas que provocan ciertas dudas interpretativas <sup>2</sup>.

En este sentido, cabe destacar las cláusulas previstas en el delito de estragos, en el delito de tortura y en los delitos contra la seguridad del tráfico, que paso a analizar a continuación.

---

<sup>1</sup> Disponía el párrafo cuarto del artículo 78 del Proyecto de Código penal de 1992: “En todos los casos se sancionarán las infracciones por separado cuando con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones”.

<sup>2</sup> Vid., sobre las cláusulas de estas características en el Código penal de 1973, CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 228 y ss.; quien puso de manifiesto la conveniencia de que dichas cláusulas fueran sustituidas por una tipificación que contemplara los diferentes ámbitos de aplicación. No obstante, el autor, siendo consciente de la dificultad de esta propuesta, cree que estas cláusulas concursales específicas pueden añadir algo más de seguridad jurídica en el campo de la teoría del concurso.



### **1.1.- El párrafo segundo del artículo 346**

En el artículo 346<sup>3</sup>, por el que se tipifica el delito de estragos, como un delito de peligro concreto, se añade un último párrafo, cuyo tenor es el siguiente:

*“Si, además del peligro, se hubiera producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido”.*

En un principio de la lectura de este apartado parece que lo que el legislador viene a establecer es que cuando el peligro propio del delito de estragos se materialice en un resultado típico contra la vida, la integridad física o salud de las personas se castigará el correspondiente delito de resultado en concurso real con el delito de estragos, dada la expresión *“se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido”*.

Pero a pesar del tenor literal de este precepto, lo cierto es que el mismo suscita dos cuestiones ciertamente controvertidas. La primera de estas cuestiones es la posibilidad de admitir que entre dicho delito de estragos y el delito de resultado se dé realmente una concurrencia delictiva o se trate de un concurso de leyes, y la segunda, que de entender que efectivamente se trata de

---

<sup>3</sup> Dispone el artículo 346.1, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, al definir el delito de estragos lo siguiente: “Los que, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causaren la destrucción de aeropuertos, puertos o estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transportes colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental, incurrirán en la pena de prisión de diez a veinte años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas”.

una concurrencia de delitos, el que se haya de apreciar un concurso real y no el ideal.

Respecto de la primera cuestión, y aunque no nos sea posible entrar a analizar con profundidad las relaciones que median entre los delitos de peligro, ya sean de peligro concreto u abstracto, y los resultados típicos que de los mismos se deriven, sí es necesario al menos, señalar las líneas generales que sobre el particular se han defendido.

Así, la doctrina mayoritaria entiende que la relación que media entre un delito de peligro concreto y su posterior materialización en un resultado lesivo constituye un concurso de leyes a resolver mediante el criterio de subsidiariedad. No obstante, y como pone de manifiesto García Albero, esta afirmación sólo puede entenderse en términos relativos, pues, según explica el citado autor, el desplazamiento que se produce por la regla de subsidiariedad respecto del delito de peligro sólo puede tener lugar si el peligro y la lesión se refieren: “*al mismo objeto material de la acción* y pudiera por ello configurarse como un estadio previo a la lesión, agotándose toda su potencial lesividad en ésta última”<sup>4</sup>. De esta forma, no sólo quedan excluidos de esta relación los delitos de peligro abstracto, sino también los delitos de peligro concreto que no sean de naturaleza estrictamente individual<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes penales*, 1997, pp. 357-358.

<sup>5</sup> En este mismo sentido se pronuncia SERRANO BUTRAGUEÑO, en *La Ley*, 2002, t. 1, p. 1847.

A este respecto resulta muy significativa la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/2001 de 9 de mayo (R. J. 2001/232730) sobre los delitos de riesgo laboral de los artículos 316 y 317 del Código penal de 1995.

Estos preceptos disponen lo siguiente: artículo 316.- “Los que por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”. Y el artículo 317 dispone que: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

En suma, las relaciones de subsidiariedad no serán siempre y en todo caso objeto de aplicación si se trata de un delito de peligro concreto, pues, también, éste, y sin necesidad de una cláusula que así lo establezca, podrá

---

La Instrucción respecto de esta tipificación señala que: “Dado que suele tratarse de conductas negligentes, ello acarrea la aplicación de los tipos penales de resultado, generalmente de muerte o lesiones ocasionadas por imprudencia grave, constitutivas de delito de los artículos 142 y 152 del Código penal, o por imprudencia grave o leve constitutivas de falta del artículo 621. La consecuencia es frecuentemente la aplicación del concurso de normas previsto en el artículo 8.3 del Código penal, conforme al cual << el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél >>. Si se atiende a que cuando al riesgo ocasionado sigue la producción de un resultado lesivo, éste es el delito más complejo, la infracción autónoma de peligro quedará subsumida en los artículos 138 y siguientes ó 147 y siguientes del Código penal, aunque normalmente –dejando aparte los casos de dolo eventual- los preceptos de mayor aplicación serán los citados artículos 142 ó 152, sin olvidar la posible tipificación de los hechos en el artículo 350 del código penal.

Más discutida ha sido la solución aplicable a aquellos supuestos en los que, además del resultado lesivo para una persona, existen otros sujetos pasivos a quienes también se han puesto en peligro su vida, salud o integridad física. En tales situaciones, parece procedente estudiar si resulta adecuado al caso el concurso ideal de delitos, entre el de peligro concreto y el de resultado, aplicando el artículo 77 del Código penal.

El Tribunal Supremo apuntó esta posibilidad en la sentencia de 12 de noviembre de 1998 y ha confirmado tal tesis en la sentencia de 14 de julio de 1999. Su fundamento jurídico 7º declara, en lo que aquí interesa, que: <<cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones de un trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (artículo 8.3 C. P.), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando –como es el caso de autos- el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que –como dice el Tribunal de instancia- en la misma situación de peligro se encontraban trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos>>.

Posteriormente, tal doctrina ha sido avalada en sentencias de 26 de julio y 19 de octubre de 2000.

Los Sres. Fiscales mantendrán la acusación conforme al citado criterio del Tribunal Supremo en todos los supuestos de hechos similares, ejercitando en su caso las posibilidades de recurso procedentes para propiciar esa solución. A tal fin, deberá acreditarse la concurrencia o no de otros trabajadores cuya vida, salud o integridad física hayan sido puestas en peligro en el concreto accidente laboral producido, así como su identificación, adoptando las iniciativas necesarias para la constancia de tales circunstancias”.

entrar en concurso con delito o delitos de resultado, si por ejemplo, con la puesta en peligro de un bien colectivo, se lesiona un bien jurídico individual.

Siendo esto así, aunque el delito de estragos esté tipificado en el Código penal de 1995 como un delito de peligro concreto, en caso de que se produzca algún resultado lesivo, la nueva regulación permite la apreciación de un concurso de delitos en tanto que el bien jurídico que en el mismo se protege tiene carácter colectivo <sup>6</sup>.

Sin embargo, el problema que se plantea es precisamente la modalidad concursal que en su caso habrá de apreciarse. Desde un punto de vista técnico, no cabe más que determinar la presencia de un concurso ideal entre el delito de estragos y el posible delito de resultado lesivo a la vida, integridad física o salud de las personas que del mismo se hubiera derivado, dado que con la misma acción (utilización de medios de gran potencia destructiva) no sólo se habrá producido cualquiera de los daños propios de los estragos sino también la lesión a estos otros bienes jurídicos protegidos <sup>7</sup>.

Por el contrario, la inclusión del apartado transcrito del artículo 346 parece querer señalar que en estos casos siempre, e independientemente del número de acciones que se hubieran realizado, será de aplicación las reglas del concurso real. Y en este sentido, la generalidad de los autores que han prestado

---

<sup>6</sup> En este sentido, el Código de 1995 ha cambiado la ubicación sistemática de este delito, que de estar regulado en sede de delitos contra la propiedad, pasa a formar parte de los delitos contra la seguridad colectiva (Título XVII, Capítulo I, Sección 2ª), a fin de reconocer legalmente su característica generadora de un riesgo colectivo o comunitario.

<sup>7</sup> La posibilidad de aplicar un concurso ideal entre el delito de estragos y un delito de lesiones, ya había sido puesta de manifiesto bajo la vigencia del Código penal anterior (art. 554): BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, 2ª ed., 1991, p. 246; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 1993, p. 529.

Por su parte, CONDE PUMPIDO FERREIRO, en *Código penal comentado*, t. II, 2004, p. 1032, señala que con esta cláusula el legislador ha querido asegurar el castigo de la eventual lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, como un concurso real con la conducta del artículo 346, cuando en realidad debería de tratarse de un concurso ideal.

atención a este precepto están de acuerdo en mantener que a través del mismo se exceptúa las reglas del concurso ideal a favor de las del concurso real <sup>8</sup>.

También los tribunales parecen abogar por esta solución. Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Ssección 3ª, de 15 de julio de 2002 (EDJ 2002/50567) <sup>9</sup>, en la que se condena por un delito de estragos en concurso ideal con un delito de incendio y un delito de daños, y éste en concurso real con cuatro faltas de lesiones. Según la fundamentación jurídica de la sentencia, estas faltas de lesiones se habían de penar por separado dado el tenor del apartado 2º del artículo 346 del Código penal. Sin embargo, los daños y el incendio provocado, a pesar de provenir de la misma acción que las lesiones que conforman las faltas, son sancionados en concurso ideal con el delito de estragos. La mención expresa por parte de la sentencia de que las faltas de lesiones debían ser objeto de un concurso real en virtud de lo dispuesto en el artículo 346 supone pues, un reconocimiento expreso por parte del tribunal de que la cláusula de dicho precepto exceptúa para estos casos concretos las reglas del concurso ideal, al margen de la unidad de acción apreciable.

Tamarit Sumalla, sin embargo, interpreta la referencia del texto legal a que las lesiones a la vida, integridad física o salud de las personas se hayan de castigar separadamente del delito de estragos, en el sentido de que sólo excluye

---

<sup>8</sup> Así: ORTS BERENGUER/ MORENO ALCÁZAR, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, 1996, p. 1623.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Derecho penal, Parte especial*, I, 1996, pp. 153-154.; PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho español, parte especial*, 1996, pp. 296; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 11ª ed., 1996, p. 530.

<sup>9</sup> Se trataba de un sujeto que anunció que saldría en televisión y para cuyo fin mediante la colocación de dos bombonas de gas con los reguladores abiertos, prendió fuego a un montón de basura situado a escasa distancia de las bombonas, provocando una explosión de tal naturaleza que se produjeron daños en las viviendas colindantes, y cuatro personas resultaron lesionadas.

el concurso de leyes pero para nada tiene la intención de determinar el concurso de delitos aplicable <sup>10</sup>.

Ciertamente, la forma en la que se redacta este precepto constituye una fuente de problemas. En primer lugar, porque la expresión que utiliza, “los hechos se castigarán separadamente”, ni coincide con lo dispuesto por el artículo 73 para el concurso real, donde se habla de “imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”, ni con la previsión del sistema de acumulación material que como régimen subsidiario al de absorción establece el apartado tercero del artículo 77 para el concurso ideal, en el que se dice que “se sancionarán las infracciones por separado”. No son expresiones equivalentes desde un punto de vista gramatical como señala Cuerda Riezu <sup>11</sup>, aunque ciertamente guarda mayor similitud con la expresión del artículo 77.3 que con la definición del concurso real.

En segundo lugar, si se parte de una interpretación literal del precepto a lo que nos lleva es a que, si bien, puede producirse un sólo hecho entre el delito de estragos y un eventual delito de lesiones, dicha unidad se transforma por mor de la ley en una pluralidad de hechos, abocando irremediabilmente a apreciar en estos casos un concurso real y en definitiva, a aplicar de forma acumulativa las penas correspondientes a cada infracción. De aceptarse esta solución, la vulneración del principio constitucional *ne bis in idem* vendría impuesta por el propio legislador que con independencia de que se trate de una misma acción obliga a valorarla reiteradamente en cada uno de los delitos realizados. Y lo que es más, da lugar a un trato discriminatorio respecto de otros supuestos en los que las reglas generales sí son de aplicación, como por ejemplo, en el caso de que el delito de estragos concurrese con un delito de

---

<sup>10</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 1571. En el mismo sentido: GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal Español, parte especial*, t. II, 1997, p. 110; FEIJOO SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 960.

<sup>11</sup> Vid., CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 53 y 54.

rebelión o con un delito de sedición, porque éstos no quedan integrados en esta cláusula, como no lo estaba el delito de daños o el de incendio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias analizada.

En definitiva, no se trata más que de repetir, pero ahora con carácter específico, las consecuencias que del apartado cuarto del 78 del Proyecto de Código penal de 1992, puso ya de manifiesto Cuerda Riezu<sup>12</sup>. Por ello, si la interpretación que de esta cláusula realiza la doctrina mayoritaria conduce a que se vulneren los principios constitucionales más elementales, no puedo por más que concluir que dicho precepto, y para salvar así su constitucionalidad, debe ser interpretado conforme al sentido dado al mismo por Tamarit Sumalla, esto es, la regla contenida en el apartado tercero del artículo 346 del Código penal tan sólo excluye la concurrencia de leyes dada la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido por este tipo penal, pero la modalidad concursal y, con ello, las penas que corresponden imponer en caso de una pluralidad de resultados lesivos sean de daños, incendios, contra la vida, integridad física o salud de las personas.... se habrán de determinar conforme a las reglas generales de la concurrencia delictiva.

Es evidente que este tipo de cláusula equívoca puede ser utilizada por los partidarios del concepto de “unidad de hecho” para fundamentar su teoría en la propia ley y utilizarla como ejemplo de su tesis. Sin embargo, en mi opinión, una vez clarificado que en esta cláusula no se hace referencia a la concurrencia real sino a la concurrencia delictiva en general, esta posibilidad de justificar el concepto de la “unidad del hecho” sobre la base del propio Código penal cae por su propio peso.

---

<sup>12</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.10.

## **1.2.- Las reglas del artículo 177 del Código penal**

En términos semejantes al precepto anteriormente analizado, encontramos, también, el artículo 177 del Código penal de 1995, que reza de la siguiente manera:

*“Si en los delitos descritos en los artículos precedentes [relativos al delito de tortura y otros delitos contra la integridad moral], además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena correspondiente por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigada en la Ley”.*

Aunque a primera vista, pueda parecernos que en este precepto se contiene una regla idéntica a la prevista en último apartado del artículo 346, lo cierto es, que entre ambos preceptos existen importantes diferencias.

Así, en primer lugar, la relación de los bienes jurídicos que en el mismo se incluyen es mucho más amplia que la prevista en el artículo anterior.

En este sentido, se ha señalado que en el mismo quedan comprendidos todos los llamados bienes personalísimos, al añadirse al final de su relación una referencia “a cualesquiera otros bienes de la víctima o de un tercero”<sup>13</sup>. Sin embargo, dicho precepto no establece con esta última expresión que junto a dichos bienes jurídicos personalísimos se haya de añadir cualesquiera otros que pudieran tener semejante naturaleza. Por el contrario, habla simplemente de “bienes de la víctima o de un tercero” con carácter general, y por lo tanto

---

<sup>13</sup> Cfr. CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 902. Por el contrario: LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 512, quien señala que esta acepción no patrimonialista no se deriva del precepto en tanto en el mismo no se habla “de otros bienes” sino de “bienes”; no obstante, critica la relación de los delitos escogidos por el precepto en tanto no responde a un criterio claro. También como el anterior, CORCOY BIDASOLO, *Manual Práctico de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, 2002, p. 178.



pueden quedar comprendidos otros de naturaleza económica como por ejemplo el patrimonio de la víctima o de un tercero.

De ser esto así, entonces la argumentación en favor de que en el mismo se exceptúa el concurso ideal por el real dada la naturaleza de los bienes jurídicos no queda justificada, pues el patrimonio no está incluido entre los bienes personalísimos del sujeto.

Por otra parte, y mucho más significativo resulta que junto a la cláusula común con el artículo 346, se haga una alusión expresa a la posibilidad de que lo que haya de aplicarse sea un concurso de leyes. En este sentido, se reafirma la tesis aquí mantenida de que cuando se habla de que los hechos se castigarán por separado, lo único a lo que se está haciendo referencia el legislador es a la posibilidad de un concurso de delitos, y no a ninguna modalidad en concreto, sin perjuicio, además de que entre las distintas infracciones sólo pueda existir un concurso de leyes <sup>14</sup>.

En definitiva y una vez más, lo único que indica dicha expresión es la necesidad de acudir a las reglas generales de la concurrencia delictiva y a la de normas para resolver los diversos casos que pudieran plantearse entre un delito de tortura y contra la integridad moral y otros delitos de resultado, salvo que en los mismos ya estuviera contemplada tal agravación <sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Advierte LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 513, del celo que ha de tenerse en estos casos para evitar incurrir en el *bis in idem* que el legislador parece dar por bueno cuando el atentado a la integridad moral quede contemplado en el tipo correspondiente de otro título pero no quede contemplado “especialmente”. En el mismo sentido: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 11ª ed., 1996, pp. 170-171; BARQUÍN SANZ, en *Comentarios al Código penal*, t. VI, 1999, p. 422 y la bibliografía allí citada sobre este particular; TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 2ª ed., 2001, p. 872; ALONSO DE ESCAMILLA, *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2001, p. 126.

<sup>15</sup> Por el contrario el Tribunal Supremo entiende que dicha cláusula remite especialmente a las reglas del concurso real. Así por ejemplo: Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2001 (EDJ 2001/8332); Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2003 (EDJ 2003/80545) en la que se señala que el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 177 del Código penal. También, Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2ª, de 19 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/62489); Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 3ª, de 5 de

### **1.3.- El artículo 383 del Código penal**

Por el contrario, el precepto que sí constituye una excepción a las reglas generales de la concurrencia delictiva es el artículo 383 del Código penal de 1995.

En concreto, este precepto relativo a los delitos contra la seguridad del tráfico dispone lo siguiente:

*“Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.*

*En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66”.*

Como puede comprobarse por el tenor del texto, el precepto establece un concurso de leyes entre el delito de peligro correspondiente y el delito o delitos imprudentes que de los mismos puedan derivarse. No obstante, lo cierto es que el carácter colectivo del bien jurídico que se protege en los artículos 379<sup>16</sup>, 381<sup>17</sup> y 382<sup>18</sup>, y según explicábamos al analizar el delito de estragos,

---

abril de 2001 (EDJ 2001/9120);

A favor de interpretar la cláusula como una referencia a las reglas concursales en general: LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 512-513, para quien la aparente regla de acumulación punitiva que como excepción a la del concurso ideal parece establecer el legislador sólo puede responder a una intención de adecuar la pena a la gravedad del comportamiento, como regla de justicia. También, BARQUÍN SANZ, en *Comentarios al Código penal*, t. VI, 1999, p. 422; BARJA DE QUIROGA, *Derecho penal, parte IV*, 2002, p. 264.

Opina PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho penal español, parte especial*, t. I, 1996, p. 296, que constituye una referencia expresa a las reglas del concurso real.

<sup>16</sup> Dispone el artículo 379, según la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, lo siguiente: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, y en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad y, en

obligaría a apreciar un concurso de delitos, y no de leyes como establece sin embargo de forma genérica el precepto transcrito <sup>19</sup>.

Sin duda, las consecuencias a las que aboca el apreciar en estos casos un concurso de leyes resultan absolutamente injustas. Piénsese por ejemplo, en el caso de que un sujeto que conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas en una carretera con abundante tráfico cause un accidente a consecuencia del cual fallezcan dos personas y una resulte gravemente herida.

Así, conforme al tenor del artículo 383, la elección de la infracción más gravemente penada daría lugar a que en dicho supuesto tan sólo se pudiera penar por el delito de homicidio imprudente castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años (artículo 142.1), dejando impune no sólo el delito de peligro del artículo 379, sino también el resto de los delitos imprudentes que se hubieren cometido.

---

cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

<sup>17</sup> El artículo 381, según la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de junio, dispone lo siguiente: “El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos”.

<sup>18</sup> El artículo 382, conforme la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de junio, señala que: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1º Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización, o por cualquier otro medio. 2º No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo”.

<sup>19</sup> Que en estos casos existe un verdadero concurso ideal de delitos, es la opinión de: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 1996, pp. 587-588; ORTS BERENGUER, en *Derecho penal, parte especial*, 2ª ed., 1996, p. 649; CARMONA SALGADO, en *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, t. II, 1997, pp. 190-191; GONZÁLEZ CASSO, “La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código penal”, en *Actualidad penal*, 1998, p. 10.

La solución es sin duda alguna absurda si tenemos en cuenta que si el mismo resultado de nuestro ejemplo se hubiese originado con la simple infracción de una norma de cuidado, como por ejemplo el saltarse un stop o semáforo, las distintas infracciones imprudentes cometidas habrían de sancionarse mediante un concurso ideal de delitos, en virtud del cual la pena a imponer sería la misma que la del caso anterior si bien, en su mitad superior, esto es, de 2 a 4 años de prisión. En este último caso, al sujeto no sólo se le impondría una pena superior, sino que como consecuencia de la misma no podría beneficiarse de una posible suspensión o sustitución de la pena, además de estar sancionado por varios delitos a efectos de la circunstancia agravante de reincidencia.

En definitiva, lo que permite la regla prevista en el artículo 383 es que resulte más beneficioso para el reo causar unos resultados lesivos imprudentes a consecuencia de haber generado un peligro previo tanto para las víctimas como para el resto de los conductores que simplemente omitir un deber de cuidado.

Esta situación ya fue denunciada bajo la vigencia del Código penal de 1973 cuyo artículo 340 bis c) contenía una cláusula de idénticas características<sup>20</sup>. Sin embargo la reforma que supuso el Código Penal de 1995 no acabó con dicho problema, ni tampoco la última llevada a cabo por la Ley 15/2003 de 25 de junio que ha incrementado las penas de los delitos de peligro, pero sin percatarse el legislador que si de los mismos se derivan uno o varios resultados lesivos, la pena definitiva a consecuencia de dicha regla no resulta en modo alguno ajustada al contenido de injusto de los hechos, máxime teniendo en cuenta la nueva regulación de los tipos imprudentes.

---

<sup>20</sup> En este sentido, vid., CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 229-233; quien ya denunciaba los efectos derivados de la misma al obligar a sancionar de la misma manera la conducta peligrosa sin resultado lesivo que la conducta peligrosa con resultado lesivo.

Ante tal disparate, la mayoría de la doctrina ha formulado sus críticas proponiendo soluciones interpretativas de dicho precepto que en la gran mayoría de los supuestos casan mal con el tenor del artículo 383.

Así por ejemplo, Tamarit Sumilla propone que en estos casos en los que de un delito de peligro se derivan una pluralidad de resultados, lo que procede es aplicar la pena más grave como señala el artículo 383, pero utilizando como parámetros para la comparación la pena del delito de peligro correspondiente y la obtenida de aplicar el concurso ideal entre los distintos delitos imprudentes<sup>21</sup>.

En mi opinión, esta interpretación no se sujeta al tenor literal del precepto pues el mismo se refiere en singular a la infracción más gravemente

---

<sup>21</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, pp. 1697-1699. Esta misma interpretación es sostenida por GONZALEZ CASSO, “*La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código penal*”, en *Actualidad Penal*, 1998, p. 10. En este mismo sentido se pronunció bajo la vigencia del Código Penal de 1973, MORILLAS CUEVA, en “*Delitos contra la Seguridad del Tráfico*”, en *Poder Judicial* nº XII, 1990, p. 187.

Esta solución también es la aplicada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 2001 (EDJ 2001/11074). También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2ª, de 27 de febrero de 2003 (EDJ 2003 2003/10976).

Por el contrario la doctrina jurisprudencial dominante entiende que se trata de un concurso de leyes y efectúa la comparación entre los distintos tipos concurrentes: Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1999 (R. J. 1999/5974); Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2000 (R. J. 2000/3439); Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2001 (R. J. 2001/7122); Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001 (EDJ 2001/43512); Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (R. J. 2002/3643), en la que se dice expresamente lo siguiente: “El resultado lesivo a que alude la norma, puede ser constitutivo de homicidio, lesiones o daños, y la regla concursal específica no se ve alterada en caso de concurrencia de diversos resultados lesivos. En conclusión ha de imponerse una única pena que sería la del homicidio imprudente, que es la más gravemente penada, conforme con el texto del artículo 383, que ha de aplicarse”; Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002 (EDJ 2002/13402); Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3ª, de 7 de mayo de 2002 (EDJ 2002/52701).

En el mismo sentido que esta corriente jurisprudencial GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2001, p. 513; SERRANO BUTRAGUEÑO, “El castigo o punición de los delitos y faltas imprudentes con múltiples resultados lesivos, solos y en concurso con delitos de peligro inherentes”, en *La Ley*, 2002, t. 1, p. 1843.

penada, siendo el concurso ideal no una infracción, sino una pluralidad de ellas.

Además, añade el citado autor, consciente de que la interpretación que ofrece no se ajusta realmente a lo dispuesto por el legislador, pero con la intención de salvar la contradicción legal, que aunque en el precepto se excluya la regla del concurso ideal, las consecuencias que pueden derivarse de aplicar el concurso de leyes han de corregirse a través de la última parte del precepto, donde se faculta a los jueces y tribunales para no aplicar las reglas de determinación de la pena relativas a las circunstancias modificativas, a fin de que el juzgador cuente un margen más amplio a la hora de individualizar la pena definitiva.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que concede el precepto es una facultad que podrán los tribunales aplicar o no, y lo que es más, al tratarse de una simple facultad, su no aplicación no podrá ser objeto de casación si resulta motivada la decisión de su no aplicación. Por el contrario si la solución del concurso ideal hubiese sido la prevista como corresponde en atención al contenido de injusto que presentan estos hechos, la agravación sí sería obligatoria y susceptible de recurso de casación.

Además, aunque con la no aplicación de estas reglas de individualización de la pena se consiguiese obtener una pena semejante a la prevista para el concurso ideal, lo cierto es que no es lo mismo ser sancionado por un delito que por la pluralidad de infracciones que conforma un concurso; y ello no sólo a efectos de la pena que en concreto merecería el hecho sancionado sino por el resto de consecuencias que del mismo se derivan por la condena de una pluralidad delictiva: por ejemplo, piénsese simplemente en la circunstancia agravante de reincidencia.

Por otra parte, he de manifestar que la cláusula concursal que contiene este artículo 383 no se identifica realmente con un concurso de normas en la que uno de los preceptos, en este caso el más gravemente sancionado, desplace totalmente a los demás que no resultan de aplicación, pues es el propio

legislador el que añade que en todo caso se condenará al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado. Con ello se trataba de solventar los supuestos, que ya se daban con la legislación anterior y eran resueltos por la jurisprudencia, en los que por resultar más gravemente sancionado el delito de peligro era éste el que se penaba dejando al margen el de resultado lesivo, que sin embargo debía resarcirse económicamente como una consecuencia derivada de la comisión de un hecho delictivo que no había sido sancionado. Regla que casa mal con lo dispuesto por el propio legislador para hacer responsable civilmente a un sujeto, pues para ello es necesario que sea responsable penalmente.

En la actualidad y dado el sistema de incriminación de los delitos imprudentes, esta situación puede darse incluso cuando el delito que se sancione sea uno de los delitos de resultado lesivo pues a consecuencia de la regla prevista en este artículo otros resultados lesivos pueden resultar también desplazados.

Ello no quiere decir otra cosa en realidad que en estos casos no existe ciertamente un concurso de normas sino de delitos, y el tener que efectuar una declaración sobre la responsabilidad civil *ex delicto* por delitos que no han sido sancionados, es porque dichos delitos no quedan desplazados totalmente en la valoración del contenido de injusto del hecho cometido. Y lo mismo cabe manifestar respecto de la facultad que el precepto otorga a los jueces y tribunales a fin de no sujetarse a las reglas de determinación de la pena que para las circunstancias modificativas se prevén en el artículo 66 del Código penal, porque de esta manera también los delitos no sancionados despliegan en alguna medida sus efectos en la pena definitiva. De ello es consciente el legislador y tan es así que prevé estas consecuencias para evitar las injusticias que supone el apreciar en estos casos un concurso de leyes.

Por ello, hubiera sido mucho más fácil eliminar del texto legal esta cláusula y dejar que estos supuestos se rigieran por las reglas generales de la concurrencia de delitos, y no añadir reglas que palien las consecuencias

perniciosas que de la misma se derivan, generando una confusión entre figuras jurídicas innecesarias.

No obstante y en mi opinión, aunque la solución propuesta por Tamarit Sumalla no sea desde un punto de vista técnico la más correcta, lo cierto es, que es la única que de *lege lata* puede solventar en cierta manera las deficiencias del propio precepto y con ello permitir una sanción más justa al caso concreto. Pero de *lege ferenda* es necesario que esta cláusula se suprima no sólo por lo ya señalado sino porque al buscar este tipo de soluciones para casos concretos que pueden quedar al margen de la ley, se corre el grave peligro de que se generalicen, pues ¿por qué no aplicar esta misma solución cuando se traten de otros delitos de peligro en los que no se prevea cláusula alguna pero que de ellos también se deriven una pluralidad de resultados lesivos?.

Otra solución que se ha propuesto es la que sostienen Lascurain<sup>22</sup> y González Casso<sup>23</sup> excluyendo la aplicación de la cláusula cuando del peligro originado se derive un resultado leve constitutivo de una simple falta.

Por su parte, González Casso sumándose a las críticas sobre esta regla concursal prevista en el artículo 383 plantea otro problema que pudiera producirse en el caso de que concurriesen varios delitos dolosos. En ese sentido cuestiona el supuesto en el que alguien pretenda ocasionar la muerte de otro con un vehículo de motor y además ponga en concreto peligro la vida de terceros, no con la suficiente intensidad como para aplicar el artículo 384 respecto del que no rige el concurso de normas, pero sí para aplicar el artículo 381 y se produzca el resultado doloso, en cuyo caso al ser de aplicación la regla del artículo 383, sólo se aplicaría la pena prevista para el delito de homicidio o asesinato correspondiente. Pero de no producirse el resultado querido,

---

<sup>22</sup> Cfr. LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 1049-1050.

<sup>23</sup> Cfr. GONZÁLEZ CASSO, “La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código Penal”, en *Actualidad Penal*, 1998, p. 10.



curiosamente existiría un concurso de delitos entre un homicidio o asesinato en grado de tentativa y el tipo del artículo 381 del Código penal. Algo que como manifiesta González Casso resulta muy difícil de entender por las consecuencias penológicas que se derivan de un supuesto u otro en atención a que se produzca un resultado cuya causación resulta ser independiente de la voluntad del sujeto activo <sup>24</sup>.

#### **1.4.- Conclusiones**

Tras este análisis de distintos supuestos del Código penal en los que a través de diferentes cláusulas se excepciona aparentemente la aplicación de las reglas generales de la concurrencia delictiva concluyo efectuando un juicio absolutamente negativo sobre la inclusión de este tipo de cláusulas en el Código penal.

En primer lugar, porque como ya he manifestado al hilo de la exposición del artículo 346 del Código penal, las citadas reglas pueden resultar inconstitucionales en tanto la aplicación de un concurso real cuando se dá un verdadero supuesto de concurso ideal supone una vulneración del principio constitucional del *ne bis in idem*, al valorar jurídicamente dos o más veces la misma acción.

En segundo lugar, porque al establecer excepciones a las reglas concursales generales sobre la base de criterios muy dispares se genera un trato diferente en atención a los delitos que concurren, y ello da lugar como hemos

---

<sup>24</sup> Cfr. GONZÁLEZ CASSO, “La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código Penal”, en *Actualidad Penal*, 1998, pp. 10 y 11. Cita como ejemplo de esta situación la Sentencia de 28 de abril de 1998 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (rec. 365/1997) en el que se juzgaba un supuesto de hecho en el que además de producirse la muerte dolosa de un sujeto se conduce originando un peligro para terceros. La Sentencia del Tribunal Supremo confirmando la de instancia condenó a Manuel U. A. como autor responsable sólo de un delito de asesinato.

podido comprobar a situaciones realmente injustas. En efecto, la cláusula del artículo 346 responde a la naturaleza de unos determinados bienes jurídicos que limitan la excepcionalidad de la regla prevista en dicho precepto, pero sin embargo cuando se trata del delito de tortura la excepcionalidad de la cláusula abarca muchos más intereses sociales que los propiamente personales del individuo, mientras que el artículo 383 responde a otro criterio completamente distinto al de la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados.

Y en tercer lugar, porque dichas cláusulas lo que introducen por la vía de la excepcionalidad son modificaciones a la naturaleza y fundamento de las distintas figuras concursales, y ello sólo contribuye a desfigurarlas y en consecuencia a provocar un mayor grado de inseguridad jurídica en la aplicación de la teoría concursal.

Por tanto, la interpretación de la cláusula: “*los hechos se castigarán separadamente*”, prevista en los artículos 346 y 177 del Código penal de 1995, debe ceñirse a que con ella el legislador tan sólo pretende en dichos casos excluir las reglas del concurso de leyes a favor de las normas concursales en general y, no a las del concurso real. La determinación concreta de la regla concursal tendrá que venir dada por la unidad o pluralidad de acciones como fundamentos de cada figura concursal.

Y en lo que refiere al artículo 383 estimo que de *lege ferenda* es necesaria su supresión por la injusticia que el mismo conlleva. Si bien, de *lege lata* debe entenderse que dicho precepto faculta a los jueces y tribunales a que en los casos en los que del delito de peligro se deriven una pluralidad de resultados procede aplicar la pena más grave utilizando como parámetros para la comparación la pena del delito de peligro correspondiente y la obtenida de aplicar las reglas concursales entre los distintos delitos imprudentes concurrentes.

## **2.- LA IDENTIDAD TOTAL Y PARCIAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

### **2.1.- Análisis de la identidad total y parcial en los tipos especiales del Código penal de 1995**

Admitir en los términos expuestos con anterioridad sólo la identidad total o la identidad total y parcial de la actividad típica ejecutiva en las hipótesis de concurso ideal de delitos, tiene una trascendencia práctica muy importante, pues de ello depende el ámbito de aplicación del mismo. Así en el supuesto de aceptarse sólo la identidad total, los casos de concurso ideal quedan reducidos de manera significativa frente a los de concurso real. Una cuestión que resulta de especial interés en nuestro ordenamiento desde la publicación del Código penal de 1995.

Este nuevo texto legal ha suprimido de su articulado los llamados delitos complejos, por los que se excepcionaban las reglas concursales a fin de imponer sanciones superiores a las que en virtud de las mismas correspondiesen a los delitos reunidos en el complejo. Por ejemplo, se tipificaban el delito de robo con homicidio doloso, el de robo con violación o lesiones, el robo con homicidio imprudente o acompañado de torturas o toma de rehenes (artículo 501 Código Penal de 1973) <sup>25</sup>. El vigente Código penal se limita a tipificar cada uno de estos delitos por separado, añadiendo en algunos de ellos una cláusula final de difícil interpretación. Así, por ejemplo, tras

---

<sup>25</sup> Disponía el artículo 501 del Código penal de 1973 lo siguiente: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado: 1º Con la pena de reclusión mayor, cuando con motivo o con ocasión del robo se causare dolosamente la muerte de otro. 2º La misma pena se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o de algunas de las lesiones previstas en el artículo 418. 3º Con la pena de reclusión menor, cuando el robo fuere acompañado de algunas de las lesiones previstas en los artículos 419 ó 421.2º, si bien en estos últimos supuestos la pena no excederá del grado medio. 4º Con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión de robo se causare homicidio culposo, se infieran torturas, se tomaran rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable o cuando el robo fuere acompañado de las lesiones del artículo 420”.

establecer la pena correspondiente al delito de robo con violencia o intimidación, dispone el artículo 242 que ésta se impondrá: “sin perjuicio de la (pena) que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”

<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Así, el artículo 242.1. del Código penal de 1995 señala que: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”.

Esta misma cláusula la podemos encontrar por ejemplo, en el artículo 173.2 según la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y en el que se dispone que: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

También, el artículo 180.5<sup>a</sup> agrava el delito de agresión sexual “Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas”.

El artículo 243 define el delito de extorsión de la siguiente manera: “El que con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”.

El artículo 245 al tipificar la usurpación señala que: “Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además, de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado”.

El artículo 278.3<sup>o</sup> al regular los delitos contra los consumidores determina que: “Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que

---

pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos”.

El artículo 282 según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, dice que: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los fabricantes o comerciales que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

Igualmente, el artículo 284, según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, contiene una cláusula de las mismas características disponiendo que: “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por los delitos cometidos”.

De una manera más explícita el artículo 325.2, según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, dispone que: “El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además, de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a la persona, con la prisión de dos a cuatro años”.

También, el artículo 335.2, según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, dice que: “El que cace o pesque especies a las que se refiere el apartado anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial. Sin el debido permiso de su titular, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo”.

Al regular el delito de cohecho, el artículo 419 dispone lo siguiente: “La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial o cargo público por tiempo de seis a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa”.

Entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones el artículo 444, según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, queda redactado de la siguiente manera: “Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de la que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos”.

---

En el capítulo dedicado a “De la obstrucción a la Justicia y de los delitos de deslealtad profesional”, el artículo 464 señala que: “1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrá a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente por la infracción de que tales hechos sean constitutivos”.

En el artículo 514.5 encontramos igualmente la siguiente cláusula: “Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes”.

El artículo 557, según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, al regular el delito de desordenes públicos dispone que: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”.

Entre los delitos de terrorismo el artículo 571 señala que: “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que le corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”.

Y en el artículo 575 se dispone que: “Los que con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración”.

El artículo 607 bis apartado 5º, introducido por la según la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, señala que: “Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos”. Y 607 bis apartado 8º que dice lo siguiente: “Con la pena de cuatro años a ocho años de

Este tipo de cláusula es interpretada por ciertos partidarios del concepto de la “unidad del hecho” frente al de “la unidad de acción”, en el sentido de que en la misma lo que se dispone es que en caso de que el delito de robo con violencia produzca un resultado lesivo a la vida o a la integridad física de las personas deberán ser de aplicación las reglas del concurso real <sup>27</sup>. Como

---

prisión si cometieran tortura grave bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima”.

El apartado 10º de este nuevo artículo 607 bis también prevé que: “Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas”.

En el capítulo dedicado a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado el artículo 609 regula lo siguiente: “El que con ocasión de un conflicto armado, maltratare de obra o ponga en grave peligro la vida o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos”.

Y en el artículo 610, según la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, se dice lo siguiente: “El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos, o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundadamente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por los resultados producidos”.

<sup>27</sup> En este sentido: VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, 1996, pp. 1167-1169. También, de los mismos autores, en *Derecho penal. Parte especial*, 1996, pp. 365-366. Consideran igualmente, que se ha de aplicar las reglas del concurso real en estos casos: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal, parte especial (II), delitos contra el patrimonio (I)*, 1996, p. 396; DE VICENTE MARTÍNEZ, en *Homenaje al Profesor Marino Barbero Santos*, vol. II, 2001, p. 766, quien opta por esta solución en atención a la pena que resultaría de aplicar las reglas del concurso ideal; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 6ª ed., 2002, p. 626.

recordaremos, para estos autores el número de resultados materiales como elemento del concepto de hecho determina la unidad o pluralidad de hechos, admitiendo para la unidad del concurso ideal sólo la identidad total y absoluta entre los procesos de ejecución <sup>28</sup>. Pero, curiosamente los argumentos que se han ofrecido para sustentar la tesis del concurso real en estos casos no se basan expresamente en que el legislador, con una cláusula de este tipo, haya optado por admitir sólo dicho tipo de identidad. En concreto, la interpretación de la misma se basa en los siguientes argumentos, que paso a analizar a continuación.

A) En primer lugar, se hace alusión al propio tenor literal del precepto. Así, para estos autores, al señalar el artículo que la pena correspondiente al delito de robo con violencia se impondrá “sin perjuicio, de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”, se expresa la voluntad del legislador de que efectivamente se aplique ambas penas <sup>29</sup>.

B) En segundo lugar, señalan Vives Antón y González Cussac que la desaparición del antiguo artículo 512 <sup>30</sup>, que obligaba a apreciar consumada toda figura compleja desde el momento en que se practicara la violencia o la intimidación, supone que a partir del Código penal de 1995 cada tipo delictivo, robo por un lado y violencia o intimidación por otro, deben aplicarse en el grado que efectiva e independientemente hayan alcanzado. Y este mecanismo, según indican estos autores, no casa tan bien con la técnica propia del concurso ideal, como con la del real <sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Vid. *supra*, Capítulo V, 5.

<sup>29</sup> Cfr. VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, 1996, pp. 1167-1169.

<sup>30</sup> Disponía el artículo 512 del Código penal de 1973 que, “Los delitos comprendidos en este capítulo quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o integridad física de las personas, aunque no hayan de perfeccionado los actos contra la propiedad propuesta por el culpable”.

<sup>31</sup> Cfr. VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, 1996, pp. 1167-1169.



C) En tercer lugar, estos autores<sup>32</sup> optan por el concurso real frente al concurso medial, porque la violencia o intimidación no siempre son medios absolutamente necesarios para cometer un robo<sup>33</sup>.

D) Y por último, señalan que desde el punto de vista de la pena a imponer, la solución del concurso real es la más adecuada, ya que de otra manera, se llegaría a resultados penológicos absurdos. “Esta afirmación se comprueba -dicen estos autores- si se repara que en todos los supuestos de varios resultados lesivos para la vida, o para la integridad, cometidos con ocasión de un robo, no tendría ninguna trascendencia efectiva en la pena aplicable. Así, un robo con resultado de dos lesiones del artículo 147.1 (pena de 6 meses a 3 años) debería castigarse con la pena del robo en su mitad superior, es decir, con pena de prisión de 3 años y 6 meses a 5 años. De modo que las dos lesiones resultantes serían irrelevantes para la pena, castigándose exactamente igual un robo con violencia que un robo con fuerza en las cosas. Por todo lo cual, se concluye que debía descartarse el concurso ideal y castigarse como concurso real”<sup>34</sup>.

En mi opinión, los términos en los que se expresa el legislador no resultan tan inequívocos como señalan estos autores. Pues, dicha fórmula también se puede interpretar en el sentido de que el legislador haya querido explicitar que si con los actos de violencia del robo se realiza otro tipo delictivo, éste también, debe ser objeto de sanción pero sin que ello signifique que tenga que ser a través del sistema de acumulación. Sobre todo si se tiene en

---

<sup>32</sup> Cfr. VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, 1996, pp. 1167-1169.

<sup>33</sup> Considera que debe aplicarse el concurso medial entre el delito de robo y los resultados lesivos: CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, parte especial*, t. II, 2ª ed., 2001, p. 234, si bien manifiestan las insatisfactorias consecuencias punitivas que se derivarían en caso de producirse pluralidad de resultados; MESTRE DELGADO, *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2001, pp. 248-249.

<sup>34</sup> Cfr. VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, 1996, p. 1168.

cuenta que a lo largo del texto se utilizan otras cláusulas que pueden ser en este sentido mucho más significativas <sup>35</sup>.

De hecho este tipo de cláusula no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico. Ya Cuerda Riezu analizando las que aparecían con idéntico contenido en el Código penal de 1973, puso de manifiesto que se trataba de una previsión legal sobre la posibilidad de incurrir en nuevas responsabilidades en contraposición a las que para la concurrencia de leyes se recogían también a lo largo de dicho Código penal <sup>36</sup>.

Este recurso del legislador de indicar expresamente en los distintos tipos la necesidad de acudir a las reglas concursales se ha visto incrementado con la publicación del nuevo Código penal, pero ello no es más que una consecuencia de las razones históricas apuntadas, pues frente a los delitos complejos previstos en el Código penal de 1973, el nuevo texto legal advierte al aplicador del Derecho de la alta probabilidad de que éstos delitos puedan concurrir con otros tipos y en consecuencia puedan entrar en concurso, independientemente de la clase que sea, pues ello vendrá dado por la estructura de cada uno de los tipos y de las propias modalidades concursales. Esto es, la cláusula opera como una especie de recordatorio para los aplicadores del Derecho única y exclusivamente, pero en modo alguno determina la modalidad concursal que se haya de aplicar <sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. *supra*, Capítulo IX, 1.

<sup>36</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 235-238.

<sup>37</sup> De esta misma opinión: CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1995, p. 236, respecto al Código penal de 1973; GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal Español*, t. I, 1996, p. 623, quien tras señalar que es una cláusula concursal genérica, propone para los casos de robo con violencia la posibilidad de aplicar las reglas del concurso ideal; DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, en *La Ley*, 1997-2, p. 1759, quien considera que la cláusula del artículo 242.1 del Código penal de 1995, permite la aplicación de cualquier tipo de concurso; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 12<sup>a</sup> ed., 1999, p. 381, considera que el concurso que puede mediar entre el delito de robo con violencia y uno o varios resultados lesivos puede ser ideal, medial o real; CARMONA SALGADO, en *Curso de Derecho penal español, parte especial*, t. I, 1996, p. 318; MORA ALARCÓN, *Suma de Derecho*

El segundo de los argumentos señalados por Vives Antón y González Cusacc, sólo puede justificarse en mi opinión si se considera, como hacen los partidarios del concepto de unidad de hecho, que en la misma se ha de incluir el resultado. Por el contrario, no existe inconveniente alguno en admitir en concurrencia ideal formas imperfectas, pues la unidad de acción viene definida sin necesidad de atender a los resultados producidos, según he sostenido <sup>38</sup>.

La exclusión del concurso medial para regular estos supuestos es igualmente cuestionable. Ciertamente es que el uso de la violencia o la intimidación no constituyen medios necesarios para un apoderamiento ilícito, pero sí para el robo, ya que el delito de robo como delito de dos actos está tipificado por el legislador sobre la base del acto de la violencia o intimidación y del acto de apoderamiento, en una relación medial en los mismos términos que se exige para el concurso medial <sup>39</sup>. Por el contrario, el hurto también supone un apoderamiento ilícito y no requiere de la violencia o la intimidación.

En este sentido, se ha señalado por la doctrina que la relación medial de este tipo de concurso sólo se excluye cuando el delito medio sea para encubrir

---

*penal. Parte general y especial*, 1996, p. 416; VALLE MUÑIZ, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 2ª ed., 2001, p. 1302, así lo manifiesta respecto de la cláusula contenida en el artículo 514 del Código penal; TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 2ª ed., 2001, p. 2167, entiende que es una remisión a las reglas concursales pudiendo aplicarse tanto las del concurso ideal como las del real, según los casos.

<sup>38</sup> Vid. *supra*, Capítulo V, 5.

<sup>39</sup> Para CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, parte especial*, t. II, 2ª ed., p. 234, es precisamente en este motivo donde reside la necesidad de apreciar el concurso medial. Según señalan estos autores al no tener la violencia, al contrario que la fuerza en las cosas o la intimidación, carácter instrumental respecto del apoderamiento, es por lo que se puede apreciar el concurso medial entre el delito de robo y los resultados lesivos que se produzcan. En mi opinión esto es cierto, si bien son muchos los casos en los que la violencia ejercida sí que es el medio utilizado a fin de conseguir el apoderamiento, y por tanto es en estos casos en los que la concurrencia medial no procede, y en otros en los que sirve para asegurar la disponibilidad de lo sustraído tampoco en tanto forma parte del proceso ejecutivo del propio delito de robo violento. Otra cosa resultará de aquellos casos en que la violencia ejercida sea gratuita para conseguir la sustracción o para asegurar los bienes sustraídos. En este sentido PÉREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal, parte especial*, dirigido por BAJO FERNÁNDEZ, vol. II, 1998, pp. 404 y 405.

otro delito, y no si de lo que se trata es de facilitar la consumación del delito fin. La misma relación que se pretende de los actos que constituyen el delito de robo con violencia o intimidación.

Por tanto, la necesidad como elemento del concurso medial no se exige en el delito de robo con violencia, sin embargo, según los términos en los que se interpreta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo este requisito de la necesidad atendiendo a los elementos lógicos, espaciales y temporales, y al juicio hipotético negativo <sup>40</sup>, difícilmente podría negarse. Así, si la violencia se utiliza como medio para conseguir el apoderamiento, su necesidad vendrá dada porque de no haberse producido la misma, el apoderamiento no se hubiera conseguido. De otra forma, si no fuera necesario el agente habría realizado un delito de hurto.

No obstante, ello no significa que estos casos tengan que ser resueltos mediante esta modalidad concursal. Si como ya hemos señalado el delito de robo con violencia se conforma como un delito de dos actos, y de la violencia causada para el apoderamiento se produce unos resultados lesivos, la identidad se da entre los procesos de ejecución de ambos delitos, y dicha identidad fundamenta la existencia de un concurso ideal <sup>41</sup>. Y lo mismo cabe decir respecto del delito de agresiones sexuales y de un delito de lesiones si de la violencia llevada a cabo se producen unas lesiones o incluso la muerte pues, lo decisivo para apreciar la modalidad concursal reside en que se dé o no la identidad que fundamenta todo concurso ideal <sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Este juicio hipotético negativo es explicado por nuestro Alto Tribunal de la siguiente manera: es necesario que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual. Así Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990 (EDJ 1990/12759); 12 de junio de 2000 (EDJ 2000/18348); y 19 de octubre de 2001 (EDJ 2001/43533).

<sup>41</sup> Una identidad que sería parcial conforme al contenido que a la misma le da la doctrina mayoritaria, y total según SANZ MORÁN, GARCÍA ALBERO y la aquí mantenida. Vid. *supra*, Capítulo VI, 2.

<sup>42</sup> Consideran que en estos casos debe apreciarse un concurso ideal: GONZÁLEZ

En realidad, lo que Vives Antón y González Cussac tratan de conseguir es la aplicación de las reglas del concurso real pues las del medial e ideal les resultan insuficientes. Una vez más el tema de la pena resulta el determinante en la elección del tipo de concurso.

Si el concurso de delitos viene determinado no por lo que realmente existe sino por razones de la pena a aplicar, se concede a los órganos judiciales una competencia que sólo corresponde al poder legislativo, en clara contradicción con la propia configuración de un Estado de Derecho. Y lo que es más, como indica acertadamente Álvarez García, si se da especial protagonismo a la hora de interpretar los tipos penales a la sanción prescindiendo de los análisis dogmáticos, estaremos primando la justicia del caso concreto <sup>43</sup>.

No obstante lo señalado por mi parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la entrada en vigor del nuevo Código penal se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la tesis del concurso real para sancionar los delitos que configuraban los antiguos delitos complejos. En este sentido cabe señalar como representativa la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997 (A. 318), en la que se hacía el siguiente razonamiento:

*“El delito de complejo de robo y violación que tipifica el derogado Código Penal en su artículo 501.2, entendido de acuerdo con los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, sólo representaba un caso especial de concurso real que por su mayor*

---

RUS, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, 1996, pp. 623-624; ÁLVAREZ GARCÍA, en *La Ley*, 1997, t. 1, p. 1823 y ss; PEREZ MANZANO, en *Compendio de Derecho penal, Parte especial*, director BAJO FERNÁNDEZ, vol. II, 1998, 409, quien considera que estamos ante un concurso ideal en el que el hecho -apoderamiento violento con resultado lesivo- representa una unidad de acción. No obstante no descarta para determinados supuestos la posibilidad de aplicar las reglas del concurso real.

Respecto de las agresiones sexuales, CALDERÓN CEREZO/ CHOCLAN MONTALVO, en *Derecho penal, parte especial*, t. II, 2ª ed., 2001, p. 113, entienden que en el caso de que se produzca un resultado lesivo o mortal se sancionará mediante el régimen del concurso ideal del artículo 77 del Código penal.

<sup>43</sup> Así, ÁLVAREZ GARCÍA, en *La Ley*, 1997, t. 1, p. 1823 y ss.

*reprochabilidad y el enorme desprecio que representaba para la víctima, el legislador quiso sancionar como un concurso real agravado.*

*El delito complejo de violación y robo conforma un doble ataque a bienes jurídicos diferenciados, a la libertad sexual y a la propiedad, lo que es característica común a todo concurso real de delitos heterogéneos, y eso es lo que sucede en el supuesto que examinamos, concurso real que no desaparece ni se ve alterado por la ruptura del complejo que permite a ambas figuras delictivas recuperar su independencia, siéndoles de aplicar, a efectos penológicos, las reglas específicas del concurso real previstas en los artículos 73, 75 y 76 del nuevo Código Penal y no el artículo 77 del mismo texto”<sup>44</sup>.*

---

<sup>44</sup> En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997 (A. 1723), en la que se señala lo siguiente: “En este sentido resulta ahora que el artículo 242 castiga el robo con violencia e intimidación únicamente, sin otra distinción, con lo cual se pone de manifiesto la voluntad del legislador de acabar con las figuras complejas que en los cuatro primeros números del antiguo artículo 501 contemplaban. Es decir, que en la nueva legislación han de *enjuiciarse separadamente* la violación y el robo con violencia e intimidación, aunque hubieran sido consumados conjuntamente. El complejo del artículo 501.2 suponía la existencia de sendos ataques contra la libertad sexual y contra el patrimonio, ambas figuras unidas en conjunción a través de unos hechos que están en obligada dependencia en la que debe primar, aunque se tratare de cuestión ciertamente controvertida, el atentado patrimonial como propósito inicial y final, acompañado de la violación antes, durante o después. Lo fundamental del desaparecido complejo es el acompañamiento de las dos infracciones, esto es, la conexión entre el lucro de la acción encaminada al despojo patrimonial y el ataque a la dignidad personal de quien se ve atacada en su libertad sexual.”

También: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998 (A. 4013) en la que se dispone que: “El inciso (artículo 242.1) sobre el que se centra la discusión sólo puede ser entendido como la mención expresa de que, pese a que la violencia forme parte de la descripción del tipo (robo con violencia o intimidación) la pena del robo no consume la de los actos de violencia física que le acompañan y que deben *sumar* su propia sanción a la de aquél”. (la cursiva es mía); Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1999 (R. J. 1999/8078), en la que se sanciona por un delito de homicidio y un robo con violencia en concurso real; Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1999 (R. J. 1999/7611) en la que se sanciona por un delito de homicidio y un robo con violencia en concurso real; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 (RJ 2000/3734), se sanciona por un delito de homicidio en grado de tentativa y robo con violencia en concurso real; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2000 (R. J. 2000/8254), en la que se condena por un delito de robo con violencia en concurso real con un delito de homicidio y otro de lesiones en concurso ideal. En esta sentencia el Tribunal reconoce que la unidad de acción consistente en un disparo que ocasionó la muerte de uno de los empleados del establecimiento y lesiones a otro determina la concurrencia ideal entre ambos delitos, sin embargo, a pesar de ser este el acto violento ejercido a fin de conseguir el dinero del establecimiento, lo extrae del citado concurso y lo sanciona en concurrencia real con los anteriores delitos; Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/60148) en la que se sanciona por un delito de robo con

Cierto es, que la comisión de un delito de robo con violencia y un delito de violación supone un doble ataque a bienes jurídicos diferentes y que ello es característico del concurso real heterogéneo, pero no porque se trate de esta modalidad concursal sino precisamente porque es un concurso de delitos. También, pues, es característica común del concurso ideal heterogéneo el plural ataque a bienes jurídicos diferenciados. La característica del concurso real es que la doble infracción de las leyes penales se realice mediante acciones independientes, a lo que sin embargo, la sentencia transcrita no hace alusión.

Si la violencia empleada tiene como finalidad llevar a cabo un apoderamiento o un acto contra la libertad sexual de la víctima, se dará esa identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes pues el acometimiento físico llevado a cabo forma parte de ambos procesos ejecutivos, es común a los mismos. Siendo así, si se aplica las reglas del concurso real se estará sancionando dos veces el mismo hecho y vulnerando el principio *ne bis in idem*.

En este sentido resultan muy interesantes las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998 (A. 4417) y la de 1 de junio de 1998 (R. J. 1998/9207), en las que se afirman que el artículo 242.1 del Código penal prevé un concurso real de delitos a pesar de reconocer que exista un único hecho: “acción violenta que se despliega en doble efecto, por un lado constituye el delito contra las personas y por otro integra la violencia o intimidación que tipifica la modalidad de robo”. Y justifican que la apreciación de dicha

---

intimidación, con uso de armas, en grado de tentativa, en concurso real con un delito de lesiones y, además como autor de una falta de lesiones; Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2001 (RJ 2001/3594) aprecia concurso real entre un delito de robo con violencia y una falta de lesiones originadas al empleado al darle un golpe en la nariz con la pistola al no conseguir que se abriese la caja registradora, y Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2001 (RJ 2001/8344).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2002 (EDJ 2002/49783), castiga un delito de robo con violencia en concurso real con el concurso ideal formado por un delito de homicidio imprudente y un delito de lesiones dolosas como solución a un supuesto de homicidio preterintencional.

modalidad concursal no infringe el principio constitucional de *ne bis in idem*, porque, según señala, la violencia física, a la que se refiere el artículo 242.1 del Código penal, no siempre es necesaria para cometer el robo siendo suficiente con una violencia atípica que rompa o debilite la voluntad del sujeto pasivo de oponerse al despojo intimidativo. En todo caso el legislador ha descompuesto por un lado la violencia o intimidación, según dice la sentencia, y por otro la violencia física exigiendo una doble responsabilidad por el robo y por el resultado lesivo derivado del empleo de violencia física.

La necesidad del Supremo de desdoblar cuantitativamente la violencia física propia del delito de robo para salvar la vulneración del principio *ne bis in idem* y apreciar así un concurso real entre un delito de robo con violencia y un delito de lesiones, es muy significativa en tanto que de no existir esa diferenciación gradual de la violencia que ha de ejercerse para conseguir el apoderamiento, la valoración jurídica de forma independiente de ese mismo hecho violento vulneraría sin duda alguna el referido principio constitucional.

## **2.2.- Toma de posición**

En mi opinión, esta argumentación ofrecida por el Supremo sólo viene a demostrar que es consciente de la doble valoración que se efectúa de un mismo hecho cuando se aprecia concurso real entre el delito de robo y el de lesiones. Por otra parte, el recurso a graduar la violencia a ejercer en el tipo de robo que realiza para sustentar su decisión es muy forzada, ya que la violencia es necesaria siempre sea para el apoderamiento o para el aseguramiento de los bienes sustraídos, pues de lo contrario no estaríamos hablando de robo sino de hurto. Y por ello esta violencia sí se puede graduar pero a los efectos de determinar cuando la misma queda consumida en el tipo de robo dada su escasa entidad y cuando merece una sanción diferente a fin de establecer una concurrencia delictiva. Ahora bien, ésta concurrencia delictiva vendrá dada por



la valoración de los hechos, de tal forma que independientemente de su entidad, si es la que ha determinado la sustracción o su aseguramiento, no puede desdoblarse para valorarla de forma independiente sin incurrir en la vulneración del principio *ne bis in idem*.

Parece, pues, que como consecuencia de este tipo de cláusulas que el legislador mantiene en el nuevo Código penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo atiende, y no en todas las ocasiones según hemos podido comprobar, a la identidad total de los actos típicos de ejecución como fundamento del concurso ideal. Y lo que es más, las utiliza para alterar no sólo la propia estructura y fundamentación de las figuras concursales sino también las propias figuras delictivas. Si este tipo de cláusulas sirven para este fin he de abogar por su desaparición.

No obstante, existen algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo que aprecian lo aquí manifestado. En este sentido cabe citar la sentencia de 28 de diciembre de 1998 (R. J. 1999/229), en cuyo relato histórico se juzga el hecho cometido por un individuo que al llegar a una gasolinera y con el propósito de obtener un beneficio ilícito a consecuencia de su grave adicción a las drogas, se aproximó a la ventana de la oficina de la referida gasolinera portando una escopeta de caza, con la que realizó dos disparos contra el empleado que estaba en el interior hiriéndole gravemente y tras lo cual entró en la oficina cogiendo la cartera de la recaudación que contenía 39.700 pesetas. La Audiencia Provincial de Madrid castigó los hechos como un delito de robo con violencia y un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso real. Sin embargo el Tribunal Supremo casa dicha sentencia y aplica el concurso ideal sobre la base de la siguiente argumentación:

*“La apreciación por la Sala de instancia de dos delitos, uno de robo con violencia y otro de asesinato, no descansa en una dualidad de acciones entre sí independientes, sino en la existencia de un concurso de delitos cometidos sobre la base de una unidad de acto, en el que al robo cometido mediante el empleo de la violencia*

*se suma el de asesinato en grado de tentativa, de conformidad con el artículo 242.1 que establece la pena del robo con violencia o intimidación <sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase>.*

*El vigente Código penal prescindiendo de los tipos complejos que en el anterior Código Penal de 1973 caracterizaron la tipificación del robo violento (art. 501), opta por el sistema del concurso de delitos para dar respuesta al carácter pluriofensivo del robo con violencia o intimidación. Si en él lo predominante es el atentado patrimonial, el empleo de la violencia, como medio comisivo para la lesión de la propiedad ajena, siempre representa un aumento de injusto. Este a su vez, en la medida que suponga un mayor desvalor del resultado respecto al que ya es inherente a la violencia misma necesaria para el apoderamiento, y no por existir pluralidad de resultados se rompe en tal caso la unidad de hecho. Por otra parte la capacidad del sujeto de conocer la ilicitud del hecho y de determinar su comportamiento con arreglo a ese conocimiento puede verse afectada por circunstancias que la suprimen o aminoran. Y de existir esa afectación de la imputabilidad, o de la culpabilidad, su relevancia jurídica penal no puede afirmarse y negarse al mismo tiempo respecto a la acción única cometida según se atienda a uno u otro resultado injusto. No hay en este caso dos acciones: una depredatoria de ataque a la propiedad con culpabilidad disminuida por la drogadicción padecida que limita su capacidad de autodeterminación, y otro de ataque a la integridad física o contra la vida, con plenitud de facultades y culpabilidad plena. Sino una sola y única acción natural donde el ataque a la integridad no es más que al medio de comisión del ataque a la propiedad, con capacidad disminuida por la drogadicción respecto a la acción unitaria. Por ello la apreciación de un delito de asesinato en concurso con otro de robo, por lo que la violencia supuso de incremento de injusto, no quita la realidad de que se trata de acción única, y por tanto la procedencia de apreciar respecto a ésta en su integridad la atenuante de drogadicción”<sup>45</sup>.*

---

<sup>45</sup> En el mismo sentido aplica el concurso ideal: Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1999 (RJ 1999/2773), entre un delito de robo con violencia, un delito de homicidio frustrado y un delito de tenencia ilícita de armas. El supuesto de hecho era muy semejante al del texto: en una gasolinera el condenado procedió a disparar con una escopeta de caza contra uno de los clientes a fin de obtener la recaudación del día. En idéntico sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998 (EDJ 1998/27019) y de 12 de julio de 2002 (EDJ 2002/27820) en la que se condena por un delito de robo con violencia y otro de lesiones en concurso ideal.

Cabe destacar como la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de

También en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha estimado que la concurrencia que existe entre un delito de robo con violencia y un delito de homicidio es la medial <sup>46</sup>.

Como conclusión he de manifestar que el Tribunal Supremo no tiene una posición clara de como ha de interpretarse la cláusula a la que hemos dedicado este estudio, pues en ocasiones la utiliza a fin de justificar la regla concursal en un sentido unívoco y de ello se derivan consecuencias importantes para la interpretación de la figura del concurso ideal, como es por ejemplo que

---

1993 (EDJ 1993/4850), aplicando el Código penal de 1973, y no dándose ninguno de los complejos previstos para el robo, condena por un delito de atentado y un delito de robo con intimidación en concurso ideal, pues según el propio Tribunal, la dinámica comisiva nos sitúa ante una sola respuesta del actor ante el evento producido por la irrupción en la entidad bancaria que estaba atracando de un sargento de la Guardia Civil al que dispara, ya que un solo hecho (unidad de acción), el disparo del arma, se proyecta hacia un doble resultado delictivo. En definitiva reconoce la identidad entre la acción violenta propia del delito del robo y en este caso del delito de atentado, aplicando las reglas del concurso ideal.

<sup>46</sup> En este sentido: Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8355), en la que se alude que desaparecidos los delitos complejos del Código Penal de 1995 se somete la existencia de un delito de robo con violencia y un homicidio a las reglas de la concurrencia delictiva, y manifiesta que: “ante el referido concurso de delitos, es preciso decidir si estamos ante un concurso real, o medial; pues, es de toda evidencia que no puede hablarse en modo alguno de concurso ideal «stricto sensu», por cuanto debe apreciarse la existencia de más de una acción (agresión persona y desapoderamiento de la cosa sustraída). Dado que la violencia ejercida sobre la víctima no tuvo otro objetivo que facilitar la sustracción del bolso de la misma, es patente que nos hallamos ante un concurso medial. De ahí que deba considerarse aplicable al caso de autos el artículo 77 del nuevo Código penal, en la hipótesis de medio necesario para cometer otra; pues si bien cabría imaginar fácilmente otras formas de conseguir el apoderamiento del bolso de la víctima, es lo cierto que los acusados optaron por la reflejada en el factum, y en ella la violencia empleada en la víctima – causante, en último término, de su fallecimiento- fue el medio utilizado para apoderarse del bolso que la misma portaba. Por consiguiente, conforme establece el apartado 2 del citado artículo, en principio, habrá de aplicarse en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave”.

También, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2000 (EDJ 2000/18348); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 3 de abril de 2001 (EDJ 2001/42254); y la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2001 (RJ 2001/4570) que contempla la posibilidad de que la concurrencia entre el delito de robo y lesiones pueda ser real o medial.

sólo admita la identidad total entre los actos ejecutivos de los delitos concurrentes reduciendo así el ámbito del concurso ideal a supuestos muy concretos. Y por otra parte, esta posición se ve desvirtuada con las numerosas sentencias que sin embargo optan por otra solución concursal. En definitiva la doctrina de nuestro Tribunal con esta forma de operar no contribuye a crear una teoría sólida sobre el concurso ideal, muy al contrario: genera una inseguridad jurídica que no es propia de su papel en un Estado Democrático de Derecho.

***TERCERA PARTE***

***LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL  
CONCURSO IDEAL DE DELITOS***

## ***CAPÍTULO X***

### ***LAS REGLAS SANCIONADORAS DE LOS CONCURSOS DE DELITOS***

#### **1. INTRODUCCIÓN**

A lo largo de este trabajo se ha tenido la ocasión de comprobar que resultan frecuentes las afirmaciones que sostienen que la concurrencia de varias infracciones tan sólo produce efectos en la fase de aplicación de las penas, o que los concursos de delitos constituyen una forma especial de aparición del delito con una simple repercusión en la determinación de las consecuencias jurídicas. Igualmente, se ha constatado como las resoluciones judiciales llegan a modificar la esencia de las figuras concursales para imponer una pena adecuada a la gravedad de los hechos cometidos al margen de la forma en la que la acción o acciones se presenten. Asimismo, la gran mayoría de las legislaciones, entre las que se encuentra la española, incluyen la regulación de las figuras concursales en la teoría de la pena <sup>1</sup>. Todo lo cual pone de manifiesto la importancia que en la teoría del concurso en general, y para el concurso ideal en particular, supone el estudio de sus consecuencias jurídicas.

Las palabras de Cuerda Riezu sobre este particular resultan especialmente significativas:

*“la teoría del concurso viene en gran parte determinada por las consecuencias jurídicas prefijadas para cada institución concursal. Consciente o inconscientemente, tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen los límites de cada figura consursal en función de la gravedad o benignidad de la sanción correspondiente. Si se estima, por ejemplo, que la consecuencia jurídica del concurso ideal es excesivamente leve, el resultado inmediato de ello es una tendencia a sustraer del ámbito del concurso ideal determinadas constelaciones de casos para encajarlos en otras figuras concursales que se entienden más adecuadas a la gravedad de tales supuestos”*<sup>2</sup>.

En efecto, según he expuesto en el análisis efectuado sobre el fundamento del concurso ideal, algunas posiciones doctrinales y mayoritariamente la jurisprudencia de nuestros tribunales perfilan el contenido de la unidad de acción sobre la base de la mayor o menor benignidad de la consecuencia jurídica que hubiera de corresponder a los distintos supuestos, y la misma consideración subyace a la hora de aceptar las posibles modalidades de concurso ideal<sup>3</sup>.

Por todo ello no sólo resulta justificado sino obligado el abordar el estudio de las reglas que determinan las consecuencias jurídicas de las distintas figuras concursales en general, siempre con especial atención al concurso ideal. En este sentido, el presente capítulo estará dedicado, en una primera parte, a exponer las características de cada uno de los sistemas punitivos conocidos en la teoría del concurso. Y en una segunda parte, se analizarán las soluciones adoptadas en Derecho comparado. Todo ello, como presupuesto necesario para en capítulo posterior estudiar las soluciones jurídicas que para el concurso ideal prevé nuestro Código penal.

---

<sup>1</sup> Vid. *supra*, Capítulo I.

<sup>2</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 18.

<sup>3</sup> Vid. *supra*, Capítulo II., 3.

## 2.- LOS SISTEMAS SANCIONADORES EN LA TEORÍA DEL CONCURSO

### 2.1.- El sistema de pena unitaria

Se alude con el nombre de “sistema de pena unitaria”, (*Einheitsstrafesystem*), a un principio de punición para la concurrencia delictiva en el que los distintos delitos cometidos pierden su autonomía de tal forma que no resulta necesario ni determinar individualmente la pena que corresponde a cada una de las infracciones cometidas, ni tener en cuenta el número de tipos realizados <sup>4</sup>. Así, pues, la pena resultante de su aplicación será, en palabras de Jakobs, una pena para “una masa indiferenciada de injusto” <sup>5</sup>, pues las propias infracciones se difuminan a favor de una pena única adecuada a la personalidad del autor más que a los hechos cometidos en sí mismos, ya que su único fundamento viene dado por la consideración de la unidad del autor, atendiendo a su culpabilidad por la conducta de vida <sup>6</sup>.

Es, precisamente, por esta atención a la persona del autor en lugar de al hecho o hechos cometidos lo que hace de este principio ser merecedor de feroces críticas dirigidas todas ellas a tacharlo de un sistema más propio del Derecho penal de autor que de un Derecho penal del hecho <sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. GÖSSEL/ MAURACH / ZIPF, *Derecho penal, parte general*, vol. 2, 7ª ed., alemana, 1995, p. 597. Vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 33-36, donde se señala como antecedente de este sistema la tesis de Impallomeni sobre la “pena única progresiva”. Vid. *supra* Capítulo III. 2.1.

<sup>5</sup> Cfr. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, p. 864.

<sup>6</sup> Vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 34.

<sup>7</sup> Así por ejemplo: PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 11-13, para quien esta crítica era acertada si realmente se prescindía por completo de los delitos cometidos en la determinación de la pena unitaria. También: BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, All. T.*, 9ª ed., 1985, p. 688; GÖSSEL/ MAURACH /ZIPF, *Derecho penal, parte general*, vol. 2, 7ª ed., alemana, 1995, p. 597; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed, 1991, p. 864. En España, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 35-36; CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 833-834. Señala este último autor que: “el Derecho penal está basado en el principio de la responsabilidad por el hecho, de lo que se deriva que cada realización de un tipo de injusto por un sujeto que es capaz de ser motivado por la norma origina una



No obstante, la importancia que en este sistema se otorga al carácter preventivo-especial de la pena, justifica su recepción por determinados sectores del ordenamiento jurídico, y en concreto por el Derecho penal juvenil alemán. En este sentido, manifiesta Gössel, que el principio de responsabilidad por el hecho puede, en este ámbito del Derecho penal, retroceder en pos de la educación del joven, tanto cuando resulten aplicables medidas de educación o de medios correctivos, como cuando se trata de imponer penas <sup>8</sup>.

Aunque se haya pretendido reconocer a este criterio sancionador de la concurrencia delictiva como el principio paradigma del período de reforma del StGB alemán, es necesario aclarar el sentido de dicha afirmación. Ciertamente, que en dichos momentos se discutió mucho en torno a la aplicación de un sistema de pena unitaria para todas las modalidades de concurso, pero el debate iba más dirigido a suprimir las diferencias sancionadoras entre el concurso ideal y real, que a imponer un sistema de determinación de la pena en el sentido anteriormente expuesto <sup>9</sup>.

Así, un grupo de autores alemanes propusieron la unidad de consecuencia jurídica para todas las modalidades concursales sobre la base de un sistema de pena global o de acumulación, frente a otros autores que, partidarios igualmente de un único sistema de pena para ambos concursos, optaban por un principio de combinación, conforme al que se pretendía prescindir de calcular las penas individuales y crear un marco penal más o menos amplio que permitiera fijar una pena única, adecuada a cada caso en

---

responsabilidad concreta e individual". De esta forma contesta a las manifestaciones de Jescheck que defendía este sistema sobre la base de que la culpabilidad era indivisible, de tal forma que no era susceptible de fraccionamiento en culpabilidades individuales.

También, se suma a esta crítica desde el Derecho penal portugués: DE FIGUIREDO, *Direito penal português*, 1993, p. 281.

<sup>8</sup> Cfr. GÖSSEL/ MAURACH /ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 7ª ed., alemana, 1995, p. 597. Véase también en España, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 35; CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 830.

<sup>9</sup> Vid. PUPPE, *Idealkonkurrenz*, 1979, pp. 11-13; CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 821-835.

atención a la culpabilidad del sujeto<sup>10</sup>. Y esta última propuesta se la denominó como “sistema de pena unitaria” (*Einheitsstrafesystem*)<sup>11</sup>.

Cuerda Riezu señalaba a este respecto que a pesar de la intención de estos autores de prescindir de las penas individuales, si el sistema propuesto era el de combinación, no existía más remedio que comenzar por determinar las penas individuales correspondientes a las infracciones en concurso, y por consiguiente no se trataba de un sistema de pena unitaria en el que las penas de los distintos delitos concurrentes se difuminasen a favor de una pena distinta<sup>12</sup>.

En efecto, el sistema de combinación, como veremos más adelante, consiste en la creación de un marco penal propio, partiendo de los marcos penales de las singulares infracciones, combinándolas, y resultando por tanto, absolutamente necesario que las penas individuales correspondientes a los delitos en concurso queden previamente determinadas para fijar así los límites máximo y mínimo de ese nuevo marco penal. Pero no es a este sistema al que se referían los autores alemanes en el período reformador cuando se hablaba de sistema de pena unitaria, pues con la expresión *Einheitsstrafesystem* se alude a varios conceptos que conviene precisar para evitar confusiones. Así:

:

- a) Primero, con la expresión *sistema de pena unitaria* se debe

---

<sup>10</sup> El Proyecto Alternativo alemán de 1966 disponía en el § 64 lo siguiente: “(1). Si el mismo hecho punible infringe varios preceptos penales o el mismo precepto en diversos modos, o si se juzgan simultáneamente varios hechos punibles del mismo autor, se dictará una pena única. Esta será la que corresponda al precepto penal que prevea la pena más grave. La pena a imponer no podrá ser inferior a los marcos penales de los demás preceptos infringidos. Se debe o se puede condenar a prohibición de conducir, a medidas de corrección y seguridad y a consecuencias accesorias cuando uno de los preceptos penales las prescriba o autorice.

(2). La pena ha de agravarse en la medida adecuada. Para ello el grado mayor del marco penal establecido en el párrafo 1, frase 2, puede ser sobrepasado hasta la mitad de su máximo, pero no podrá superar el grado máximo legal de la respectiva clase de pena.”

Cfr. ARROYO ZAPATERO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 14, 1981, p. 332.

<sup>11</sup> Así, JESCHECK, en *ZStW*, t. 67, 1955, pp. 543-544.

<sup>12</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 832 y 834.

entender sólo a la regla de determinación de la pena en la que, como hemos visto, se prescinde completamente de los delitos cometidos y de las penas que les corresponden, creando una nueva reflejo de la personalidad del delincuente manifestada por la comisión de una pluralidad de infracciones.

- b) Segundo, con el título de *sistema unitario de pena* a lo que se ha de referir es a la opción de política criminal por la que se establece un único sistema sancionador para el concurso ideal y el real, cualquiera que sea posteriormente la regla punitiva que para ello se elija.
- c) Y por último, se hablará de *sistema de pena única*, cuando de la aplicación de un sistema sancionador concreto resulte una única pena, pero determinada sobre la base de las que individualmente les corresponden a las distintas infracciones concurrentes, como por ejemplo ocurre con el principio de absorción, exasperación o el de combinación.

En definitiva, al sistema al que nos referimos en este apartado es el sistema de pena unitaria que viene dado por la unificación de una pena adecuada al autor por los hechos cometidos al margen de las penas propias de cada una de las infracciones concurrentes.

## **2.2.- El sistema de acumulación material**

Otro sistema sancionador de la concurrencia delictiva es el principio de acumulación material o aritmética que consiste en la imposición de todas y cada una de las penas individuales que corresponden a las infracciones concurrentes (*quot delicta tot poenae*).

De este sistema se dice que es el que mejor responde a las exigencias de

una justicia absoluta y guiada por una retribución pura, ya que el delincuente ha de sufrir tantas penas como acciones u omisiones penadas por la ley realice, y de forma que nunca resulte beneficiado sólo por la existencia de otra acción punible que pueda atenuar la pena definitiva o excluir la de alguna infracción<sup>13</sup>. Y en consecuencia, el que mayor seguridad jurídica proporciona al delincuente, en la medida en que le permite prever de antemano y con absoluta certeza las consecuencias penales de sus acciones<sup>14</sup>.

Lo más significativo de este principio no es su condición como sistema de determinación de la pena sino su función de límite máximo de punición para los concurso de delitos, ya que cualquiera que fuera el sistema adoptado para sancionar la concurrencia delictiva, en ningún caso, podrá rebasarse la suma de las penas individuales en que se incurrió, salvo que se quiera abandonar el principio de responsabilidad por el hecho y caer en un sistema puramente preventivo-especial, para el que la pluralidad de delitos fuera un mero síntoma de la peligrosidad o dañosidad social de su autor<sup>15</sup>.

No obstante, como tal sistema concreto de determinación de la pena, la acumulación material de las penas presenta múltiples e importantes

---

<sup>13</sup> Destacaron el carácter retribucionista del sistema de acumulación material, en Italia: CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale*, vol. II, 5ª ed., 1877, § 730, p. 234, quien señalaba que: “La acumulación debería prevalecer si el fundamento de la pena fuera únicamente la justicia o si su fin fuera la expiación”. En Alemania: MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 479. Y en España: SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal*, t. I, 5ª ed., 1950, p. 448; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 25; TORÍO LÓPEZ, en *el Prólogo* al anterior, p. 9; RUIZ VADILLO, en *Poder Judicial*, especial nº 3, 1986, p. 61; MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 1990, p. 734; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 36. Este último autor matiza el carácter exclusivamente retributivo del sistema de acumulación material, admitiendo, aunque sólo desde una óptica general, que podría también responder a las finalidades preventivo general y especial de la pena.

<sup>14</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 28.

<sup>15</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 28, y en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 216; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 43-49. En Alemania: GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 338-339; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, p. 1108.

inconvenientes.

En primer lugar, se destaca la conversión que una pena puede llegar a sufrir por su aplicación. En efecto, de una acumulación aritmética de penas resultan penas distintas de las que realmente se han impuesto, ya que puede convertir penas privativas de libertad o de derechos limitadas en el tiempo en penas perpetuas, y las simples multas de un sistema proporcional en una auténtica confiscación de todos los bienes del condenado y si la pluralidad de penas de multa no son tenidas en cuenta en la cuantificación de la cuota diaria en un sistema de días multa el efecto puede llegar a ser el mismo que en el sistema de multa proporcional <sup>16</sup>.

Pero, además, la suma de las distintas penas produce un efecto cualitativo distinto que el de una mera acumulación aritmética, pues, confiere a la pena una intensidad mayor que la que posee individualmente. En este sentido, se ha venido señalando como una pena extinguida después de otra es mucho más aflictiva que si se cumple aisladamente, ya que una pena cumplida ante la perspectiva de otra que empezará cuando se termine la primera, resulta más dura que si se ve más próximo el fin del cumplimiento <sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> En Alemania: STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, antes del § 52, nº 4, p. 676. En Portugal: DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. Parte geral. As consequências jurídicas do crime*, 1993, p. 279. En España: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 41; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 36-42; BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 219.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, en la doctrina alemana: STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, en *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, antes del § 52, nº 4, p. 676; JAKOBS, *Derecho penal*, 1995, p. 1108. En Italia: IMPALLOMENI, *Instituzioni di Diritto penale*, 1908, p. 414; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., 1936, p. 551; BETTIOL/ MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed., 1986, p. 702; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 454. También en España: GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, 2ª ed., 1902, p. 506; SILVELA, *El Derecho penal*, vol. I, 2ª ed., 1903, pp. 279-280; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 1956, p. 295; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual de Derecho penal. El delito*, t. I, 1985, p. 807; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 506; PUIG PEÑA/ ORTIZ RICOL, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 1986, p. 591, nota 20; MIR PUIG, S, *Derecho penal. Parte general*. 3ª

Por otra parte, su imposibilidad práctica acarrea de cara a la opinión pública un desprestigio real para la Administración de Justicia que se ve obligada a imponer penas imaginarias, de imposible cumplimiento<sup>18</sup>.

Otros muchos son los argumentos que se han esgrimido en contra de este sistema cumulativo de penas, como por ejemplo, el de la menor culpabilidad del que comete un segundo delito sin haber expiado antes su culpa por un delito anterior<sup>19</sup>, o el de la imposibilidad de ejecución penal cuando se trata de penas de diferente naturaleza<sup>20</sup>, o la vulneración del principio de proporcionalidad y humanidad de las penas a la que conduce<sup>21</sup>.

Pero sin duda, lo más negativo de este sistema es el efecto que provoca sobre los fines de la pena<sup>22</sup>. Está científicamente comprobado que las penas de

---

ed., 1990, p. 734.

<sup>18</sup> En este sentido se pronunciaron: GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. II, 1872, p. 495; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 6ª ed., 1888, p. 421, nota 1, donde señala que: “De la suma aritmética de las penas en las que incurre el autor de varios delitos se llega muchas veces a sanciones imaginarias ya que se imponen penas por encima de la vida normal del hombre; lo que contribuye a destruir la autoridad y el prestigio de que deben aparecer revestidos los Tribunales operando en un descrédito de una racional administración de justicia penal”. También, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1972, p. 342; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 426.

<sup>19</sup> Así por ejemplo, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1962, p. 476, quien señaló que: “una cadena de actos no expiados significa, regularmente, para el autor, una gradual disminución de la culpabilidad como consecuencia del progresivo debilitamiento de los motivos inhibidores”.

<sup>20</sup> En este sentido: DE FIGUEIREDO, *Direito penal português*, vol. II, 1993, p. 279.

<sup>21</sup> Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1962, p. 476. En España ya destacó este efecto: SILVELA, *El Derecho penal*, vol. I, 1903, p. 157.

Las penas inhumanas y degradantes quedan prohibidas en el ámbito internacional en: la Declaración de Derechos Humanos de 10-12-1948 (art. 5), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16-12-1966 (art. 7), Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4-11-1950 (art. 3), Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10-12-1984, y Convenio europeo para la prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26-11-1987.

Vid. también, los artículos 15 y 25.2. de la Constitución Española de 1978.

<sup>22</sup> Ya desde la redacción de nuestro Código penal de 1848 algunos autores se manifestaron en este sentido. Así: VIZMANOS Y ÁLVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal de 1848*, 1848, p. 309-312; PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 3ª ed., 1867, p. 421. Continuaron en esta línea: GROIZARD, *El*

prisión excesivamente largas causan daños irreparables en la personalidad del condenado, dando lugar a procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfunciones que casan mal con la concepción moderna de la pena, que persigue, entre otros fines, la reeducación y la reinserción social del delincuente <sup>23</sup>.

### **2.2.1.- La acumulación jurídica o mitigada**

La expresión “acumulación jurídica” ha sido utilizada por la doctrina

---

*Código penal de 1870*, t. II, 1872, p. 414. SILVELA, *El Derecho penal*, vol. I, 2ª ed, 1903, pp. 279-280; CÓRDOBA RODA, *Comentario al Código penal*, t. II, 1972, p. 342. Más recientemente, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 257; RUIZ VADILLO, en *Poder Judicial*, nº III, 1986, p. 61; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 36- 40, quien cuestiona la constitucionalidad del sistema acumulativo de penas privativas de libertad, conforme al artículo 25.2 de CE. También consideran perniciosas las penas de larga duración: CEREZO MIR, *Consideraciones político criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, 1993, pp. 10-11; BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZABAL MALAREÉ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1994, p. 576; BALDOVA PASAMAR, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, pp.66-67.

Igualmente en Alemania: GEERDS, *Zur Lehre*, 1961, p. 443; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 1962, p. 476; JESCHECK, en *ZStW*, t. 67, 1975, p. 530; STRATENWERTH, *Derecho penal*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 361; JAKOBS, *Derecho penal*, 1995, p. 1108-1109.

<sup>23</sup> En la doctrina anglosajona se conoce este fenómeno como la “prisionización”. Cfr. KAUFMANN, *Ejecución penal y terapia social*, 1979, pp. 119-129. Expone este autor el concepto de prisionización de Clemmer en los siguientes términos: “Clemmer caracteriza la prisionización como sigue: en comparación con la asimilación de una nueva cultura, con su proceso de penetración en mayor o menor medida inconsciente, el proceso de prisionización tiene un curso diferente: empieza con la pérdida repentina del estatus al entrar en el establecimiento, que convierte al preso en nada, en un número, y continúa con el aprendizaje del rango y el nombre de los funcionarios de ejecución y la experiencia sobre la significación del funcionamiento del establecimiento. Finalmente, el preso aprende todas las costumbres del establecimiento. Después de un tiempo, aparecerán la comida, la vestimenta y otras cosas necesarias, como algo que le debe al establecimiento, con lo cual se ha alcanzado un punto decisivo en la prisionización. Luego el interés se dirige hacia un buen trabajo. De este modo, el preso se compenetra tan profundamente de la cultura carcelaria, que es incapaz más tarde de vivir en libertad con otros individuos. Esto rige sobre todo en los presos que tienen penas largas. En especial estas constituyen un problema serio, ya que profundizan las tendencias criminales y antisociales.”

para expresar distintas ideas <sup>24</sup>. Así, por ejemplo, la doctrina italiana habla de acumulación jurídica para referirse a todo criterio sancionador de la concurrencia delictiva distinto del de la acumulación pura o del de la absorción de penas <sup>25</sup>. En Francia la expresión de cúmulo jurídico es utilizada como sinónimo del principio de exasperación <sup>26</sup>. Y dentro de nuestra doctrina, autores como Antón Oneca, también, designan bajo este título cualquier sistema punitivo intermedio entre una acumulación material o aritmética y el principio de absorción <sup>27</sup>.

Por mi parte, con la expresión acumulación jurídica, que es como lo conoce la mayoría de la doctrina, o mitigada, como prefiere denominarla Cuerda Riezu <sup>28</sup>, me referiré a los límites que se establecen al cumplimiento efectivo de las distintas penas impuestas por aplicación del sistema de

---

<sup>24</sup> Vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 30.

<sup>25</sup> En este sentido señala PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., vol. IV, 1936, pp. 551-552, que la acumulación jurídica “no es una acumulación material o aritmética, sino que es un aumento de penalidades proporcionado al número y gravedad de los delitos”. También, BETTIOL/ MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed., 1986, p. 696; PADOVANI, *Diritto penale*, 1990, p. 464; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., 1991, p. 454, para quien el cúmulo jurídico supone la aplicación de la pena más grave con un aumento correspondiente no a la suma de la otra pena, sino en atención a una prorrata fijada por la ley. PROSDOCIMI, en *Digesto delle Discipline penalistiche*, vol. II, 4ª ed., 1992, p. 527.

<sup>26</sup> Por ejemplo: BOUZAT/PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie, Droit pénal général*, t. I, 2ª ed., 1970, p. 727. También en España: ARROYO DE LAS HERAS, *Manual de Derecho. El delito*, t. I, 1985, pp. 807-808; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. 2, 1972, p. 367; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989, p. 411.

<sup>27</sup> Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal español*, 2ª ed., 1986, p. 472. En idéntico sentido: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 734. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, 1997, p. 204.

<sup>28</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 60-62. También: GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, 1979, p. 154; PUIG PEÑA/ORTIZ RICOL, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 1986, pp. 591-592; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, 18ª ed., 1995, pp. 849-851.

Por su parte, GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. II, 1872, pp. 421-422, habla de “acumulación relativa”. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 1966, pp. 374-380, habla de “acumulación material limitada”.



acumulación material.

En realidad no se trata de un sistema diferente al de la acumulación material, pues éste constituye su presupuesto ineludible <sup>29</sup>. Esto es, para la aplicación de los límites que conforman el sistema de acumulación jurídica, previamente se han de haber impuesto todas las penas correspondientes a las distintas infracciones concurrentes, que seguirán manteniendo su individualidad, aunque su cumplimiento se vea reducido por efecto de los mismos.

El recurso a estos límites tiene como finalidad evitar la imposibilidad práctica del sistema de acumulación pura según hemos denunciado y permitir que la pena impuesta pueda cumplir más función que la meramente retributiva. Asimismo, los mencionados límites impiden que las penas de duración limitada se conviertan en perpetuas o que su acumulación puedan acarrear un mayor contenido aflictivo que priven a la pena de sus finalidades constitucionales.

Del acierto en la fijación de los límites a la acumulación de penas depende el éxito de este recurso sancionador, ya que si los que se estableciesen fueran demasiado altos, los problemas de la aplicación práctica y los efectos nocivos del sistema acumulativo no se solventarían, pero, si por el contrario, resultasen demasiado bajos, las penas impuestas se verían privadas de su función preventiva <sup>30</sup>.

Buscando los límites adecuados se han barajado distintos sistemas. Por ejemplo, Mir Puig sugiere un sistema de límites flexible en el que se concede un cierto arbitrio al juzgador que le permite tener en cuenta tanto la gravedad

---

<sup>29</sup> Sobre las razones por las que no se puede entender la acumulación mitigada como un sistema independiente del de acumulación material, vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 60-62.

<sup>30</sup> En este sentido: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 31. Crítico con la acumulación mitigada: CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 853, para quien “los límites no son sino un mal parche para un gran descosido, como es la acumulación”.

como el número de infracciones cometidas <sup>31</sup>. Así, propone partir de un límite mínimo coincidente con el límite relativo del triplo, que de ser inferior a la mitad de la suma de todas las penas concurrentes puede, a juicio del Tribunal, superarse, pero, sin que ello suponga modificar este sistema acumulativo en uno de exasperación, pues de su aplicación no surge una nueva pena sino que las distintas penas siguen manteniendo su individualidad <sup>32</sup>.

Por su parte, nuestro ordenamiento opta por fijar unos límites temporales determinados de forma absoluta (20, 25, 30, 40 años), y de forma relativa, condicionándolo al triple de la pena más grave.

### **2.3.- El sistema de combinación**

El sistema de combinación de penas consiste en crear un marco penal propio para la concurrencia delictiva, partiendo de los marcos penales de las singulares infracciones cometidas, dentro del cual se fija la pena definitiva.

---

<sup>31</sup> Cfr. MIR PUIG, S. “Adiciones de Derecho español”, al *Tratado de Derecho penal* de JESCHECK, vol. II, 1981, pp. 1032-1033.

<sup>32</sup> También, el Grupo Parlamentario Comunista y PSUC en la Propuesta Alternativa de la Parte general del Código penal, presentada como artículo primero de la enmienda a la totalidad al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma parcial del Código penal de 26 de septiembre de 1982, propuso un sistema de límites al cumplimiento de las penas absolutamente novedoso en nuestra historia legislativa. En este sentido, establecía el artículo 60.2 de la citada Propuesta que: “El cumplimiento ininterrumpido de las penas correspondientes al responsable de varias infracciones, impuestas en la misma o en distintas sentencias, no podrá resultar inferior al tiempo correspondiente a la suma de las tres penas más graves en su caso concurrentes, ni superar la duración que resulte de la mitad de la suma de todas las impuestas, cuando esta cantidad exceda de aquel primer límite, según determine el Tribunal, dejando de cumplir las que procedan desde que las ya extinguidas cubrieren el total del tiempo predicho, que no podrá exceder de 15 años.

Excepcionalmente, si estuviere condenado por dos o más delitos a los que la ley señala pena de prisión de hasta 15 años, aquel límite se ampliará hasta 20 años”.

Vid. su texto en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 18, 1982.

Vid. también, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 30, acerca de la propuesta de SCHÜTZE, de lo que se denomina el “sistema de reducción”, consistente en reducir cada una de las penas concretamente impuestas mediante unas pautas determinadas, para posteriormente sumar todas las penas así reducidas. Con este sistema lo que se pretendía es que ninguna de las penas impuestas dejara de

Por ejemplo, en Alemania se aplica este sistema como solución jurídica para el concurso ideal heterogéneo <sup>33</sup>. Así, se crea un nuevo marco penal que va desde el más alto de los mínimos previstos para las diversas infracciones concurrentes, hasta un máximo que coincide con el máximo más elevado de los respectivamente conminados.

En este sistema las penas accesorias y las medidas de seguridad de la pena definitiva se eligen entre las correspondientes a cualquiera de los delitos que concurren, a modo de participación de las distintas infracciones en la fijación de la pena definitiva.

El fundamento de este principio reside en la idea de evitar que un autor resulte beneficiado con la imposición exclusivamente de la pena más grave (principio de absorción), ya que ésta puede tener un límite inferior muy reducido, (efecto oclusivo o de clausura de la pena de la ley menos grave), o bien puede carecer de otras penas, como por ejemplo las accesorias, que por el contrario sí están previstas para las otras infracciones menos graves, (efecto complemento del tipo menos grave) <sup>34</sup>.

Así, el principio de combinación al tener en cuenta no sólo la pena correspondiente a la infracción más grave sino también, las previstas para las demás infracciones concurrentes, facilita que en la pena definitiva se refleje con mayor exactitud el contenido de injusto que supone la pluralidad de las infracciones cometidas. Es por ello, que este sistema de combinación viene cobrando cada vez mayor relevancia práctica, aceptándose en diversos Códigos penales caracterizados por la existencia de una sola pena de prisión <sup>35</sup>.

#### **2.4.- El sistema de exasperación**

---

cumplirse.

<sup>33</sup> Vid. *infra*, Capítulo X, 3.2.4

<sup>34</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 33.

La exasperación consiste en imponer una pena que supere a la más grave de las que individualmente concurren.

A este fin, se determinan las penas correspondientes a cada una de las infracciones, eligiéndose la más grave, que se eleva hasta unos límites determinados, ya sea la suma de las penas individuales en que se incurrió, o el máximo de la clase de pena correspondiente <sup>36</sup>.

La pena que surge de la aplicación de este sistema es independiente de las penas particulares que corresponden a cada una de las infracciones concurrentes. Si bien, éstas podrán ser apreciadas como circunstancia agravante de la pena definitiva. Y en este mismo sentido, las medidas de seguridad y consecuencias accesorias a imponer pueden extraerse igualmente de cualquiera de las infracciones concurrentes <sup>37</sup>.

Este sistema goza de gran aceptación tanto por la doctrina como por las numerosas legislaciones que lo establecen como criterio para determinar la pena del concurso real <sup>38</sup>. En efecto, se destaca de este sistema de exasperación, frente al principio de acumulación, que se adapta mejor a los

---

<sup>35</sup> Vid. *infra*, Capítulo IX, 3.

<sup>36</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 31; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 97.

<sup>37</sup> Cfr. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1962, p. 480; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vol. II, 1981, p. 1027 y 1029; SANZ MORÁN, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 1995, p. 231.

Por el contrario, CUERDA RIEZU, *Concursos de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 98, quien entiende respecto del concurso real que las penas accesorias y medidas de seguridad que podrían aplicarse se reducen a las que correspondiesen al hecho amenazado con la pena disponible, es decir, la más grave.

<sup>38</sup> Partidarios de este sistema en Italia: PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., vol. IV, 1936, p. 551, para quien el aumento de la pena vendrá dado en proporción al número de delitos y a la gravedad de los mismos. En Alemania: MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1962, p. 476; JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1108-1109.

En España: CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 852-853 (respecto del concurso real); SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 257-258.

El nuevo Código penal español sólo prevé este sistema para el delito masa (art. 74.2).

hechos, que en la práctica permite una ejecución uniforme <sup>39</sup>, y además se ensalza la especial atención que presta a la finalidad preventivo especial de la pena <sup>40</sup>. Por contra, se le reprocha su complejidad operativa <sup>41</sup>.

## **2.5.- El sistema de absorción**

El sistema de absorción consiste en la imposición de una sola pena, que se corresponda con la más grave de todas las individuales.

Lo característico de este sistema es que la pena definitiva queda restringida al marco fijado por la pena más grave con la que se haya sancionado los distintos delitos cometidos. Y precisamente, por ser la pena definitiva una sola de entre las concurrentes, las penas accesorias y las medidas de seguridad, así como, otras consecuencias que se hayan de imponer sólo podrán elegirse entre las que acompañen a dicha pena definitiva.

Dentro del sistema de absorción podemos distinguir entre dos modalidades, una primera menos grave, que se conoce como “absorción simple”, en el que el juzgador determina la pena imponible teniendo en cuenta toda la extensión de la pena disponible o pena más grave de las concurrentes, y otra modalidad de “absorción agravada”, en la que la individualización judicial se haya limitada a una parte de la pena disponible.

La diferencia entre este sistema de absorción y el de exasperación estriba en que la pena a imponer por absorción no puede sobrepasar el marco legal de la pena disponible, mientras que para el sistema de exasperación

---

<sup>39</sup> En este sentido: GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, pp. 596-597.

<sup>40</sup> Cfr. JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, 1995, pp. 1108-1109. Antes, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, p. 1029.

<sup>41</sup> En contra de este sistema, IMPALLOMENI, *Instituzioni di Diritto penale*, 1908, p. 421.

aquella sólo determinaba el límite mínimo de la pena a imponer <sup>42</sup>. Por otra parte, como hemos señalado, en el sistema de absorción la pena disponible no es una nueva pena que venga configurada con la aportación de las correspondientes a los otros delitos en concurso, sino la propia de la infracción más grave.

Y esta misma nota característica es la que establece su distinción con el sistema de combinación, en donde el marco penal de la pena más grave sólo constituye un punto de partida para la construcción del marco penal unitario, para el que, también, se ha de tener en cuenta el límite mínimo más alto de las penas concurrentes <sup>43</sup>.

Pero tanto, en el sistema de absorción como en el de exasperación, o en el de combinación la pena impuesta definitivamente es una única pena, ya sea por haberla elegido entre las distintas concurrentes o por haberla formado mediante determinados parámetros legales. Frente, el sistema de acumulación del que resultan impuestas todas las penas concurrentes.

Además, entre el sistema de absorción y el de acumulación se produce otra importante diferencia respecto de las penas accesorias y a las medidas de seguridad, ya que cuando se trata del sistema de acumulación, al imponerse todas las penas también se aplican las correspondientes penas accesorias, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias de todas las infracciones concurrentes. Por el contrario, en un sistema de absorción, sólo se podrán

---

<sup>42</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 31; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 98.

<sup>43</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 33. También señala este autor que por el contrario este sistema puede acercarse al sistema de absorción si el límite mínimo y máximo del marco penal coincide con el correspondiente a la infracción más grave y/o a esta infracción le corresponda exclusivamente las penas accesorias y medidas de seguridad que se aplique a la pena definitiva. Aunque sin duda la razón de ser de este sistema es como se ha expuesto en el texto evitar las incongruencias que pudieran producirse sólo cuando el límite inferior de la pena más grave fuera inferior a los de los restantes delitos. No se trata pues, de un sistema con el que se obtenga una pena superior a la infracción más grave ya que el límite superior de ésta nunca resulta superado.

imponer las que deban acompañar a la pena disponible.

La ventaja que presenta este sistema de absorción es que con él no se dan todos los problemas de impracticabilidad que presentaba el sistema de acumulación material <sup>44</sup>, pero sin embargo, en muchas ocasiones resulta excesivamente benévolo.

En efecto, la sola imposición de la pena más grave implica que no se atiende más que a una de las infracciones cometidas, dejando absolutamente sin sanción a los otros delitos que ni siquiera participarán en la individualización de la pena definitiva, ni en la imposición de las medidas de seguridad o de las consecuencias accesorias <sup>45</sup>. En este sentido, preocupan los efectos que un sistema tan benigno pueda producir en sujetos que habiendo cometido un delito grave, no se perciban la amenaza de las penas de los delitos menos graves que pudieran realizar con posterioridad <sup>46</sup>.

En definitiva, la pena que surge de la aplicación de un principio de absorción simple pierde de vista todas las finalidades de la pena <sup>47</sup>.

Por el contrario, el sistema de absorción agravada al quedar la pena definitiva limitada a una parte de la infracción más grave, el resto de las

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, señalaba CARRARA, *Programma di Diritto criminale*, P.G, vol. II, 5ª ed., 1877, § 730, pp. 234-235, que este sistema de absorción, era propio de las legislaciones más severas, como la francesa, que precisamente por la dureza de sus penas hacía imposible e inútil la aplicación del sistema de acumulación.

A favor de este sistema, GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. II, 1872, p. 441; BACIGALUPO, en *RFDUC*, monográfico nº 6, 1983, p. 61.

<sup>45</sup> En este sentido en Italia: IMPALLOMENI, *Instituzioni di Diritto penale*, 1908, p. 415; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., vol. IV, 1936, § 134, p. 551, quien consideraba que este principio resultaba contrario a justicia, no sólo porque determinase la impunidad de algunos delitos, sino también porque colocaba en igual condición al que cometiera un sólo delito que al que además de éste realiza otros. También: GEERDS, *Zur Lehre*, 1961, p. 457. En España, SILVELA, *El Derecho penal*, vol. I, 2ª ed, 1903 p. 279; CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, vol. 2, 18ª ed., 1981, p. 705; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 29.

<sup>46</sup> Cfr. IMPALLOMENI, *Instituzioni di Diritto penale*, 1908, p. 415; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4ª ed., vol. IV, 1936, § 134, p. 551; DE FIGUEIREDO, *Direito penal português*, vol. II, 1993, pp. 282-283; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 165-166.

<sup>47</sup> Así, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 29.

infracciones sí tienen una participación directa en la determinación de la pena final, sin perjuicio que ello pueda considerarse insuficiente en algunos de los supuestos de concurrencia delictiva.

## **2.6.- Recapitulación**

Del análisis de los distintos criterios sancionadores presentes en la teoría del concurso destaca el hecho de que en principio la mayoría de ellos ni se adecuan a las finalidades de la pena, ni son capaces de fijar una pena proporcional a los hechos. Así, criterios como el de la pena unitaria, por responder más a un Derecho penal de autor que del hecho; el de acumulación aritmética, por su excesivo carácter retribucionista; o el de absorción simple, por carecer de efectos preventivos.

Por el contrario, los sistemas de combinación, absorción agravada y exasperación, aunque su aplicación resulte compleja, responden mejor a las necesidades sancionadoras de la teoría concursal.

## **3.- ESTUDIO DE LAS SOLUCIONES JURÍDICAS ADOPTADAS EN DERECHO COMPARADO**

Las soluciones jurídicas ofrecidas en Derecho comparado a la teoría del concurso son tan diversas como códigos y países existen. Pero, antes de comenzar su análisis y poder comprobar esta afirmación, he de hacer unas precisiones acerca de los Códigos elegidos para el desarrollo de este apartado, pues, la imposibilidad de realizar un análisis exhaustivo, me obliga a elegir aquéllos que por haber sido objeto de reforma en los últimos años ofrecen una visión más interesante de las tendencias actuales, y a los que he añadido otros que por su influencia en nuestra legislación no podemos nunca olvidar.



Por otro lado, la mención al Proyecto de Código Penal Internacional, al Código penal tipo para Iberoamérica, o al Corpus Iuris europeo, aunque no sean más que declaraciones de principios sin fuerza legal, tiene como finalidad analizar las soluciones ofrecidas cuando son distintos Estados los que se reúnen y optan de forma consensuada por un determinado criterio sancionador.

Por otra parte, he de señalar que esta exposición atenderá tanto a las soluciones del concurso ideal como a las del concurso real, ya que en ocasiones, su estudio conjunto resulta inescindible por recibir ambas modalidades idéntico tratamiento, y cuando no sea así, también analizaré las soluciones del concurso real a fin de poder observar como la unidad y pluralidad de acciones afecta en la determinación de la pena según los diferentes ordenamientos.

### **3.1.- Tratamiento unitario del concurso real e ideal de delitos**

En primer lugar, abordaré el estudio de un conjunto de legislaciones que han optado por otorgar un tratamiento unitario a todos los supuestos concursales.

#### **3.1.1.- Suiza**

El Código penal vigente en Suiza se limita a establecer para todos los supuestos de concurrencia delictiva distintos sistemas sancionadores atendiendo exclusivamente a la naturaleza de las penas concurrentes<sup>48</sup>. Por ejemplo, cuando concurren penas privativas de libertad se establece un criterio de exasperación (art. 68.1. párrafo 1º). En los casos en los que se incurre en varias penas de multas se concede un amplio margen de libertad al juez, pues

---

<sup>48</sup> Sobre los orígenes de la regulación vigente, vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 68.

según establece el artículo 68.1. párrafo 2º, sólo se impone una pena de multa adecuada a la culpabilidad del sujeto (sistema de pena unitaria). Por último, cuando concurren penas privativas de libertad con penas de multa se aplica un sistema de acumulación material.

Y en lo que se refiere a las penas accesorias, las medidas de seguridad u otra medida se elige, a modo del sistema de combinación, entre cualquiera de las que puedan imponerse (art. 68. 1. párrafo 3º) <sup>49</sup>.

### **3.1.2.- Austria**

En la legislación austríaca también ha sido tradicional equiparar los efectos penales de las distintas categorías concursales, partiendo de un principio de absorción agravada <sup>50</sup>.

De ahí, que durante el período reformador no se planteara la necesidad de distinguir diferentes modalidades concursales y el debate se centrara en la búsqueda del sistema punitivo que respondiera mejor a las exigencias de justicia material y de utilidad penal.

No obstante, y en la misma línea que en la legislación suiza se atiende

---

<sup>49</sup> Dispone el artículo 68.1 del Código penal suizo de 21 de diciembre de 1937 que: “Cuando por uno o varios actos, el delincuente sea merecedor de varias penas privativas de libertad, el juez le condenará a la pena correspondiente a la infracción más grave, aumentando su duración en atención a las circunstancias, sin exceder de la mitad superior del máximo de la pena prevista para dicha infracción. Por otra parte, estará sometido por el máximo legal de la naturaleza de la pena. Si el delincuente es merecedor de varias multas, el juez le condenará con una multa proporcional a su culpabilidad.

Toda pena accesoria, medida de seguridad u otra medida podrá ser aplicada, incluso, si ella no está prevista nada más que para una de las infracciones en concurso o para una de las leyes en concurso.”

<sup>50</sup> Así por ejemplo, el StGB de Francisco I de 1803 disponía que: § 28.- “En el caso de que un delincuente sea culpable de varios delitos de diferente especie, se le castigará según el delito que lleve consigo la pena más grave, teniendo al mismo tiempo presente los otros delitos”.

Sobre la regulación del StGB de 1852, en términos muy semejantes al de

fundamentalmente a la naturaleza de las penas concurrentes para regular la concurrencia delictiva. Así, el StGB de 1974 parte de un principio de absorción si las penas concurrentes son de la misma naturaleza, y las acumula si se tratan de penas privativas de libertad y de multa <sup>51</sup>.

### **3.1.3.- Francia**

En Francia, desde que en el año 1960 se reconociera por la Corte Suprema la naturaleza plural del concurso ideal, algunos autores se manifestaron a favor de establecer un régimen propio para el concurso ideal diferente al previsto para el concurso real y que a su vez estableciera una

---

1803, vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 66-67.

<sup>51</sup> StGB austríaco de 23 de enero 1974. (Ley Federal sobre acciones sancionadas judicialmente con penas). Boletín Oficial Austríaco nº 60/1974, en vigor desde el 1-1-1975. Dispone el § 28 que: “1.- Si alguien, mediante un solo acto o varios actos independientes, comete varias acciones punibles de la misma o diferente índole y es juzgado por ellos en un mismo proceso, si las leyes aplicables prevén sólo penas privativas de libertad o sólo penas de multa, se impondrá una sola pena privativa de libertad o de multa. Esta pena se determinará con arreglo a la ley que señale la pena más elevada. Abstracción hecha del caso en que concurren causas extraordinarias de atenuación, no puede imponerse pena menor que el máximo de las penas menores previstas en las leyes que concurren.

2.- Si en una de las leyes que vienen en concurso se imponen penas privativas de libertad y en otra, penas pecuniarias, o en una de las leyes se imponen conjuntamente penas privativas de libertad y penas pecuniarias, si ambas penas han de imponerse preceptivamente, se impondrá una pena privativa de libertad y otra pecuniaria. Puede imponerse, no obstante, aunque una de ella no sea preceptiva. Lo mismo se aplicará cuando se trate de penas de otra clase señaladas además de una pena privativa de libertad o pecuniaria. Para la determinación de las penas privativas de libertad y pecuniarias rige lo dispuesto en el apartado 1.

3.- Cuando haya de imponer con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2, una pena privativa de libertad y una pena de multa, si en lugar de la pena privativa de libertad procede imponer una pena de multa, se impondrá tan sólo una pena de multa de acuerdo con lo prevenido en el apartado 1.

4.- Las medidas preventivas se impondrán si se dan los presupuestos para ello en una o varias de las acciones sancionadas con una pena enjuiciadas en el mismo procedimiento.”

diferenciación con los casos de unidad de delito y asimilados <sup>52</sup>.

Sin embargo, la reforma llevada a cabo en 1992, no ha supuesto cambio sustancial alguno respecto a la práctica de los tribunales, y así, se define la concurrencia delictiva sin distinguir que las distintas infracciones provengan de una sola acción o nazcan de acciones distintas e independientes <sup>53</sup>.

La consecuencia jurídica que se propone para la concurrencia delictiva consiste en un sistema de absorción, que resulta modificado hasta convertirse en un auténtico sistema de combinación (o “confusión” en terminología francesa), en el que los marcos penales se configurarán dependiendo directamente de la naturaleza de las penas <sup>54</sup>.

En este sentido, señala en artículo 132-3 que cuando se tratan de varias infracciones enjuiciadas en un mismo proceso, se impondrá una pena distinta por cada una de las infracciones cometidas pero, tan sólo, se ordenará la ejecución de la más grave de las penas pronunciadas. La imposición de todas estas penas se hace de manera cumulativa si bien con la reserva de que su total no exceda del máximo previsto por la ley para la represión de la infracción más grave, en cuyo caso la pena más grave se convierte en el límite máximo <sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Para la situación anterior al Código penal vigente, vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 60.

<sup>53</sup> El nuevo Código penal francés de 22 de julio de 1992, completado por la ley de 16 de diciembre de ese mismo año, y que entró definitivamente en vigor el 1 de marzo de 1994, dispone en el artículo 132-2, que: “Hay concurso de infracciones cuando una persona comete una infracción, antes de que ésta haya sido definitivamente condenada por otra infracción.”

Este precepto responde íntegramente a lo previsto en el Avant-projet définitif del Código penal de 2 de junio de 1978.

<sup>54</sup> Cfr. PRADEL, *Le nouveau Code Pénal. Partie Générale*, 1994, pp. 190-201; PONCELA, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 3, 1993, p. 465.

<sup>55</sup> El art. 132.3 del Código penal francés dispone que: “Cuando, con ocasión de un mismo procedimiento, el procesado es reconocido culpable de varias infracciones en concurso, cada una de las penas concurrentes podrá ser impuesta. Sin embargo, cuando varias penas de la misma naturaleza puedan ser impuesta, no podrá ser sentenciada nada más que una pena de esa naturaleza con el límite máximo legal más elevado.

Cada pena impuesta se reputa común a las infracciones en concurso con el límite de

### **3.1.4.- Portugal**

El Código penal portugués de 15 de mayo de 1995, siguiendo una tradición jurídica iniciada en 1837, también resuelve todas las hipótesis concursales sin establecer diferencias entre el concurso real y el ideal. Para ello opta por un sistema cuya fuente de inspiración más inmediata se encuentra en el sistema de combinación.

Así, el tribunal debe determinar, en primer lugar, las penas que concretamente corresponden a cada uno de las infracciones en particular siguiendo las reglas generales de la determinación de la pena. Operación que se justifica por la propia esencia del sistema de combinación, y también, porque será absolutamente indispensable en las operaciones subsiguientes para la determinación de la pena correspondiente al concurso.

Seguidamente, el tribunal construye el marco penal con el que sancionar el concurso, en atención a la naturaleza de las penas. Por ejemplo, de tratarse de penas de la misma especie, el marco contará con un límite máximo relativo, configurado por la suma de las penas concretamente aplicadas a los distintos delitos (art. 77º.-2), siguiendo un sistema de acumulación pura, y como límite máximo absoluto (acumulación jurídica), por el que dicha suma nunca podrá sobrepasar la duración máxima de cada pena, que en el caso de la prisión será de 25 años, y en la pena de multa, de 900 días <sup>56</sup>.

---

máximo legal aplicable a cada una de ellas.”

<sup>56</sup> La Ley nº 48/1995 de 15 de mayo, recoge en la Sección III, la “Punición de los concursos de crímenes y del delito continuado”. Dispone su artículo 77 dedicado a las reglas de punición del concurso que:

“1.- Cuando alguien hubiere cometido varios crímenes antes de haber sido juzgado o condenado por cualquiera de ellos, será castigado con una única pena. En la determinación concreta de la pena serán considerados, en conjunto, los hechos y la personalidad del agente.

2.- La pena aplicable tendrá como límite superior la suma de las penas determinadas concretamente a los distintos crímenes, no pudiendo sobrepasar 25 años tratándose de pena de prisión y 900 días tratándose de pena de multa, y como límite mínimo la más elevada de las penas concretamente aplicadas a los distintos crímenes.

3.- Si las penas aplicables a los crímenes en concurso fueran unas de prisión y

Novedad importante en este Código es la previsión del límite mínimo del nuevo marco penal. Según dispone el apartado segundo del artículo 77º, siguiendo la línea jurisprudencial existente hasta dicho momento <sup>57</sup>, el límite inferior de la nueva pena viene determinado por la pena más grave de las concurrentes <sup>58</sup>.

A pesar de que tanto en el vigente Código penal, como en el anterior, se establece que para determinar la pena se ha de tener en cuenta los hechos en su conjunto y la personalidad del delincuente, no se trata de un sistema de pena unitaria como han sostenido algunos autores <sup>59</sup>.

Como expusimos al comienzo de este capítulo, en el sistema de pena unitaria la evaluación conjunta de los hechos carece de parámetros sobre los que determinar la pena definitiva. Por ello, en ese sistema las distintas infracciones perdían su autonomía y se creaba una nueva pena atendiendo únicamente a la culpabilidad del sujeto, no siendo necesario ni siquiera determinar la pena de cada uno de los delitos cometidos. Por el contrario, en el sistema de combinación previsto en el Código penal portugués constituye un

---

otras de multa, la naturaleza diferente de las mismas se mantendrá en una pena única resultante de la aplicación de los criterios establecidos en los números anteriores.

4.- Las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser siempre aplicadas al agente, aunque esté prevista por una sola de las leyes aplicables.”

<sup>57</sup> Vid. Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 1984 (BMJ, 340, 230).

<sup>58</sup> Por ejemplo, de tratarse de dos delitos, uno de hurto de uso de vehículo de motor del artículo 304º.1, y otro de robo agravado del artículo 306º.1, sancionados después de aplicar las reglas generales de determinación de la pena, con seis meses, y tres años de prisión respectivamente, el marco penal para sancionar el concurso de delitos, quedaría configurado por el límite máximo de 3 años y 6 meses de prisión y un límite mínimo de 3 años.

Como ha destacado DE FIGUEIREDO, *Direito penal português*, 1993, p. 289, con este mínimo el marco penal puede resultar casi insignificante, pero ello resultará justificado por el hecho de que se tratan de delitos de gravedad muy diferente.

<sup>59</sup> En este sentido y para la legislación anterior donde no se recogía más que el límite máximo del marco penal, vid. SANZ MORÁN, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 222. De otro parecer, DE FIGUIEREDO DIAS, *Direito penal português. Parte geral. As consequências jurídicas do crime*, 1993, pp. 276-297, que ya mantenía el sistema de combinación conforme al Código penal anterior.

requisito imprescindible la determinación de las penas individuales para la fijación de los topes máximos y mínimos de un nuevo marco penal del que ha de extraerse la pena definitiva.

Según hemos señalado, el artículo 77.2 del Código penal portugués exige de entrada determinar individualmente las penas correspondientes a los distintos crímenes, creando un nuevo marco penal cuyos límites máximo y mínimo van a quedar fijados precisamente por las penas que determinadas en concreto correspondiesen a las distintas infracciones cometidas. La valoración conjunta de los hechos y de la personalidad del delincuente sólo vendrá a fijar la pena definitiva dentro del marco penal surgido de la combinación de las penas individuales. Es decir, se tratan de parámetros que han de guiar la individualización judicial de la pena.

Si las penas determinadas en primer lugar fueran, sin embargo, de naturaleza diferente, el Código abandona el sistema de combinación, y lo sustituye por el de acumulación material. En este sentido señala el artículo 77º.-3 que, una pena de prisión y una pena de multa siempre se acumularán entre sí<sup>60</sup>.

Y en lo que se refiere a las penas accesorias y a las medidas de seguridad, se prevé la posibilidad de aplicarlas cualquiera que sea la ley que la establezca (artículo 77º.-4).

### **3.1.5. Recapitulación**

Resulta común a estas legislaciones penales en las que se otorga el mismo tratamiento a todos los supuestos concursales que se acuda a la naturaleza de la penas para establecer el régimen penológico, de tal forma que si las penas concurrentes son de naturaleza diferente se aplique un sistema de acumulación material, mientras que si se tratan de penas de idéntica naturaleza

---

<sup>60</sup> Este sistema acumulativo no ha sido bien recibido por la doctrina que lo considera contrario a los principios de política criminal inspiradores de la reforma.

se juegue con sistemas menos graves que el acumulativo, como son el sistema de absorción o el de combinación creándose nuevos marcos penales a partir de las distintas penas concurrentes.

He de hacer notar que el sistema acumulativo entre penas de distinta naturaleza no produce los mismos efectos que cuando se lleva a cabo entre penas de idéntica naturaleza pues dicha acumulación permite que en muchos de los casos el cumplimiento de las mismas sea simultáneo evitándose así los problemas que denunciábamos al analizar este criterio sancionador.

### **3.2.- Tratamiento diferenciado en la determinación de la pena en los concursos ideal y real de delitos**

Seguidamente analizaremos otras regulaciones que prevén consecuencias jurídicas diferentes para el concurso ideal y real.

#### **3.2.1.- México**

El Código penal mejicano de 1931 distingue en su artículo 18 las dos modalidades concursales citadas, y prevé para el concurso ideal un sistema de exasperación facultativa, criterio que también se recoge para el concurso real, pero estableciéndose unos límites más elevados que para el caso anterior (artículo 64)<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Código penal de 13 de agosto de 1931, para el distrito en materia de Fuero común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, con sus reformas, regula los concursos de delitos en el Título III “Aplicación de las sanciones”, Capítulo IV “Aplicación de las sanciones en cada caso de concurso, delito continuado, complicidad correspectiva y reincidencia”, artículo 64 que dispone:

“En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro primero.

En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, si que exceda de los máximos



### **3.2.2.- Bélgica**

El Código penal belga, a pesar de tener como antecedente la legislación francesa, distingue entre concurso ideal, al que aplica el principio de absorción de penas <sup>62</sup>, y concurso real para el que prevé un sistema complejo donde se combinan diversos sistemas, dependiendo fundamentalmente de la naturaleza de las penas concurrentes, y atendiendo a una clasificación tripartita de las infracciones (crímenes, delitos y contravenciones).

En concreto, para el concurso real, los artículos 58 a 64 prevén, por un lado, un sistema de acumulación material en casos de pluralidad de contravenciones y penas de confiscación especial; y por otro, un sistema de acumulación mitigada, cuando se produce un concurso de delitos y contravenciones, o de delitos entre sí.

Para los supuestos más graves se recurre a un sistema de absorción, que será de aplicación cuando el concurso lo sea entre un crimen y uno o varios delitos, o con una o varias contravenciones, en cuyo caso sólo se imponen las penas accesorias afectadas a la pena del crimen.

Por último, regula la concurrencia de crímenes mediante un sistema de

---

señalados en el Título Segundo del Libro primero.”

El máximo será de 40 años (art. 25).

El Código penal para el Distrito federal en su redacción de 18 de diciembre de 2002, mantiene la diferencia sancionatoria entre las modalidades concursales, en sus artículos 28 y 79. en este último se prevé que: “En caso de concurso ideal, se impondrá las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor punibilidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título III del Libro I de este Código.

En caso de concurso real se impondrá la pena del 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 artículo 33 de este Código”.

<sup>62</sup> El Código penal belga de 1867, prevé para el concurso ideal el sistema de absorción en el artículo 65. Este artículo dispone que: “Cuando el mismo hecho constituya varias infracciones sólo se pronunciará la pena más grave”.

exasperación facultativa<sup>63</sup>.

### **3.2.3.- Italia**

En Italia, tan sólo bajo la vigencia del Código penal de Rocco de 1930 se impuso el mismo sistema de acumulación material de penas para regular el concurso ideal y el real<sup>64</sup>.

Sin embargo, durante el proceso reformador se acordó volver al sistema tradicional que establecía un régimen más severo para el concurso real que para el ideal<sup>65</sup>. En este sentido, se señalaba que la persistencia del sujeto en su actitud criminal resultaba merecedora de una sanción superior que en los casos en los que el agente hubiera actuado una sola vez<sup>66</sup>.

La actual regulación de 11 de abril de 1974, así lo reconoce y prevé diferentes fórmulas sancionadoras según se trate de una u otra de las modalidades concursales.

Para el concurso real parte como principio general del sistema de

---

<sup>63</sup> Vid. con más detalle, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 85-86.

<sup>64</sup> Vid. *supra*, Capítulo III, 4.

También, MANZINI, *Instituzioni di Diritto penale italiano*, vol. I, 9ª ed., 1958, pp. 157 y ss; ANTOLISEI / CONTI, *Manuale di Diritto penale*, 12ª ed., 1991, p. 457.

<sup>65</sup> Así, tanto el Código penal toscano de 1854 como el Código de Zanardelli de 30 de junio de 1889, excepcionaban el principio de acumulación material previsto para el concurso real, por el de absorción agravada o simple que habrían de regular el concurso ideal.

El artículo 81 del Código penal toscano establecía lo siguiente: “Si una acción viola diversas disposiciones legales, siempre deberá imponerse la que esté amenazada con la pena más grave, y esta pena, cuando no esté absolutamente determinada, se aumentará dentro de sus límites legales, por las otras violaciones de la ley cometidas por el mismo hecho”.

Por su parte, el artículo 78 del Código de Zanardelli establecía que: “Quien con un mismo hecho viola diversas disposiciones legales, será castigado conforme a aquella que establezca la pena más grave”.

Vid. *supra*, Capítulo III, 5.

<sup>66</sup> En este sentido: PALERMO, *Commentario breve al Codice penale*, 1992, p. 274-282.

acumulación material de penas <sup>67</sup>. No obstante, el rigor de este sistema acumulativo resulta mitigado mediante la previsión de unos límites determinados <sup>68</sup>.

Para el concurso ideal, tanto en su modalidad homogénea como heterogénea, se adopta el criterio de exasperación, esto es, la aplicación de la pena más grave que puede resultar aumentada hasta el triplo de la misma, y sin que en ningún caso, pueda ser superior a la que correspondiese de aplicar el criterio de acumulación material <sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Vid. artículos 71-80 del Código penal italiano de 1974.

Distingue el texto entre concurso de penas de la misma o de distinta especie. Así el artículo 73 para los primeros señala que se aplicará una pena única por tiempo igual a la suma de las penas singulares. Por su parte el artículo 74 dispone que si como consecuencia de la comisión de varios delitos procede imponer penas de prisión de diferente especie, éstas se aplican independientemente y por entero. La pena de arresto se exigirá la última. El artículo 75 contiene una norma idéntica a la anterior pero referida a las penas pecuniarias.

El artículo 77 contempla el régimen de las penas accesorias.

<sup>68</sup> Dispone el artículo 78 del Código penal italiano que en caso de un concurso de delitos en los que se imponga penas de prisión de la misma especie o penas de multa de la misma especie (art. 73), la pena impuesta conforme al citado artículo no podrá ser superior al quíntuplo de la más grave de las penas concurrentes, ni exceder de: 30 años en caso de pena de reclusión; seis años por la de arresto; 30 millones de liras para la pena de multa impuesta en caso de crímenes y de 6 millones en caso de pena de multa por las contravenciones, salvo que el juez hiciere uso de lo dispuesto en el artículo 133 bis del Código.

Para los casos de concurso de delitos castigados con penas de diferente naturaleza (art.74), la duración de la pena a imponer conforme a dicho artículo no podrá ser superior a 30 años.

El artículo 79 establece los siguientes límites en la aplicación de las penas accesorias: 10 años, si se trata de interdicción a cargo público o interdicción al ejercicio de una profesión u oficio; y de cinco años, si se trata de suspensión del ejercicio de una profesión u oficio.

En caso de imposibilidad práctica para acumular algunas de las penas prevé un sistema de sustitución (art. 72).

El artículo 76 precisa cuando las penas concurrentes se consideran a efectos jurídicos como pena única y cuando como penas independientes. Y por último, el artículo 77 contiene la norma para la determinación de las penas accesorias y de otros efectos penales de la condena en caso de concurrencia delictiva.

<sup>69</sup> El Código penal italiano de 1974, regula el concurso de delitos en el Título III “Del delito”, Capítulo III “Del concurso de delitos” en el artículo 81 que dispone lo siguiente:

“1.- Se sancionará con la pena que debe imponerse por la infracción más grave

No obstante, en la práctica forense este principio de exasperación ha sido sustituido por el de acumulación si las distintas penas concurrentes tienen naturaleza diferente.

Fue, precisamente, la Corte Constitucional la que rechazó la posibilidad de aplicar este sistema entre las penas de prisión y las penas pecuniarias basándose en dos principios fundamentales del Derecho penal: en el principio de legalidad (garantía penal), que impedía sancionar con pena distinta de aquella que expresamente estuviere señalada por ley para el delito en concreto, y en el principio en favor del reo, ya que siempre la aplicación del principio de exasperación en penas de distinta naturaleza perjudica al condenado.

Por el contrario, el sentido de las últimas decisiones de este alto tribunal ha estado dirigido a admitir este principio incluso cuando las penas fueran heterogéneas, siendo objeto de duras críticas por vulneración del principio de legalidad. Se señalaba que la pena aplicable por ley a cada caso no sólo se determina por la norma que sanciona singularmente a cada uno de los delitos, sino que para su medición se ha de tener en cuenta el conjunto total de las disposiciones relativas al tratamiento sancionatorio, entre las que se encuentra el propio artículo 81 del Código penal. Y por otra parte, la misma regla por la cual la sanción impuesta conforme al principio de exasperación no pueda ser nunca superior ni cuantitativa ni cualitativamente a la pena que resulte de aplicar el cúmulo material, principio expresamente enunciado por el artículo 81, se erige como instrumento de control para evitar que el aumento de la pena más grave resulte perjudicial al condenado <sup>70</sup>.

El artículo 81 no contempla ninguna norma relativa a las penas accesorias, siendo la opinión dominante la de que debe ser aplicado lo

---

aumentada hasta el triplo, quien con una sola acción u omisión viola diversas disposiciones legales o infringe varias veces la misma disposición legal.

3.- No obstante lo dispuesto en este artículo, la pena no podrá ser superior a la que resultare de aplicar las normas de los artículos precedentes.”

<sup>70</sup> Sobre este particular, PROSDOCIMI, en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. II, 4ª ed., 1992, pp. 528-531.

dispuesto por el artículo 77 <sup>71</sup>.

El proceso de reforma del Código penal italiano que se inició en virtud de un Decreto de 8 de febrero de 1988 y culminó el 31 de diciembre de 1991, pero sin éxito, suprimía el principio de acumulación material del concurso real y lo sustituía por un sistema de exasperación en el que la pena del delito más grave se incrementaba hasta el cuádruplo de la misma (artículo 33.1). En todo caso, la pena así hallada debía ser inferior a la que resultase de la suma de las distintas penas. Regla que sería igualmente de aplicación aunque las penas fueran de distinta naturaleza, si bien para su cálculo sí se recogía expresamente unas reglas concretas (artículos 33. 2, 46-47).

Para el concurso ideal, este proyecto mantuvo un criterio de exasperación, en el que la pena más grave podría aumentarse hasta el triplo (art. 33.3) <sup>72</sup>.

### **3.2.4.- Alemania**

En Alemania, el StGB de 2 de enero de 1975 impuso distintos regímenes sancionatorios para ambas modalidades de concurso conforme a su tradición jurídica <sup>73</sup>.

#### **A) El concurso ideal.**

El concurso ideal se regula en el § 52, en sus dos modalidades homogénea y heterogénea. Para ésta última prevé un criterio de combinación, que venía a plasmar legalmente lo que hasta entonces se estuvo aplicando por la jurisprudencia en una interpretación *contra legem* del § 73 del StGB alemán

---

<sup>71</sup> Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, 1990, p. 489.

<sup>72</sup> Para el esquema del Proyecto de Ley completo, vid. PISANI, en *Quaderni de L'indice penale*, n° 9, 1993.

Vid, *supra*, Capítulo III, 5.

<sup>73</sup> Vid. *supra*, Capítulo II.

de 1871 <sup>74</sup>.

En efecto, la actual regulación del § 52 recoge plenamente la doctrina jurisprudencial que surgió por las influencias de las teorías de la unidad y pluralidad en la interpretación del § 73 del antiguo StGB, e impone el sistema de combinación para la modalidad heterogénea <sup>75</sup>. Aunque en dicho precepto no se exija explícitamente un juicio de culpabilidad sobre todas y cada una de las leyes concurrentes, y se entienda el concurso ideal como un auténtico concurso de delitos, la doctrina sigue manteniendo la necesidad de que en la sentencia se declare tanto las lesiones repetidas de una misma ley, en caso de concurso ideal homogéneo, como la mención de todas las leyes concurrentes si se trata de un concurso ideal heterogéneo, pues de todas estas leyes concurrentes deriva la pena definitiva que corresponda al total contenido de injusto del hecho <sup>76</sup>.

No obstante, la diferencia que supone que se vulnere una sola ley varias veces o sean varias las leyes infringidas tiene su traducción en la determinación de la pena. Así, en el primer caso, se toma una sola vez la ley infringida en repetidas ocasiones y dentro del marco de la pena máxima, la lesión múltiple de la misma ley opera generalmente en sentido agravatorio <sup>77</sup>. Podemos, pues,

---

<sup>74</sup> Vid. *supra*, Capítulo II, 2.

<sup>75</sup> En este sentido dispone el § 52 I, del StGB alemán que: “Si la misma acción infringe varias normas o la misma norma varias veces, se condenará solo con una pena.”

El párrafo II del § 52 del StGB añade que: “Siendo varias las normas infringidas, de conformidad con las penas definidas en la ley, se impondrá la más gravemente sancionada. Esta no podrá ser más benigna que las permitidas por las otras normas aplicables.”

<sup>76</sup> En este sentido: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 662.

<sup>77</sup> Así, consideran que la agravación tendrá carácter facultativo: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, 1981, p. 1018; STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 52, n° 33, p. 708. Por su parte, JAKOBS, *Derecho penal*, 2ª ed., 1997, p. 1102, aboga por una agravación obligatoria. Aclara este autor que: “La formulación, tan extendida, de que el tenerlos en cuenta puede hacerse, pero no forzosamente, supone una reliquia de la época en que tenía lugar un tránsito en la concepción del concurso ideal desde la absorción absoluta hasta la mera absorción del marco penal”.

afirmar que para el concurso ideal homogéneo realmente lo que se aplica es un sistema de absorción, en el que la pluralidad de lesiones jurídicas tiene un efecto agravatorio, como además parece deducirse del tenor literal del precepto.

El apartado primero del § 52 habla de la imposición de una sola pena, tanto para los casos de concurso ideal homogéneo como heterogéneo, pero, sin embargo, en el apartado segundo, donde se establece un límite mínimo para la pena más gravemente sancionada, se refiere únicamente a los casos en los que son varias las normas infringidas, esto es, como sabemos, concurso ideal heterogéneo.

La diferencia entre una consecuencia jurídica y otra, es que en la modalidad homogénea no se crea ningún nuevo marco penal, sino que se impone el previsto para la ley más gravemente sancionada, y en el que como mucho, la vulneración repetida de la misma ley pueda ser tenida en cuenta en un sentido agravatorio. Por tanto, las leyes menos graves son absorbidas por la más grave, de acuerdo con el principio de absorción.

Por el contrario, en la modalidad heterogénea la pena resulta de la configuración de un nuevo marco penal distinto al de las infracciones concurrentes, y conformado precisamente a partir de todas ellas.

Así pues, para el concurso ideal heterogéneo el sistema elegido resulta más complejo y responde a los principios de un sistema de combinación, que partiendo de las distintas conminaciones penales da lugar a un nuevo marco penal, dentro del cual debe imponerse la pena definitiva, la pena única a la que se refiere el § 52. I <sup>78</sup>.

De conformidad con el § 52 II, esta nueva pena se construye a partir de un marco cuyo límite máximo se corresponde con la más grave de las penas máximas de las leyes concurrentes. Para la elección del tipo más grave se

---

<sup>78</sup> En este sentido: STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 52, n° 34, p. 708; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed.,

comparan no los tipos en abstracto, sino que, en atención al caso concreto, se tienen en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que permitan la aplicación de tipos atenuados o cualificados, pero sin alcanzar el grado de individualización judicial <sup>79</sup>.

Como límite mínimo de esta nueva pena se atiende a la más severa de las penas mínimas, esto es, el efecto clausura del tipo menos grave, en caso de que la ley menos grave prevea un mínimo de pena mayor que la ley más grave (§ 52, II) <sup>80</sup>.

Finalmente, las leyes menos graves también contribuyen a la determinación de la pena definitiva a través de las consecuencias accesorias y medidas de seguridad, pudiendo elegirse cualesquiera de las que a las mismas acompañen (§ 52, IV) <sup>81</sup>. Este es, el denominado efecto complemento de los tipos menos graves <sup>82</sup>.

Por su parte, el apartado III del § 52 permite aplicar conjuntamente la pena de multa y la privativa de libertad siempre que se den los presupuestos del § 41 <sup>83</sup>, esto es, si interviene un ánimo especial de enriquecimiento <sup>84</sup>.

---

1993, p. 646.

<sup>79</sup> Cfr. BAUMANN/ WEBER, *Strafrecht, All. T.*, 9ª ed., 1985, p. 659; STRATENWERTH, *Derecho penal*, 2ª ed., alemana (1976), 1982, p. 359; STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 52, n° 37, p. 708; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, pp. 662-663; GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, pp. 575-576.

<sup>80</sup> Cfr. BAUMANN/ WEBER, *Strafrecht, All. T.*, 9ª ed., 1985, p. 659; GÖSSEL / MAURACH / ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, pp. 576-577.

<sup>81</sup> Dispone el § 52 IV del StGB que: “Las penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas (§ 11 Abs. 1 Nr 8) deberán o podrán imponerse, cuando uno de los preceptos aplicables lo prescribe o lo permite.”

<sup>82</sup> Cfr. GÖSSEL / MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, p. 577.

<sup>83</sup> Dispone el § 41 que: “Los autores de un hecho punible con el que se hayan enriquecido o tratado de enriquecerse, podrá facultativamente imponérsele además de una pena privativa de libertad una pena pecuniaria, atendiendo a las relaciones personales y económicas de los autores.”

<sup>84</sup> El § 52 III del StGB señala que: “El Tribunal puede imponer, bajo los requisitos del § 41, la pena pecuniaria junto a la privativa de libertad.”

En el StGB alemán se prevé la pena privativa de libertad como pena única o bien, optativamente, dicha pena o la de multa. El arresto penal se contempla sólo como pena



Por último, en la individualización judicial de la pena habrán de seguirse las reglas generales, y la concurrencia de varias infracciones legales deben estimarse, en general, en un sentido agravatorio <sup>85</sup>.

#### B) El concurso real.

Para el concurso real, el § 53 prevé la formación obligatoria o facultativa de una pena global (*Gesamtstrafe*), en atención a la naturaleza de las penas concurrentes.

Así, resulta obligatoria en aquellos supuestos, en los que se conjuguen varias penas temporales de privación de libertad o varias penas pecuniarias por separado (§ 53 I) <sup>86</sup>. En estos casos se impone una pena privativa de libertad global, o una pena pecuniaria global respectivamente.

Será facultativa cuando concurren penas de prisión y pecuniarias conjuntamente (§ 53 II) <sup>87</sup>. Si bien, en los casos en los que la pena pecuniaria

---

sustitutiva (§ 11 WStG). Igualmente se ha suprimido la previsión de la pena de multa como única o cumulativa.

<sup>85</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., alemana, 1993, p. 663; GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, p. 576.

<sup>86</sup> El § 53 I del StGB dispone que: “Cuando alguien ha cometido varios delitos, que se juzguen conjuntamente, y por ello se incurra en varias penas privativas de libertad o penas pecuniarias, se impondrá una pena global ”.

<sup>87</sup> El § 53 II del StGB señala que: “Cuando concurren penas privativas de libertad con pecuniarias conjuntamente, se impondrá una pena global. Pero, el Tribunal puede también imponer separadamente la pena pecuniaria; en esos casos, se deberá en razón a las penas pecuniarias infligidas por los varios delitos, imponer una pena global.”

Los casos en los que los Tribunales pueden hacer uso de esta segunda posibilidad no aparecen mencionados en el StGB, si bien para un sector de la doctrina estos casos deben ser absolutamente excepcionales: “puede ser que en casos particulares resulte inadecuado imponer al autor, en lugar de una pena pecuniaria, una pena privativa de libertad que constituya la agravación de la pena pecuniaria, por cuanto resultan imaginables ciertos casos en los que existiría una necesidad justificada de eliminar tan sólo los hechos merecedores de penas pecuniarias”. En estos supuestos el tribunal podrá condenar separadamente por ambas penas. Vid. por ejemplo, STRATENWERTH, *Derecho penal*, 1982, p. 362; GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, pp. 601-602. Otros autores consideran que por el contrario, procede imponer con carácter general el sistema de acumulación. Así:

venga impuesta como segunda pena principal facultativa queda prohibida la formación de la pena global y se aplican conjuntamente con las demás concurrentes a fin de salvar la finalidad de política-criminal que para estos casos se asocia a la pena de multa (§§ 53. III y 52 III)<sup>88</sup>. Por el contrario, de concurrir varias penas pecuniarias que deban conservar su independencia respecto de la privativa de libertad, se formará con ellas una penalidad pecuniaria global que se aplica conjuntamente con la privativa de libertad (§ 53. I).

La pena de condena perpetua como pena individual es al mismo tiempo pena de partida y pena global (§ 54. I, inciso 1)<sup>89</sup>.

Respecto a las penas accesorias y medidas de seguridad se establece que pueden aplicarse, como en el concurso ideal, cualesquiera de las que estuvieren previstas para las infracciones concurrentes (§ 53. III)<sup>90</sup>.

El § 54 determina el modo en que debe obtenerse esta pena global. La

---

STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 53, nº 20, pp. 712-713.

Por su parte, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 666, considera que no cabe establecer ninguna regla, y dejar al propio juez la valoración de cuándo proceda hacer uso de dicha facultad según el principio de prevención especial de la pena.

Para estos casos excepcionales de acumulación rigen también los límites absolutos de 15 años para las penas privativas de libertad, y de 720 cuotas diarias en caso de penas pecuniarias, así como el relativo correspondiente a la suma de las penas particulares. E igualmente le será de aplicación lo dispuesto en el § 53 III para las penas accesorias.

Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, 2ª ed, 1997, p. 1111, quien considera que la imposición de la pena pecuniaria junto a la pena privativa de libertad no se trata de una mera acumulación de penas, sino de determinación de ambas penas conforme a las reglas de determinación del § 54.I. inciso 2 del StGB.

<sup>88</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. PG*, vol. II, 1981, p. 1026.

Dispone el § 53 III del StGB que: “Los apartados 3 y 4 del § 52 serán de análoga aplicación.”

<sup>89</sup> El § 54.I, inciso 1º dispone que, si la condena perpetua fuera una de las penas individuales, habrá de estarse a ella como pena global.

También en caso de varias condenas perpetuas la pena global será una sola condena perpetua.

<sup>90</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., 1993, p. 667; GÖSSEL/

formación de dicha penalidad se distribuye en tres fases:

a) En primer lugar, en la sentencia ha de asignarse a cada hecho punible una pena particular, debiéndose operar de la misma forma que si se enjuiciara cada hecho por separado.

b) Una vez determinadas las penas correspondientes, se elige la pena particular de mayor gravedad, que recibe el nombre de “pena disponible” (*Einsatzstrafe*). En caso de que las penas impuestas sean de la misma naturaleza, por ejemplo dos penas privativas de libertad, se elegirá la más grave por duración (criterio cuantitativo); mientras que si las penas concurrentes fueran heterogéneas, por ejemplo privativa de libertad y pecuniaria, se opta por la primera dada su naturaleza (§ 54. I).

c) Por último, tiene lugar la elevación de la pena disponible en una unidad temporal, si ésta no representa ya alguno de los límites máximos<sup>91</sup>. Para ello debe respetarse un doble límite superior. Por una parte, la penalidad global no puede alcanzar, según el § 54. II. 1, el límite relativo correspondiente a la suma de las penas particulares. Si se ha formado una pena global compuesta de penas de privación de libertad y pecuniarias (§ 53. II 1), en la medida en que entran en consideración penas pecuniarias, el cómputo del este límite superior relativo debe ajustarse a la regla general, según la cual cada cuota diaria equivale a un día de privación de libertad (§ 43, y § 54. III). Por otra parte, la penalidad global tampoco podrá sobrepasar la duración de 15 años tratándose de penas privativas de libertad, ni las 720 cuotas diarias en

---

MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, p. 601.

<sup>91</sup> Conforme al § 39, para las penas privativas de libertad inferiores a un año, la unidad temporal para la medición de la pena estará constituida por semanas y meses completos, mientras que para las que exceden de un año, dicha unidad equivale a meses o años completos. La unidad temporal de la pena pecuniaria es de días-multa. Estas unidades penales o temporales no deben ser confundidas con las medidas legales mínimas de cada pena, un mes en la pena privativa de libertad (§ 38.II), o cinco días-multa en la pena pecuniaria (§ 40.I).

Cfr. STREE/ SCHÖNKE/ SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24ª ed., 1991, § 39, nº 4, p. 610. También BAUMANN/ WEBER, *Strafrecht, All. T.*, 9ª ed.,

caso de penas pecuniarias (§ 54. II).

Hallado el marco penal de la pena global la individualización judicial alcanza una relevancia superior al resto de las mediciones judiciales, ya que para ello, el § 54. I. 2 precisa que junto a las reglas generales se valore, también, la personalidad del autor y los distintos hechos punibles en su conjunto. De ahí la necesidad de que en la sentencia se exija una específica fundamentación de la penalidad global <sup>92</sup>.

### **3.2.5.- Argentina**

El artículo 54 del Código penal argentino de 21 de diciembre de 1984 prevé para el concurso ideal un criterio de absorción <sup>93</sup>.

Para el concurso real se establece distintos sistemas en atención a la naturaleza de las penas concurrentes (artículos 55 a 58). Así, tratándose de penas de la misma especie se aplicará un sistema de combinación en el que el límite mínimo, lo configura el límite mayor de los correspondientes delitos y como límite máximo, la suma de los máximos previstos para los diversos hechos, con el límite absoluto de la duración máxima que para cada especie de pena esté prevista <sup>94</sup>. Por el contrario, si concurren penas de distinta especie, el

---

1985, p. 667.

<sup>92</sup> Cfr. STREE/ SCHÖNKE/ SCRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24<sup>a</sup> ed., 1991, § 54, n° 14-18, pp. 715-716; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. PG*, vol. II, 1981, pp. 1025-1027; GÖSSEL/ MAURACH/ ZIPF, *Derecho penal*, vol. 2, 1995, pp. 600-601; JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 1995, pp. 1110-1113. Según estos autores, en esta nueva valoración no se podrán tener en cuenta las consideraciones relativas a la determinación de la pena que ya se hubieran utilizado al determinar las penas individualmente.

<sup>93</sup> Dispone el Código penal argentino de 1984 (B.O del 16-1-85), en el Título IX “Concurso de delitos”, artículo 54 que: “Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.”

<sup>94</sup> El artículo 55 reza de la siguiente manera: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma resultante de

Código prevé en atención a la divisibilidad o indivisibilidad de la pena, la aplicación de un principio de absorción junto a un sistema de acumulación para las penas de multa y de inhabilitación <sup>95</sup>.

### **3.3.- Proyectos Internacionales de Código penal**

#### **3.3.1.- Model Penal Code y Proyecto de Código Internacional Penal**

Entre las iniciativas surgidas con el fin de elaborar un Código penal supranacional cabe citar en primer lugar, el Proyecto de Código Internacional Penal de 1980. Este Proyecto, basado estructuralmente en las concepciones del sistema de la “Common Law”, en el sistema civilista romano, en el sistema socialista y en las particulares exigencias del Derecho Internacional positivo y consuetudinario, tuvo especialmente en cuenta el Proyecto de Código Penal Modelo elaborado por l’American Law Institute en 1962, el StGB alemán y el Proyecto de Código penal francés de 1977 <sup>96</sup>. Si bien, en lo que se refiere concretamente a la teoría del concurso la influencia de la normativa penal francesa primó sobre la alemana.

El citado Proyecto parte del principio de acumulación material de penas

---

la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo de la especie de pena de que se trate.”

No obstante, el Código penal argentino no contiene una norma que recoja la duración máxima de las distintas penas, aunque existe un consenso entre los prácticos del derecho en recurrir a los máximos previstos en la parte especial del Código, con exclusión de las penas perpetuas.

<sup>95</sup> El artículo 56 señala que: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuera divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en cuyo caso se aplicará la de reclusión perpetua.

La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.”

<sup>96</sup> Vid. sobre su origen, en *Revue Internationale de Droit pénal*, 1º y 2º semestre, nº 52, 1981, pp. 85-88.

para los casos de concurrencia delictiva independientemente de que las diferentes infracciones procedan de un mismo hecho o de una pluralidad de acciones. No obstante, dicho principio podría resultar excepcionado a favor del principio de absorción, a juicio del propio Tribunal en los casos en los que los delitos procedieran de una sola acción o cuando entre los mismos existiera una conexión<sup>97</sup>.

De esta forma, aunque no reconociese expresamente las diferentes modalidades concursales, sí permitía que fuera el propio Tribunal el que en atención a la forma de comisión de las diferentes infracciones pudiera elegir entre el principio de acumulación y el de absorción.

### **.3.2.- Código penal Tipo para Iberoamérica**

Conviene también hacer referencia al Código penal tipo para Latinoamérica, en el que sí se establecen con carácter obligatorio criterios distintos para la punición de los concursos real e ideal.

Este Código recoge para el concurso ideal un criterio de exasperación en virtud del cual el marco penal oscila entre el máximo de la pena prevista por la ley para el delito más grave rebajada en un tercio y dicho máximo elevado en un tercio<sup>98</sup>. Para el concurso real propone crear también un nuevo marco penal, entre el máximo de la pena más alta y los dos tercios de la suma de los

---

<sup>97</sup> El artículo VIII, § 5, sobre “Crímenes y penas múltiples” señala que: “Este Tribunal Internacional puede, frente a una sola operación criminal que comprenda la comisión de varios crímenes conexos y basados en los mismos hechos, imponer una sola pena, tomando discrecionalmente en consideración las circunstancias agravantes o atenuantes que pueda llevar consigo.”

Vid. su texto, en *Revue Internationale de Droit pénal*, 1º y 2º semestre, nº 52, 1981, pp. 222-224.

<sup>98</sup> Por ejemplo, si los delitos que concurriese idealmente fueran solamente dos y para uno de ellos se impusiera la pena de 2 a 4 años y para el segundo, la pena de 1 a 3 años, la pena a imponer oscilaría entre el siguiente marco, de 2 años y 8 meses a 5 años y 4 meses.

máximos, con acumulación facultativa de la pena de multa <sup>99</sup>.

Para ambos supuestos se dispone como límite máximo, el previsto para cada clase de pena <sup>100</sup>.

### **3.3.3.- El Corpus Iuris europeo**

Por último, me referiré a un estudio promovido por la Dirección General de Control Financiero de la Comisión Europea, que bajo el título de Corpus Iuris, recoge una síntesis de principios penales destinados a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

Este Corpus Iuris, siguiendo lo dispuesto por determinados Estados miembros, propone un mismo tratamiento sancionador para todas las modalidades concursales basado en un principio de exasperación, y por el que se impone la sanción correspondiente a la infracción más grave hasta el triple de la misma, pero sin que en ningún caso la nueva pena pueda exceder de la suma de las sanciones que por separado correspondería a las infracciones cometidas <sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> La regulación del concurso real se presenta con el siguiente tenor: “En caso de pluralidad de delitos reprimidos con penas de igual naturaleza, el mínimo será el correspondiente a la más alta de las penas previstas para los delitos concurrentes, y el máximo de la pena aplicable será el que corresponda a las dos terceras partes de la suma de los máximos previstos para tales delitos”.

En el supuesto anterior si los delitos hubieran concurrido realmente la pena a imponer sería de 4 años a 4 años y 8 meses.

Sobre el particular Véase: DE MIGUEL PÉREZ, en *ADPCP*, 1983, p. 539; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 104.

<sup>100</sup> El orden de gravedad de las penas será según dispone el artículo 68 el siguiente: “prisión superior a un año; inhabilitación absoluta por más de cinco años; inhabilitación especial superior a cinco años; prisión no superior a un año; multa que exceda de cien días-multa; inhabilitación absoluta no superior a cinco años; inhabilitación especial no superior a cinco años; multa que no exceda de cien días-multa.”

<sup>101</sup> Así, dispone el artículo 17 del Corpus iuris europeo lo siguiente: “1.- Cuando una misma persona responda por varias infracciones definidas con anterioridad (artículo 1 a 8), se aplicará una pena única, determinada sobre la base de la sanción que corresponda a la infracción más grave de las incurridas, y aumentada hasta el triple; la pena así determinada no podrá exceder de la suma de las sanciones que por separado

### **3.4.- Conclusiones**

De este análisis se concluye que la regulación prevista en las distintas legislaciones para las dos modalidades concursales principales, no tiene un tratamiento uniforme ni en los países de un mismo entorno cultural, ni tampoco a nivel internacional, ya que las soluciones jurídicas propuestas son bien diferentes.

En efecto, en determinados ordenamientos se sigue manteniendo un tratamiento unitario para ambas modalidades concursales, optándose por el criterio de absorción o por el de exasperación, normalmente complementados por la combinación de marcos penales en orden a la imposición de las penas accesorias y de las medidas de seguridad.

Por el contrario, cuando se reconocen las diferencias que median entre un concurso real y el ideal de delitos, la elección de los sistemas para la determinación de la pena resultan distintos. Es más, cuando la elección se centra en la creación de una nueva pena, cada legislación formará el nuevo marco penal con base a criterios diferentes. Por otra parte, las consecuencias prácticas que se atribuyen al concurso ideal frente al real son diferentes según los distintos ordenamientos. Así, en ocasiones se procede a imponer sistemas sancionadores muy próximos entre sí, o por el contrario las diferencias resultan muy acentuadas.

Como nota a destacar resulta significativo que cada vez más el sistema

---

corresponda a cada una de las infracciones.

2.- Cuando un único hecho constituya una infracción penal en el ordenamiento Comunitario y en el ordenamiento nacional, sólo el ordenamiento Comunitario se aplicará.

3.- En todos los casos de concurrencia de infracciones, la autoridad competente deberá, en la determinación de la pena, no tener en cuenta las penas ya impuestas por el mismo hecho.”

Vid. su texto en DELMAS MARTY, *Corpus Iuris*, Dirección General del Control



de acumulación sea eliminado de las regulaciones como principio de determinación de la pena en supuestos concursales y se le atribuya una función exclusiva de límite máximo para la punición de los concursos de delitos.

Corresponde ahora, analizar los sistemas elegidos por el legislador español en el nuevo Código penal de 1955.

## **CAPÍTULO XI**

### **LAS REGLAS SANCIONADORAS DEL CONCURSO IDEAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

#### **1.- UBICACIÓN SISTEMÁTICA**

De acuerdo con nuestra tradición jurídica-legislativa, el Código penal de 1995 ubica la problemática concursal en la teoría de la pena <sup>1</sup>. En concreto, esta materia queda regulada bajo el epígrafe “Reglas especiales para la aplicación de las penas” en la Sección Segunda del Capítulo II, dedicado a la aplicación de las penas, Título III, “De las penas”, Libro I. No obstante, en esta Sección se incluyen tanto supuestos concursales propios, esto es, concurso real, ideal y medial, como las excepciones que al concurso real representan el delito continuado y el delito masa.

Constituye, sin embargo, novedad importante de este texto legal el haber trasladado la regulación del concurso de leyes al Título Preliminar, dedicado a “Las garantías penales y la aplicación de la Ley penal”. De esta forma, se le reconoce legalmente al concurso de leyes su condición de regla de interpretación de las normas penales, aunque en el precepto que lo regula se siga haciendo referencia expresa a una relación de subsidiariedad con los artículos reguladores del concurso de delitos <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. *supra*, Capítulo II.

<sup>2</sup> Así, dispone el artículo 8 que: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

En esta sección dedicada a las reglas especiales para la aplicación de las penas se incluye también un precepto cuya aplicación no resulta exclusiva de los supuestos concursales. Me estoy refiriendo al artículo 79 en el que se regula el régimen de aplicación de las penas accesorias <sup>3</sup>. Así como el artículo 78 relativo al cumplimiento efectivo de las penas, y que como analizaremos más adelante se trata de una norma que afecta más al cumplimiento de las penas que a su determinación <sup>4</sup>.

## **2.- PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* DURANTE EL PERÍODO REFORMADOR**

Durante el largo período reformador del Derecho penal español, iniciado con el Proyecto de Código penal de 1980 hasta la publicación del vigente Código penal, se han formulado distintas propuestas de *lege ferenda* a fin de modificar los sistemas sancionadores previstos para la concurrencia delictiva, que desde su aparición en el Código penal de 1848 no han sufrido apenas modificación alguna. En este sentido, cabe señalar las propuestas de Sanz Morán y Cuerda Riezu, que seguidamente pasamos a analizar.

### **2.1.- Propuesta de Sanz Morán**

Sanz Morán, partidario del sistema de exasperación como sistema sancionatorio del concurso real, propuso mantener para el concurso ideal el

---

1<sup>a</sup> El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2<sup>a</sup> El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3<sup>a</sup> El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4<sup>a</sup> En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

<sup>3</sup> Dispone el artículo 79 lo siguiente: “Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas.”

<sup>4</sup> Vid. *infra*, Capítulo XI, 3.4.

principio de absorción agravada en cuanto límite máximo del marco penal aplicable, y un principio de combinación para fijar el límite mínimo y determinar las penas accesorias y eventuales medidas de seguridad que pudieran imponerse. En cualquier caso, entendía este autor que la pena con la que hubiera de sancionarse esta modalidad concursal debía ser siempre inferior a la suma de las penas correspondientes a las infracciones en concurso<sup>5</sup>.

No obstante, consideraba necesario establecer penas más graves para determinados supuestos de concurso ideal en los que por el número de delitos cometidos, por la gravedad de los mismos o por la identidad existente entre sus procesos ejecutivos la pena resultante de aplicar dicho principio de absorción agravada resultara insuficiente. En este sentido, propuso la creación en la parte especial del Código penal, de unos tipos cualificados que regularan especialmente dichos supuestos. Así, y en la línea del Proyecto Alternativo de Código penal alemán de 1970, consideró que los supuestos en los que las distintas infracciones cometidas hubieran dado lugar a varias muertes y/o lesiones graves debían exceptuarse de las reglas generales del concurso y llevarse a la Parte Especial como delitos cualificados de homicidio o asesinato<sup>6</sup>.

## **2.2. Propuesta de Cuerda Riezu**

Por su parte, Cuerda Riezu se manifestó en contra tanto del sistema de absorción agravada, como del subsidiario de acumulación como reglas sancionadoras del concurso ideal, sistemas previstos entonces por el Código

---

<sup>5</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 257-258; el mismo autor, en *Unidad y pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 225 y 231.

<sup>6</sup> Cfr. SANZ MORÁN, en *Unidad y pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 227; el mismo autor, en *ADPCP*, 1995, pp. 813, donde se manifiesta en contra del apartado 4º del artículo 78 del Proyecto de Código penal de 1992, en el que tras establecer con carácter general el criterio de absorción agravada para los supuestos de concurso ideal, si de delitos contra la vida se trataba se sancionarían mediante el principio de acumulación, aunque la pluralidad de lesiones o muertes dolosas fueran fruto de un solo hecho.

penal de 1973. Para este autor, el principio de absorción agravada resultaba excesivamente benévolo en tanto equiparaba el tratamiento de una pluralidad delictiva con el que merecía la existencia de una sola agravante, un trato de favor que se acentuaba en los supuestos de concurso ideal especialmente graves por el número de delitos cometidos o por la gravedad de los mismos. Por otra parte, entendía que el principio de acumulación previsto como sistema subsidiario colocaba al concurso ideal en el mismo plano que el concurso real, lo que constituía una flagrante infracción del principio *ne bis in idem*, al valorar varias veces la misma acción <sup>7</sup>.

Por ello, proponía sancionar el concurso ideal mediante un principio de absorción agravada obligatoria con una exasperación facultativa, y el concurso real a través de un principio de exasperación obligatoria <sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 852-853 y 857-658; del mismo autor; *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 274; también, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, pp. 310-311.

También la jurisprudencia se ha hecho eco de la suavidad de este principio para determinados supuestos, vid. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1993 (A. 494).

<sup>8</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 852-853 y 857-658; del mismo autor, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 274; también, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, pp. 310-311.

En un sentido semejante: La Propuesta Alternativa de Parte General del Código penal, presentada por el Grupo Parlamentario Comunista como artículo primero a la enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma parcial del Código penal de 26 de febrero de 1982, preveía igualmente un sistema de absorción agravada con exasperación facultativa en un grado para los supuestos de concurso ideal, medial y delito continuado. Así el artículo 61 de la citada propuesta señalaba que: “En estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave desde la mitad al tanto de su extensión máxima o la pena superior en grado, a juicio del Tribunal. La pena resultante no podrá 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”.

No obstante, la diferencia entre esta propuesta y la presentada por Cuerda Riezu estriba en que en la primera el régimen de acumulación previsto para el concurso real seguía constituyendo un sistema subsidiario al de absorción agravada con exasperación facultativa, mientras que para Cuerda el sistema de acumulación tan sólo debe actuar como un límite a cualquier solución jurídica concursal.

Asimismo, aconsejaba la introducción de un precepto entre las reglas especiales y de aplicación a toda la teoría del concurso, en virtud del cual la pena que resultara de la aplicación de cualquiera de los principios reguladores del concurso de delitos no podía exceder de la que procediese en caso de imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones<sup>9</sup>, a fin de reconocer al sistema de acumulación material una función de límite sancionador.

Para Cuerda Riezu, la propuesta que el Proyecto de Código penal de 1992 recogía en el apartado 4<sup>a</sup> de su artículo 78<sup>10</sup>, no venía más que a confirmar legalmente que el principio de absorción agravada como consecuencia jurídica del concurso ideal resultaba insuficiente<sup>11</sup>. Y por otro lado, los términos en los que dicho precepto había sido redactado no conseguía su propósito de ofrecer una solución jurídica más justa a los supuestos para los que el principio de absorción agravada no valoraba jurídicamente las infracciones cometidas. En efecto, este precepto sólo proporcionaba una respuesta parcial a unos supuestos determinados, esto es, cuando el resultado producido fuera de muerte o lesiones, y sin embargo, otros casos de concurso ideal distintos a los en él previstos, pero de idéntica o superior gravedad, resultaban beneficiados por el régimen de absorción al que irremediamente

---

<sup>9</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, p. 853; del mismo autor, en *Política criminal y Reforma penal*, 1993, p. 303. Dicho precepto tendría el siguiente tenor: “La pena determinada de conformidad a cualquiera de los artículos de esta sección no podrá exceder de lo que correspondería en caso de imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”.

<sup>10</sup> En el Proyecto de Código penal de 1992, y en concreto en el artículo 78, después de establecer el criterio de absorción agravada para los supuestos de concurso ideal, se añadía un párrafo cuarto por el que quedaban excluido de su régimen e iban a ser sancionados como un supuesto de concurso real, independientemente de que las diferentes infracciones procedieran de una única acción. Dicho apartado disponía que: “En todo caso se sancionarán las infracciones por separado cuando con un solo hecho se originan dolosamente varias muertes o lesiones”.

Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, nº 102-1.

Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.10.

<sup>11</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, p. 311.

habría de recurrirse como principio sancionador del concurso ideal. Igualmente, dejaba sin resolver la consecuencia jurídica que tenían que ser de aplicación cuando de un mismo hecho se derivasen no sólo homicidio o lesiones dolosas, sino además otros resultados distintos ya fueran dolosos o imprudentes <sup>12</sup>.

Además, este autor resaltaba que un precepto de estas características infringe plenamente el principio constitucional *ne bis in idem*, pues la existencia de una sola acción u omisión común a varias muertes o a varias lesiones no permite ser objeto de un tratamiento idéntico al supuesto en el que las diversas muertes o lesiones procedan de varias acciones u omisiones <sup>13</sup>.

### **2.3.- Valoración personal**

A pesar de que Sanz Morán no compartiera la propuesta de Cuerda Riezu de establecer un principio de absorción agravada con exasperación facultativa, en mi opinión, lo cierto es, que la diferencia entre las posiciones defendidas por estos autores reside más en razones de técnica legislativa que en razones puramente sustantivas.

Sanz Morán señalaba que la previsión de un principio de absorción agravada y exasperación facultativa para el concurso ideal que proponía Cuerda, venía a desvirtuar el sentido de la separación que entre el concurso ideal y real debe existir <sup>14</sup>.

Sin embargo, desde mi punto de vista la propuesta formulada por Cuerda mantiene las diferencias que han de existir necesariamente en el tratamiento del concurso ideal y del real. En primer lugar, porque para el concurso ideal la superación del marco de la pena disponible que se proponía

---

<sup>12</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, p. 311.

<sup>13</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, p. 311.

<sup>14</sup> Cfr. SANZ MORÁN, en *Unidad y pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 225.

resultaba opcional para el juzgador frente a los casos de concurso real, en los que por el contrario, la exasperación tenía siempre un carácter imperativo.

Por otro lado, la exasperación facultativa del concurso ideal resultaba limitada en un grado, mientras que la superación del marco penal en los casos de concurso real podría ir más allá del mismo, conforme a la gravedad y al número de infracciones cometidas, siempre que no se superase el límite máximo de cada pena, ni resultase ser superior a la suma de las penas concurrentes. De esta forma, cuando las infracciones en concurso real fueran de la misma gravedad que las que justificasen la exasperación facultativa prevista para el concurso ideal, el Juez o Tribunal debía quedar obligado a incrementar el marco penal por encima de la exasperación prevista para el concurso ideal, y ello precisamente por la existencia de una pluralidad de acciones independientes.

Aclarada esta crítica que Sanz Morán efectuaba a la tesis de Cuerda Riezu, lo cierto es que ambos, en el fondo participaban de la misma idea, esto es, la necesidad de que determinados supuestos de concurrencia ideal requieren de un tratamiento sancionador más grave que el de la simple absorción agravada.

En mi opinión, la propuesta de Cuerda Riezu de acudir a las reglas generales de la teoría del concurso y establecer un sistema de absorción agravada con exasperación facultativa para el concurso ideal frente a la creación de determinados tipos cualificados que proponía Sanz Morán, presenta la ventaja de proporcionar una solución global para todos los supuestos especialmente graves, sin la posibilidad de incurrir en consecuencias injustas por no prever el legislador en la Parte Especial del Código, algún caso extraordinariamente grave que conduzca entonces a la aplicación irremediable del principio de absorción agravada. Ciertamente, resulta imposible que el legislador pueda llegar a tipificar todas las hipótesis de concurso ideal que requieran una consecuencia jurídica superior al principio de absorción



agravada dada la multiplicidad de situaciones que pueden originarse, y por ello considero mucho más adecuado la previsión de varios sistemas sancionadores que permita al juzgador elegir el más adecuado al contenido de injusto del caso que haya de juzgar.

Piénsese que no sólo los supuestos más graves de concurso ideal vienen dados porque se atente a bienes jurídicos personalísimos como la vida o la integridad física, pues también el número de delitos cometidos y el grado de identidad que se dé en los procesos ejecutivos de los mismos, reclaman imponer una sanción más grave que la derivada de un principio de absorción agravada.

En consecuencia, el establecimiento de un principio general con un determinado margen discrecional que permita a jueces y tribunales individualizar una solución proporcional a cada uno de los casos se acomoda mejor a criterios de justicia material, que el recurso a excepcionar la regla sancionadora del concurso ideal a través de un listado de tipos cualificados o delitos complejos, que no siempre podrán llegar a contemplar todos los supuestos en los que el principio de absorción agravada resulta insuficiente.

Por otro lado, esta solución menos rígida que la actualmente prevista en el Código penal evita que ante auténticos supuestos de concurso ideal la insuficiencia de la pena resultante por la aplicación del principio de absorción agravada no transforme por la vía jurisprudencial y/o doctrinal verdaderos supuestos de concurso ideal en concurso reales, en contra de la naturaleza y fundamento de los mismos.

Por ello, la previsión de un principio de absorción agravada con exasperación facultativa y la exasperación obligatoria como soluciones jurídicas al concurso ideal y real respectivamente se justifica por la necesidad de que los criterios punitivos de ambas modalidades concursales guarden una cierta proximidad que permita reflejar en la determinación de la pena los diferentes grados de identidad que se puedan dar entre los procesos ejecutivos

de los distintos delitos en un concurso ideal. De esta forma, el juez puede contar con un cierto margen de maniobrabilidad que le permita reflejar con la mayor exactitud posible el completo desvalor de la concurrencia delictiva.

### **3.- CRITERIOS SANCIONADORES DEL CONCURSO IDEAL EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

A pesar de estas propuestas para modificar los criterios sancionadores de las modalidades concursales, pocas son las novedades que se introducen en el texto de 1995 sobre este particular. Así, se mantiene el principio de absorción agravada para las modalidades de concurso ideal y medial, y subsidiariamente el de acumulación. Para el concurso real se opta por el sistema de acumulación material, en sus formas de cumplimiento simultáneo y sucesivo, con la previsión, para esta última, de unos límites al cumplimiento efectivo de las distintas penas impuestas.

Sin embargo, la nueva regulación que sobre las reglas generales para la aplicación de las penas contiene la Sección 1ª del Capítulo II, sí que repercutirá notablemente en la pena definitiva que resulte de la aplicación del principio de absorción agravada, sobre todo tras las últimas reformas.

En este sentido, cabe señalar, en primer lugar, la nueva división de las penas. Con el Código penal de 1973, el sistema de absorción agravada determinaba imponer la pena correspondiente a la infracción más grave en su grado máximo, esto era, en el tercio superior en el que quedaba dividida la extensión de la misma. Por su parte, en el nuevo texto, las penas ya no se dividen más que en dos mitades, de tal forma que la mitad superior que corresponde aplicar por el principio de absorción agravada, equivaldrá a los antiguos grado máximo y a parte del grado medio.

En segundo lugar, los efectos que en la determinación de la pena producen las circunstancias modificativas de la responsabilidad según el nuevo

texto afectan igualmente, en la valoración de la pena resultante de la aplicación del principio de absorción agravada, máxime tras reforma introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros <sup>15</sup>.

Hasta la Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1983, existía una similitud entre la consecuencia jurídica prevista para el concurso ideal y el efecto que provocaba la consideración de alguna de las circunstancias agravantes del antiguo artículo 10, paridad penológica que desapareció parcialmente tras la citada reforma, conforme a la cual la apreciación de las circunstancias agravantes permitía al juzgador optar entre el grado medio o máximo de la pena.

Con la inicial regulación del Código penal de 1995 nos volvíamos a encontrar ante una situación semejante a la prevista con anterioridad a 1983. En efecto, según señalaba el artículo 66 del Código penal de 1995, en los casos en que concurrían una o varias circunstancias agravantes, los Jueces y Tribunales debían imponer la pena en su mitad superior, e igualmente, ésta se podía aplicar si no concurrían circunstancias modificativas o se apreciaban circunstancias atenuantes y agravantes compensables, dado que para estos casos el juzgador podía moverse por toda la extensión de la pena. Supuestos estos últimos que conforme a la regulación anterior se sancionaban con pena inferior al tercio superior.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de reforma del Código penal citada se manifiesta expresamente que la supresión de una regla idéntica a la que hasta la Ley Orgánica 11/2003 se preveía en el Código penal de 1995, resultaba necesaria para “garantizar cierta homogeneidad en las decisiones punitivas, a cuyo objeto se tiene por excesivamente amplia la actual regla nº 4 del artículo 61 (de idéntico contenido al artículo 66.1 del Código Penal de

---

<sup>15</sup> BOE nº 234 de 30 de septiembre de 2003.

1995), ya que en combinación con la regla segunda del mismo artículo, podría provocar que resultara igual en orden a la medición de la pena que concurriera una circunstancia agravante o ninguna”<sup>16</sup>.

Esta desproporcionalidad entre los efectos de las circunstancias modificativas denunciada por la Exposición de Motivos de la Reforma de 1983 se manifiesta de una forma aun más llamativa cuando se trata de un solo delito frente a una pluralidad de ellos. La agravación del principio de absorción pretende que las penas menos graves sean tenidas en cuenta en la pena disponible, limitando la extensión de la más grave a su mitad superior, otorgándoseles así el mismo efecto que si de una circunstancia agravante se tratara. Pero si se tiene en cuenta que la mitad superior de una pena se puede imponer igualmente cuando no concurren circunstancias o cuando dándose circunstancias atenuantes y agravantes éstas sean compensables, entonces la consecuencia jurídica del concurso ideal se equiparaba no sólo a los casos en los que concudiesen circunstancias agravantes sino también cuando no concudiesen ninguna circunstancia modificativa de responsabilidad o concurriendo quedarán compensadas. De esta forma, los delitos menos graves pierden valor en la determinación de la pena definitiva, y se llega a una igualdad penológica en supuestos en los que el contenido de injusto es ciertamente diferente.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y por la que se modifica el artículo 66 del Código penal ha venido a agravar esta desproporcionalidad.

El nuevo artículo 66 dispone lo siguiente:

---

<sup>16</sup> Vid. Ley Orgánica 8/ 1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Boletín Oficial del Estado de 27 de junio, nº 152.

*“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes las siguientes reglas:*

*1ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*

*2ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

*3ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*

*4ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.*

*5ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

*A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

*6ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

*7ª Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior..*

*8ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

*2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.”*

Con esta reforma puntual de las reglas para la individualización de las penas según las circunstancias modificativas que concurren en la comisión de un delito, la solución prevista para el concurso ideal puede, o bien, coincidir con la prevista para un sólo delito en el que concurra una o dos circunstancias agravantes o no concurren circunstancias atenuantes o agravantes, o incluso

llegar a ser inferior frente a supuestos de unidad de delito en los que concurren más de dos circunstancias agravantes y no se dé atenuante alguna, o concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código. Lo que sin duda resulta absolutamente incongruente con el principio de proporcionalidad de las penas pues, o se equipara en la determinación de la pena el valor de las circunstancias modificativas a la pluralidad de delitos que concurren en el concurso ideal, o se llega incluso a otorgar un valor superior a las circunstancias agravantes y atenuantes que a la propia concurrencia delictiva, o lo que incluso puede llegar a ser aun más injusto si cabe, que delitos ya enjuiciados, condenados e incluso cumplida la pena tengan un valor en la determinación de la pena de un nuevo delito superior a los que todavía no han sido enjuiciados y concurren con el mismo.

Esta misma desproporcionalidad en la pena se reproduce entre la sanción prevista para el concurso ideal y la que corresponde al delito continuado. En efecto, el principio de exasperación facultativa que para este último se ha introducido en la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 <sup>17</sup>,

---

<sup>17</sup> Dispone el artículo 74 del Código penal tras la reforma introducida por la ley 15/2003 lo siguiente: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratase de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuados de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes inminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto

da lugar a que supuestos de unidad delictiva, como lo es el delito continuado se sancione con una pena superior que casos de concurrencia delictiva. Esta misma situación se daba ya con el delito masa, pero tras la reforma al abarcar también al delito continuado la solución jurídica prevista para el concurso ideal resulta todavía más insuficiente en términos comparativos. Pues, repito, el delito continuado y el delito masa son supuestos de unidad delictiva, legales pero en cualquier caso delito único, mientras que el concurso ideal es un supuesto de pluralidad delictiva.

Ciertamente esta situación no puede sostenerse y en este sentido y dado el período de reforma del Código penal de 1995 en el que nos encontramos inmersos debe el legislador proceder de forma inmediata a reformar las soluciones que para la concurrencia delictiva están previstas. Quizás sea el momento ideal para ello. Las reformas puntuales pueden resultar muy peligrosas si no se atienden al conjunto de normas que ya se encuentran previstas y esto es sin duda lo que ha sucedido con esta reforma introducida por la Ley 11/2003.

Por último, se ha de hacer mención a las consecuencias que pueden derivarse del establecer una única pena de prisión. Como ya pusimos de manifiesto resulta muy común en los ordenamientos en los que se prevé una pena de prisión única que se opte por un sistema de combinación a fin de que nunca el límite inferior de la pena más grave pueda resultar menor al de cualquiera de los límites mínimos de las penas más leves (efecto obstructor de la pena más leve).

Bajo la vigencia del Código penal anterior, Cuello Contreras ya interpretó que la consecuencia jurídica principal prevista en el antiguo artículo 71, respondía a un principio de combinación <sup>18</sup>. Sin embargo, como acertadamente le respondiera Cuerda Riezu, la estructura de las diferentes

---

pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

especies de penas de prisión que recogía el Código penal de 1973, impedía cualquier interferencia entre sus límites inferiores. En este sentido, Cuerda calificaba de injustificada la modificación del sistema de absorción por uno de combinación pretendida por Cuello Contreras<sup>19</sup>.

Al sustituir el nuevo Código penal dicho sistema de penas por una única pena de prisión, Bacigalupo ha venido a manifestar la necesidad de tener en cuenta las penas más leves para fijar el límite inferior del marco correspondiente a la pena más grave<sup>20</sup>. Con idéntico criterio, Choclán Montalvo entiende que además, la ley menos grave ha de desplegar una función de complemento cuando el tipo menos grave prevea una segunda pena principal o consecuencias accesorias que no prevea la ley más grave<sup>21</sup>. Y así, aunque estos autores reconozcan como un principio de absorción limitada o agravada la solución jurídica prevista en el artículo 77 para el concurso ideal, en realidad les están otorgando el contenido propio del sistema de combinación.

En mi opinión, a pesar de que el nuevo Código sólo contemple una pena de prisión, no cabe sostener que el sistema sancionador previsto en el artículo 77 sea el de combinación, y por tanto permita aplicar las limitaciones manifestadas por Bacigalupo y Choclán Montalvo, por muy adecuadas que éstas resulten.

En primer lugar, porque del tenor literal del mismo se deriva la obligación de imponer la pena correspondiente a la infracción más grave, esto es, un sistema de absorción obligatorio, donde no se ha de crear ningún marco penal nuevo. No obstante, al tratarse de una absorción agravada, por el que la

---

<sup>18</sup> Cfr. CUELLO CONTRERAS, en *ADPCP*, 1979, pp. 78-79, 84 y 471 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 209-210.

<sup>20</sup> Vid. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., 1997, p. 435.

<sup>21</sup> Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena*, 1997, p. 159.



pena disponible queda reducida a su mitad superior, resulta muy difícil que el sujeto pueda verse beneficiado con un límite inferior, a su vez inferior a los de las demás penas concurrentes, y por consiguiente, no se produce la situación que alegan dichos autores para justificar el efecto oclusivo de la ley menos grave.

En segundo lugar, tampoco el Código recoge la posibilidad de imponer una segunda pena principal no prevista en la infracción más grave, pues en el mismo se señala que se impondrá sólo la pena prevista para la infracción más grave. Sancionar con otra pena que no se contemple para la infracción más grave constituiría una flagrante vulneración del principio de legalidad, en su garantía penal.

Tras estas consideraciones paso a analizar el principio de absorción agravada como primer sistema sancionador previsto para el concurso ideal por el Código penal.

### **3.1.- El principio de absorción agravada**

El sistema de absorción agravada consiste en la imposición de una sola pena que se corresponde con la más grave de todas las penas individuales en su mitad superior, sin que pueda llegar nunca a sobrepasar el límite máximo de la misma.

#### **3.1.1.- Técnica de ejecución**

De todos los sistemas penológicos previstos en el Código penal, el de absorción agravada se configura como el más complejo y es quizás por ello el

más eludido por la jurisprudencia <sup>22</sup>. A pesar de la complejidad de este criterio, Cuerda Riezu <sup>23</sup>, ha conseguido desarrollar con tal claridad las fases que se han de seguir en su aplicación que no puedo por más que proceder a su exposición siguiendo su esquema.

Se distinguen las ocho fases siguientes:

A).- Determinación relativamente concreta de las penas individuales

El proceso ha de comenzar determinando las penas individuales en toda su extensión. Una operación que puede practicarse desde dos perspectivas diferentes: atendiendo a la pena que el legislador asigna a cada tipo, esto es, la pena en abstracto, o bien, procediéndose a su individualización judicial, pena en concreto.

Si se parte de una interpretación literal del precepto, González Cussac entiende que siempre que el legislador alude “a la pena prevista en la infracción” lo hace en relación con la pena en abstracto <sup>24</sup>. Un criterio que también estuvo presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo <sup>25</sup>.

Junto a esta interpretación literal, se ha alegado a favor de atender a las penas en abstracto, la seguridad jurídica que proporciona el no tener que

---

<sup>22</sup> En este sentido: ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 492; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 172-173; BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 229.

<sup>23</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 172-204. También seguido por: BALDOVA PASAMAR, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, p. 277 y ss.; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., 2005, pp. 203 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 445.

recurrir a tratamientos personalizados de cada caso y de cada persona que participe en una infracción. Una seguridad jurídica que resulta enturbiada por los resultados injustos a los que podría conducir si como pena más grave se aplicase una pena que en el caso concreto, por su grado de ejecución o por la participación en el delito cometido, resultase más leve que la correspondiente a las demás infracciones concurrentes. De producirse esta situación se estaría vulnerando flagrantemente la finalidad perseguida por la Ley de ofrecer siempre un tratamiento más benévolo para los supuestos de concurso ideal <sup>26</sup>.

Es por ello, que la doctrina mayoritaria <sup>27</sup>, y en gran medida también la jurisprudencia <sup>28</sup>, entienden hoy que desde este primer momento las penas han de quedar individualizadas en toda su extensión, según resulte de aplicar las reglas relativas al grado de ejecución, participación y circunstancias modificativas.

---

<sup>25</sup> En este mismo sentido, vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 28 de noviembre de 1956 (A. 3392), 6 de julio de 1957 (A. 2039), 3 de febrero de 1958 (A. 326), 22 de enero de 1962 (A. 168), y 11 de junio de 1963 (A. 2956).

<sup>26</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, 1976, p. 368; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 439.

<sup>27</sup> Así, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, 1976, p. 368; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 439; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 845; MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena*, 1996, p. 54; MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 1996, p. 197; CHOCLÁN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena*, 1997, pp. 155-159; AYO FERNÁNDEZ, *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, 1997, p. 217; CONDE-PUMPIDO, en *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, 1997, p. 1230; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, pp. 187-188 y posteriormente, en *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., 2005, p. 204.

<sup>28</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 23 de enero de 1959 (A. 104), 22 de septiembre de 1962 (A. 3361), 16 de mayo de 1963 (A. 2542), 1 de julio de 1975 (A. 3051), 20 de octubre de 1981 (A. 3859), 15 de diciembre de 1982 (A. 7709), 15 de marzo de 1988 (A. 2033), 12 de noviembre de 1991 (A. 8054), 22 de mayo de 1993 (A. 4248), 4 de octubre de 1994 (A. 7619), 4 de abril de 1995 (A. 2814), 19 de septiembre de 1996 (A. 6925).

Criterio ya establecido por las Circulares de 10 de enero y 11 de febrero de 1908, vid. su texto en, DORADO MONTERO, *Enciclopedia Jurídica española*, t. VI, 1910, pp. 842-844.

Aceptando como más adecuado este criterio de la individualización concreta de las penas, sin embargo, un grupo de autores optan por lo que podríamos denominar como una “determinación relativamente concreta de la pena”, ya que de la misma quedan excluidas las reglas sobre las circunstancias modificativas, y por supuesto, el arbitrio judicial <sup>29</sup>. Y a su vez, dentro de este grupo, otro sector doctrinal entiende que en esta determinación relativa de las penas individuales en toda su extensión junto al grado de ejecución y participación deben apreciarse, sólo las circunstancias modificativas de efectos extraordinarios <sup>30</sup>.

En mi opinión, tenían razón los autores que antes de la reforma del actual artículo 66 excluían para la determinación de la extensión de las penas individuales la apreciación de las circunstancias modificativas en general, pues, como señalaba Mir Puig, era la propia ley la que tras la elección de la pena más grave remitía a la mitad superior de la misma, lo que parecía presuponer que la pena más grave había de ser considerada en toda su

---

<sup>29</sup> En este sentido: MIR PUIG, en “Adiciones de Derecho penal español” al *Tratado de Derecho penal, Parte general* de JESCHECK, vol. II, 1981, p. 1023; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 174-175 y 191, nota 62, para quien la exclusión en esta fase de las circunstancias modificativas extraordinarias viene dada por las reglas de determinación de la pena de los supuestos no concursales, cuyo orden debe seguirse igualmente para los supuestos concursales. También, TORRES-DULCE LIFANTE, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 122; GARCIA ALBERO, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, pp. 429-430; DE LAMO RUBIO, *Las penas y medidas de seguridad*, 1997, p. 379.

<sup>30</sup> Así por ejemplo, respecto al Código penal de 1973: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, p. 373; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 224; MANZANARES SAMANIEGO, *Código penal*, 1987, p. 364. Referente al nuevo Código: BALDOVA PASAMAR, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, p. 277.

En este mismo sentido, Consulta nº 6, de 13 de julio de 1978, “Sobre determinación de la gravedad de las penas a efectos de aplicación del párrafo segundo del artículo 71 del Código penal”, vid. su texto en, *ADPCP*, 1979, pp. 791-793.

extensión <sup>31</sup>. Exclusión que debía abarcar a cualquiera de las circunstancias modificativas fueran ordinarias o extraordinarias.

Por ello, y dada la nueva redacción del artículo 66 sobre los efectos que las circunstancias modificativas pueden producir a la hora de la determinación del marco penal de los delitos en concurso, y también a fin de evitar que se produzcan situaciones injustas respecto a los supuestos de unidad de delito, creo que en este momento inicial se debe optar por la determinación concreta de la pena, aplicando tanto las reglas relativas al grado de ejecución de los hechos, de participación en los mismos y todas las circunstancias modificativas tanto las de efecto ordinarios como extraordinarios.

#### B).- Pena disponible

En la segunda fase se selecciona la pena disponible, es decir, la pena más grave de todas las individuales según resulte de la operación anterior.

El hecho de que las infracciones objeto del concurso se encuentren sancionadas con la misma pena, no será, desde nuestro punto de vista, obstáculo para la aplicación de esta regla <sup>32</sup>.

Así, cuando la comparación haya de efectuarse entre penas que *prima facie* sean iguales, advirtió acertadamente Cuerda Riezu, interpretando el tenor

---

<sup>31</sup> Así lo había ya manifestado: MIR PUIG, en “Adiciones de Derecho penal español” al *Tratado de Derecho penal, Parte general* de JESCHECK, vol. II, 1981, p. 1023. También respecto al nuevo Código penal, MIR PUIG, *Derecho penal*, 4ª ed., 1996, p. 664.

<sup>32</sup> En este sentido: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, pp. 368-369; CUERDA RIEZU, en *ADPCP*, 1991, pp. 858-859; del mismo autor, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 175-179; BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 230; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 446; GARCÍA ALBERO, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 430. En otro sentido: LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, p. 189.

de la ley, que la elección de la pena más grave debe orientarse por las infracciones concurrentes<sup>33</sup>. Así, en los casos en que una de ellas venga acompañada de pena accesoria, medida de seguridad o consecuencia accesoria, éstas la convierte en la infracción más grave. Del mismo modo, ante infracciones igualmente sancionadas si una es dolosa y otra imprudente, habrá que elegir como pena disponible la correspondiente a la infracción dolosa.

Tampoco debe plantear problema el que las penas a comparar sean de naturaleza diferente, aunque otro sea, sin embargo el parecer de la jurisprudencia que limita la aplicación del principio de absorción agravada a las penas homogéneas dada la dificultad que siempre conlleva una comparación entre términos diferentes<sup>34</sup>. Sin embargo, es la propia esencia del concurso ideal y la finalidad de la ley la que no permite excluir esta consecuencia jurídica por una dificultad operativa, sobre todo cuando a través de la naturaleza y efectos de las sanciones y de los mismos criterios contenidos en el Código pueda llegarse a una elección adecuada de la pena más grave.

De esta forma, si las penas a comparar son de diferente naturaleza, con carácter general se considerarán como más grave las penas privativas de libertad frente a las privativas de derechos, y a su vez, éstas más graves que las pecuniarias. Una elección que no puede guiarse estrictamente por la clasificación recogida en el artículo 33 del nuevo texto, según han propuesto

---

Sobre esta discusión y la posición mantenida por MIR PUIG, vid. *infra*, Capítulo V, 5.1.

<sup>33</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 179-180.

<sup>34</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 7 de abril de 1952 (A. 610), 22 de enero de 1964 (A. 292), 15 de abril de 1970 (A. 1794) y 7 de junio de 1979 (A. 2341). En estas sentencias se señalaban como requisito necesario para la aplicación del principio de absorción agravada: “Que la absorción, «asperación» o punición conjunta sea permitida por la naturaleza de las penas en cuanto lógicamente si su contenido no permite la fusión, la penología que reclama el concurso delictivo no tendrá lugar”.

En el mismo sentido: LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, p. 189 y en *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., 2005, p. 205.

algunos autores <sup>35</sup>, pues resulta muy difícil de entender como lo hace el legislador que una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de arma por cinco años sea más grave que una pena de prisión de hasta tres años. La naturaleza más adjetiva que sustantiva del citado artículo sólo nos puede proporcionar un criterio orientativo pero nunca determinante.

C).- Pena disponible agravada

La tercera fase dirigida a configurar la pena disponible agravada <sup>36</sup>, consistirá en determinar la mitad superior de la pena disponible.

La división de la extensión de la pena en dos mitades consiste en dividir la extensión completa de la pena en dos partes, de tal forma que la mitad inferior estará constituida por el límite mínimo del marco penal abstracto hasta la mitad de la extensión como límite máximo, y la mitad superior tendrá como límite mínimo, el límite máximo de la mitad inferior hasta el límite máximo del marco penal abstracto.

D).- Pena condicionalmente definitiva

Esta cuarta fase se reduce a determinar la pena condicionalmente definitiva, es decir, una pena absolutamente delimitada dentro del marco fijado por la pena disponible agravada. Para ello, se procederá a practicar la individualización judicial.

---

<sup>35</sup> Por ejemplo: GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1996, p. 568; MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 4ª ed., 1996, p. 664; BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, p. 278.

<sup>36</sup> La jurisprudencia y la doctrina suele denominar a esta fase como “pena tipo”, “pena base” o “pena básica”.

El calificativo de la pena como “condicionalmente definitiva” deriva de la necesidad de compararla más adelante con la penalidad acumulada. Dado que ésta última, aunque, como veremos en su momento, se componga de penas individuales, representa un resultado totalmente definido que debe compararse con otro que igualmente lo esté <sup>37</sup>.

No obstante, la jurisprudencia de forma mayoritaria coteja directamente la pena disponible agravada, que en realidad sólo señala el límite mínimo y máximo entre los que debe encontrarse la pena definitiva, y la penalidad acumulada <sup>38</sup>.

En lo que se refiere a la individualización judicial, la doctrina ha venido proponiendo una serie de criterios que debían regir en la decisión final del juzgador a fin de matizar la rigidez del principio de absorción agravada y adaptar las sanciones a los distintos supuestos de hechos. Así por ejemplo, para la fijación de la pena definitiva derivada del principio de absorción agravada debe tenerse en cuenta el número de infracciones cometidas, la homogeneidad y heterogeneidad de las mismas y, los elementos de injustos comunes <sup>39</sup>.

La pena no quedará totalmente determinada con la concreción de la extensión de la misma sino que requerirá, además, la fijación de la o las penas accesorias que a la misma deban acompañar. Las penas accesorias son también penas y por tanto su imposición agravan la situación del condenado. Lo mismo

---

<sup>37</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 190.

<sup>38</sup> Vid. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1990, pp. 191-194, donde se expone la forma de proceder del Tribunal Supremo como consecuencia de la práctica de los tribunales de instancia.

Vid. también, Sentencias del Tribunal Supremo de: 8 de noviembre de 1991 (A. 7988), 4 de octubre de 1994 (A. 7619), y 4 de abril de 1995 (A. 2815).

<sup>39</sup> Cfr. SANZ MORÁN, *Los concursos de delitos*, 1986, p. 257; del mismo autor, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 237; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 193-194.



cabe decir respecto de las medidas de seguridad y consecuencias accesorias, pues también éstas se configuran como consecuencias jurídicas.

Al tratarse de un principio de absorción agravada, las penas accesorias, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias que se puedan aplicar quedan reducidas a las que acompañen a la pena disponible.

E).- Penas individuales determinadas totalmente

En esta fase, se fija la cuantía exacta de las penas que habría de imponer el Juez o Tribunal, en caso de que las infracciones se hubieran presentado aisladamente.

Mayoritaria es la doctrina que establece la necesidad de que las penas individuales de las distintas infracciones concurrentes se concreten totalmente, incluido el margen de arbitrio que se le otorga a los Jueces y Tribunales en la determinación de la pena <sup>40</sup>.

F).- Penalidad acumulada

Como en el apartado siguiente me encargaré de desarrollar de forma pormenorizada en qué consiste esta fase de la penalidad acumulada, en estos momentos, me limitaré a señalar que ésta será el resultado de sumar las penas individuales de todas las infracciones concurrentes, determinadas según lo expuesto en la fase anterior.

---

<sup>40</sup> Así: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, pp. 371-372; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, pp. 440-441; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, pp. 459-460; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 1990, p. 146.

En otro sentido: PUIG PEÑA, en *Enciclopedia Jurídica*, t. IV, 1952. Para este autor la suma de las penas correspondientes a los delitos concurrentes se llevaría a cabo partiendo de las penas determinadas sólo conforme al grado de participación y ejecución.

### G).- Comparación

Una vez determinada la penalidad acumulada procede efectuar la comparación entre la pena condicionalmente definitiva y las sanciones resultantes de la penalidad acumulada.

Una vez más, se plantea en esta fase la posibilidad de operar cuando las penas que se hayan de comparar sean de distinta naturaleza. En este sentido, la jurisprudencia y un sector de la doctrina rechazaron la opción de comparar penas heterogéneas, proponiendo para estos casos la aplicación automática del régimen subsidiario de acumulación. La razón alegada por los que defienden esta posición se basa en considerar más perjudicial para el reo la aplicación de una pena agravada que la acumulación de dos sanciones de distinta naturaleza sin agravación <sup>41</sup>.

Frente a esta solución, se ha cuestionado por parte de algunos autores el que realmente la aplicación de una única pena pueda dar lugar a una sanción más grave que la imposición de varias de distinta naturaleza aunque ninguna de ellas sea aplicada en su mitad superior <sup>42</sup>.

---

Así también lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2001 (EDJ 45084/2001).

<sup>41</sup> Así: RUIZ VADILLO, *Lecciones de técnica judicial penal*, 1976, p. 37; CONDE PUMPIDO, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1990, p. 500; del mismo autor, *Código penal*, t. I, 1997, p. 1231.

Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 7 de abril de 1952 (A. 610) y 15 de abril de 1970 (A. 1794).

<sup>42</sup> Así: CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 201-202; GARCÍA ALBERO, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 432, quien propone el ejemplo de un sujeto condenado a la antigua pena de arresto de fin de semana y a otras de multa. En este caso al reo le puede resultar menos gravoso, dada su situación económica, el cumplimiento de aquella (hoy localización permanente) aunque le resulte agravada que cumplir todas las posibles penas.

Por su parte, GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 438, acepta la comparación entre penas de distinta naturaleza sólo en determinados casos.

Y por otra parte, tampoco el argumento de la imposibilidad material de cotejar términos heterogéneos resulta del todo aceptable. En la misma línea que lo ya señalado para la elección de la pena más grave, la finalidad de la ley de conceder un trato más benévolo a los casos de concurso ideal justifica que la aplicación del principio de absorción agravada no sea rechazado automáticamente por meras consideraciones técnicas<sup>43</sup>.

Así, en caso de que el juzgador atendiendo a criterios generales dude sobre la regla más beneficiosa para el reo procederá a consultarle, ya que en definitiva es éste quien mejor puede, atendiendo a sus circunstancias personales, valorar lo que menos le perjudica<sup>44</sup>.

Sobre este particular, Baldova Pasamar opina que la heterogeneidad de las penas no conlleva ningún problema a la hora de obtener la consecuencia jurídica del concurso ideal en la medida en que las penas del nuevo Código se establecen en su mayoría de forma temporal, y lo único prohibido por la ley es que no se exceda del límite de tiempo dado por la penalidad acumulada. Por ello, para este autor, la ley no permite ponderar, sino comparar en días, meses y años, excluyendo de antemano todo juicio de valor<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 202; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 446.

<sup>44</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 204; GARCÍA ALBERO, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 1996, p. 432.

Ya la Fiscalía del Tribunal Supremo en la Circular de 10 de enero de 1908, remitía la solución de estos casos al “buen juicio” de los jueces “conforme al interés preferente de los reos”. En el mismo sentido Circular de 11 de febrero de 1908. Circulares que trataban de explicar el sentido de la reforma llevada a cabo por la Ley de 3 de enero de 1908. Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.4.

Cfr., su texto en *Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, 1910, pp. 842-844.

En contra de la posibilidad de consultar al reo: BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 231. Señala este autor que no es el reo quien tiene que decidir si la pena condicionalmente definitiva excede la penalidad acumulada, sino que del artículo 77 se desprende que eso lo debe decidir el juez.

<sup>45</sup> Cfr. BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 231.

Sin embargo, en mi opinión, la elección entre una pena agravada o las penas acumuladas no debe reducirse a un mero cómputo en días, meses y años, salvo que las penas tengan la misma naturaleza. Las penas heterogéneas pueden tener un mayor o menor contenido aflictivo con independencia de su duración que necesariamente ha de ser tenido en cuenta para elegir la solución adecuada al fundamento del concurso ideal.

Piénsese, por ejemplo, en un sujeto que sea condenado por una falta sancionada con la pena de multa de 10 a 30 días y por otra, con una sanción de 2 a 6 arrestos de fin de semana. Si seguimos el criterio propuesto por este autor para la elección de la pena más grave (artículo 33), la pena condicionalmente definitiva sería de 30 días de multa, mientras que como pena acumulada sería condenado a 2 arrestos de fin de semana y 10 días de multa. Todo ello trasladado a días supondría que por la aplicación del principio de absorción agravada la sanción tendría una duración de 15 días frente a los 12 días que le supondría la suma de las distintas penas. Al exceder la pena única de la pena acumulada el sujeto se vería abocado a cumplir los dos arrestos de fin de semana y la multa de 10 días. Y sin embargo, con la pena única aunque agravada, el condenado podría resarcir su deuda de forma inmediata abonando de una sola vez la multa, si su capacidad económica se lo permitiera.

A la inversa, si un sujeto se halla condenado por un delito sancionado con la pena de 8 a 12 arrestos de fin de semana y por una falta a una pena de multa de 1 a 2 meses, la pena resultante del principio de absorción agravada sería de 12 de arrestos de fin de semana, frente a las penas de 8 arrestos de fin de semana y 1 mes de multa. En este supuesto el sujeto tendría que cumplir obligatoriamente los 12 arrestos de fin de semana, ya que la duración de esta pena no excede de la acumulada. Con aquélla el condenado queda sometido al control de la Administración de justicia durante casi tres meses mientras que con el sistema de acumulación en dos meses ya habría cumplido su condena.

Con estos ejemplos se pone de manifiesto que una comparación basada exclusivamente en la duración de las penas podría frustrar la finalidad de la consecuencia jurídica prevista para el concurso ideal, que siempre ha de ser la más beneficiosa para el reo. La ponderación de las penas resulta, pues, imprescindible ya que de lo que se trata es de que la pena condicionalmente definitiva no sobrepase en gravedad a la penalidad acumulada.

Y por último, conviene señalar que para aquellos casos en los que la pena agravada y la penalidad acumulada sean idénticas, teniendo en cuenta incluso las penas accesorias, medidas de seguridad y consecuencias accesorias que pudieran acompañarlas, la pena a imponer será la resultante del principio de absorción agravada dado su carácter principal frente a la regla de acumulación. En estos casos, Cuerda Riezu considera además necesario que dicha pena se rebaje al menos en un día a fin de preservar el menor contenido de injusto del concurso ideal <sup>46</sup>.

#### H).- Pena totalmente definitiva o penalidad acumulada

La octava y última fase del proceso que regula el artículo 77 consistirá en aplicar la decisión adoptada del juicio comparativo anterior. Así, si la pena condicionalmente definitiva es la más favorable al reo se convertirá en la pena totalmente definitiva.

No obstante, esta pena totalmente definitiva en caso de ser una pena privativa de libertad de corta duración no necesariamente tendrá que ser la que se ejecute, ya que la misma puede ser sustituida por otra. En efecto, el nuevo Código penal regula en la Sección 2ª del Capítulo III del Título III del Libro I

---

<sup>46</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *El concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 204.

el mecanismo “de la sustitución de las penas privativas de libertad”. Así, en aquellos casos en los que se haga uso de la facultad prevista en la misma, se impondrá en la sentencia la pena totalmente definitiva (pena sustituida) pero se ejecutará otra (pena sustitutiva) que figurará en la misma sentencia o en un auto posterior a la misma pero anterior a la ejecución <sup>47</sup>.

### **3.2.- Penalidad acumulada del artículo 76 del Código penal**

#### **3.2.1.- Sistema de acumulación material**

En nuestro ordenamiento jurídico el sistema de acumulación material ha estado previsto desde el Código penal de 1848, como regla de determinación de la pena para el concurso real. No obstante, como sistema sancionador del concurso ideal tiene su origen en la Ley de 3 de enero de 1908, aunque realmente es en el Código penal de 1944 cuando se consagra como una regla subsidiaria a la de absorción agravada <sup>48</sup>.

El Código penal de 1995 sigue la misma línea que sus antecesores y prevé como régimen sancionador subsidiario al de la absorción agravada el sistema de acumulación <sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Vid. artículos 88 y 89 del Código penal. La necesidad de que ambas penas figuren en la sentencia o en la sentencia y posterior auto resulta necesario a efectos de incumplimiento. Así, el apartado segundo del artículo 88 señala que: “En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión *inicialmente impuesta* se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con las reglas de conversión establecida en el apartado precedente”.

<sup>48</sup> Vid. *supra*, Capítulo 2.4.1.

<sup>49</sup> Dispone el artículo 77 lo siguiente: “2.- En estos casos 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 penara separadamente las infracciones. 3.- Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”

Bajo la vigencia del Código penal de 1973 ya se advirtió de la diferente terminología empleada en el antiguo artículo 69, regulador del concurso real y el artículo 71.2 sobre la regla de determinación de la pena subsidiaria al principio de absorción agravada prevista para el concurso ideal, ya que si para el concurso real se hablaba de “imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”, en el artículo 71.2 se decía que: “se sancionarán los delitos por separado”<sup>50</sup>. Esta misma redacción se reproduce en los actuales artículos 73 y 77.3, por lo que sigue siendo necesario dilucidar si el actual artículo 77.3 prevé un régimen subsidiario distinto del acumulativo.

A este respecto advertía Cuerda Riezu, que desde un punto de vista semántico no es lo mismo imponer todas las penas que sancionar los delitos por separado, de tal suerte que si se acepta que la fórmula subsidiaria prevista para el concurso ideal no es igual a la acumulativa en sentido estricto, se deriva la consecuencia de que los límites temporales fijados para la acumulación no son de aplicación al concurso ideal. En efecto, “sancionar por separado” no alude a la cuestión de cómo han de cumplirse las penas correspondientes, por lo que si su cumplimiento fuera sucesivo, carecería de límites, y de entender que el cumplimiento fuese simultáneo, no se resolverían aquellos supuestos en los que éste no fuera posible dada la naturaleza y efectos de las penas concurrentes. En definitiva y según esta interpretación semántica la acumulación mitigada no sería de aplicación al sistema previsto en el antiguo artículo 71.2 ni al previsto en el artículo 77.3 del Código penal de 1995.

No obstante, la doctrina ha renunciado a defender esta interpretación precisamente por las consecuencias a las que abocaba. La previsión de este sistema subsidiario al principio de absorción agravada, que introdujo la Ley de 3 de enero de 1908 y completó el Código penal de 1944, estaba encaminada a impedir que el régimen principal de absorción agravada tuviere efectos más

---

<sup>50</sup> Así: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, p. 375; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 847; CUERDA

gravosos que los que se derivaban del de acumulación. Por ello, concluía Cuerda Riezu, que si la voluntad del legislador fue entonces que la consecuencia jurídica del concurso ideal no fuera más perjudicial que la del concurso real, no habría más remedio que entender que la locución “sancionar por separado” se esta refiriendo al sistema de acumulación de los antiguos artículos 69 y 70 (hoy artículos 73, 75 y 76) <sup>51</sup>.

Sin embargo, es de lamentar que no obstante advertido el error, el nuevo Código penal no lo haya corregido ni en su primera redacción ni en las reformas posteriores, y que por ello debamos reproducir las mismas razones para fundamentar que el régimen sancionador previsto en el apartado tercero del artículo 77, a pesar de su tenor literal, sigue siendo el de acumulación material del artículo 73, esto es, la imposición de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, que podrán cumplirse de forma simultánea o sucesiva en atención a la naturaleza y efectos de las mismas (artículo 75) y en el que igualmente serán de aplicación los límites temporales del artículo 76.

### **3.2.2.- Cumplimiento sucesivo y simultáneo de las penas**

El problema que mayor interés reviste en el sistema de acumulación material o aritmética estriba en determinar cómo se ha de arbitrar el cumplimiento de las diversas penas impuestas. En este sentido, el nuevo Código penal, al igual que su antecesor, atiende a los criterios de la naturaleza y efectos de las penas para determinar el cumplimiento simultáneo o sucesivo

---

RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 53-56.

<sup>51</sup> En este sentido: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 1949, p. 460; CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, p. 375; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, 1990, p. 847; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 54.



de las mismas, (artículo 73); se trata, pues, de unos criterios valorativos, que ahora más que nunca corresponde aplicar al intérprete.

En efecto, cuando el cumplimiento deba ser sucesivo, el artículo 75 dispone que se seguirá el orden de su respectiva gravedad, y para ello no ofrece escala o enumeración alguna. Por consiguiente, habrá que atender a la naturaleza de las penas y a su duración, de manera que las primeras que se cumplan sean las penas privativas de libertad ordenadas según su extensión, de mayor a menor, seguidas de las penas privativas de derechos, que no admitan un cumplimiento simultáneo, igualmente ordenadas según su duración<sup>52</sup>.

Resulta, pues, prioritario determinar qué penas son susceptibles de cumplimiento simultáneo y cuáles no, y decidido lo anterior, determinar en caso de cumplimiento sucesivo el orden de gravedad de las penas impuestas. A ello nos referimos a continuación.

---

<sup>52</sup> MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias derivadas del delito*, 3ª ed., 1996, pp. 195-197, propone como criterio orientativo seguir la clasificación que de las penas contiene el artículo 33. También, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 429; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código penal comentado*, 1996, p. 135, nota 134; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., 1996, p. 107. Por el contrario y de forma más acertada, BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, pp. 217-218 y CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1997, p. 20, nota 37, señalan que dicho artículo 33 resulta insuficiente para establecer el orden de sucesión en el cumplimiento de las penas. En efecto, como señalan estos autores, no puede entenderse que cualquiera de las penas graves que se recogen en el apartado 2 del citado artículo resulte más grave que las recogidas como penas menos graves, pues es difícil sostener, por ejemplo que la privación del derecho a conducir vehículos de motor por tiempo superior a seis años sea más grave que una pena de prisión de tres años, pese a que la primera se repunte pena grave y la segunda pena menos grave. Esta clasificación del artículo 33 sólo sirve para constatar la mayor o menor gravedad de las penas de una misma naturaleza según su duración pero nunca entre penas de distinta naturaleza.

Ya, CUERDA RIEZU, en *Política Criminal y Reforma penal*, 1993, p. 302, advertía de la necesidad de escalas graduales, eliminadas también del Proyecto de Código penal de 1992.

A).- Las penas privativas de libertad

Cuando las penas impuestas fueran todas ellas privativas de libertad su cumplimiento deberá ser siempre sucesivo ya que la simultaneidad convertiría en ficticia la pena privativa de libertad más breve <sup>53</sup>.

Así, la pena de prisión y la de localización permanente, ambas de idéntica naturaleza se cumplirán de forma sucesiva, principiando el cumplimiento por las penas de prisión a las que seguirán las de localización permanente. En lo que se refiere a la responsabilidad personal subsidiaria y en atención a que sea impuesta como pena de prisión o como pena de localización permanente habrá de decidirse su orden de cumplimiento en atención a sus efectos, pues ambas participan de la misma naturaleza en tanto son privativas de libertad si bien la pena de localización permanente es mucho menos aflictiva que si la responsabilidad personal subsidiaria se traduce en una pena de prisión.

B).- Las penas privativas de derechos

Dadas las características de estas penas privativas de derechos que pueden imponerse sólo como penas principales, sólo como accesorias, o como principales y accesorias, limitaré mi análisis a las posibles combinaciones que puedan surgir cuando las mismas se impongan como penas principales, ya que como accesorias siguen el destino de las principales.

---

<sup>53</sup> Cfr. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 428; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 26-27, quien acertadamente señalaba como un cumplimiento simultáneo de las penas privativas de libertad conducía a que la solución jurídica para estos supuestos resultase modificada a favor del principio de absorción. También, BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo*

a) *Penas privativas de derechos que concurran con penas privativas de libertad*

Las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y suspensión para empleo y cargo público impuestas como penas principales junto a pena privativa de libertad acompañada por alguna de ellas como accesorias deberán cumplirse sucesivamente <sup>54</sup>.

Respecto a las otras penas privativas de derechos que tan sólo pueden imponerse como penas principales, esto es, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y privación del derecho a la tenencia o porte de armas, a pesar de tener naturaleza y efectos diferentes a la pena de prisión, su cumplimiento será sucesivo si no se quiere, entonces, que su imposición resulte ficticia, porque es evidente que durante el tiempo de prisión, al menos en tanto no se haya alcanzado el tercer grado, obtenido algún permiso de salida o la libertad condicional, el penado no podrá ejercer estos derechos <sup>55</sup>.

---

*Código penal español*, 1996, p. 216; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, Medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, 1997, p. 211.

<sup>54</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO / ALBACAR LÓPEZ, *Código penal, comentarios y jurisprudencia*, 1990, p. 390; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p. 29. En el mismo sentido conforme al nuevo texto: CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 61, 1997, p. 19, nota 37.

Por su parte, CONDE-PUMPIDO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, 1997, p. 1170, quien señala que la jurisprudencia invoca el principio *non bis in idem* para justificar la absorción de las penas privativas de derecho impuestas como principal por las accesorias que deban cumplirse durante el tiempo de las condenas de privación de libertad.

<sup>55</sup> En este sentido y respecto a las penas de prisión previstas en el Código penal de 1973: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 1976, p. 338. Sin embargo, Cuestiona esta posibilidad, CONDE- PUMPIDO, *Código penal comentado*, 1990, p. 201. Teniendo en cuenta la nueva regulación: GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 418; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código penal comentado*, 1996, p. 135; BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 217; CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1997, p. 19, nota 37; BALDOVA PASAMAR, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, pp. 263-264, quien

Las últimas reformas han introducido determinados preceptos en los que se prevé el cumplimiento de algunas penas privativas de derechos por tiempo superior a la duración de la pena privativa de libertad impuesta, lo que como señala Baldoña Pasamar supone dos momentos de cumplimiento, uno simultáneo y otro sucesivo<sup>56</sup>. Así por ejemplo, el artículo 57.1 párrafo segundo prevé que para determinados delitos si se impone alguna de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, el juez o tribunal lo habrá de hacer por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años si fuera menos grave. En este supuesto, dice expresamente el texto legal, la pena de prisión y las prohibiciones impuestas se *cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea*<sup>57</sup>. Este tipo de norma significa que el legislador parte de la base de que la privación de libertad y la privación del derecho correspondiente son penas de cumplimiento simultáneo, pero que de esta forma se puede desvirtuar la pena privativa de derechos, razón por la que amplía su duración por encima de la pena privativa de libertad.

Sin duda el efecto se consigue, pero en mi opinión es que hubiera sido mucho fácil determinar que dichas penas por sus efectos y naturaleza debían de ser objeto de un cumplimiento sucesivo sin necesidad de que para que su cumplimiento efectivo se ampliaran, pues con ello lo único que se consigue es someter al condenado a una pena más grave que lógicamente le repercute negativamente por ejemplo a la hora de obtener la cancelación de los

---

por su parte acepta el cumplimiento simultáneo entre dichas penas, pero también advierte que este cumplimiento sucesivo prolonga en exceso el efecto aflictivo de la pena privativa de derechos.

<sup>56</sup> Cfr. BALDOÑA PASAMAR, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador GRACIA MARTÍN, 3ª ed., 2004, pp. 264-265.

<sup>57</sup> Otros supuestos de idéntico tenor se recogen en los artículos 557.2 (prohibición de acudir a eventos o espectáculos determinados); 558 (privación de acudir a lugares, eventos o espectáculos determinados); 570.1 (tenencia y porte de armas) y 579 (inhabilitación absoluta).

antecedentes penales, en temas de prescripción... cuando realmente el período que puede cumplir no se corresponde con el impuesto.

b) *Penas privativas de derecho que concurran con otras penas privativas de derechos*

No será posible el cumplimiento simultáneo de dos o más penas privativas de derecho que tengan idéntico contenido <sup>58</sup>. En este sentido, Cuerda Riezu advertía de como determinadas penas que conllevaban la privación definitiva de derechos no pueden ser acumuladas, ni simultánea ni sucesivamente, consigo mismas o con otras penas que consistan en una restricción del mismo derecho <sup>59</sup>.

Ahora bien las penas de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial y la suspensión para empleo y cargo público impuestas como penas principales sí son susceptibles de cumplimiento simultáneo con otras penas privativas de derechos, tales como la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

c) *Los trabajos en beneficio de la comunidad*

Los trabajos en beneficio de la comunidad resultan compatibles con la pena de prisión cumplida en régimen abierto o en libertad condicional <sup>60</sup>. E igualmente, su cumplimiento será simultáneo si se impone junto a las otras penas privativas de derechos.

---

<sup>58</sup> En este sentido: BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 216.

<sup>59</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 29-30.

<sup>60</sup> Por el contrario admite el cumplimiento simultáneo de los trabajos en beneficio de la comunidad con todas las penas privativas de libertad, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 418.

### C).- La pena de multa

En cuanto a la pena de multa, ya sea proporcional o determinada conforme al sistema de días-multa, se cumplirá de forma simultánea tanto cuando concurra con penas privativas de libertad como cuando concurra con penas privativas de derechos <sup>61</sup>.

No obstante, se ha destacado por un sector de la doctrina que no será posible el cumplimiento simultáneo de varias penas de multa determinadas conforme al sistema de días-multa porque vulneraría la propia esencia del sistema <sup>62</sup>. En efecto, tienen razón estos autores al advertir que si se acepta la posibilidad de su cumplimiento simultáneo la cuota diaria de la multa ya no sería, como dice el artículo 50.4, de un mínimo de dos euros y de un máximo de 400 euros, sino de un mínimo de euros correspondiente al múltiplo de multas que se cumplieran y de un máximo análogo.

Por el contrario, sí pueden cumplirse de forma simultánea una multa proporcional y otra determinada conforme al sistema de días-multa o varias multas proporcionales.

### **3.2.3.- Acumulación limitada**

El legislador del 95 modificó los límites que para la acumulación pura se establecían en la regulación anterior, y recientemente los ha vuelto a

---

<sup>61</sup> Así, CONDE-PUMPIDO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I. 1997, p. 1170.

<sup>62</sup> En este sentido: GRACIA MARTÍN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 216, nota 59; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena*, 1997, p. 142.

modificar a través de la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio sobre Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas <sup>63</sup>.

El antiguo artículo 70. 2º del Código penal de 1973 preveía dos límites temporales, uno absoluto de 30 años y otro relativo del triplo del tiempo por el que se impusiere la más grave de las penas en que se hubiera incurrido. En el artículo 76 en su redacción inicial se mantenían estos límites si bien, reduciendo el límite absoluto, acomodándolo a la nueva duración de la única pena de prisión prevista, esto es, de 20 años, y se mantenía el límite relativo en el triplo de la pena más grave. Sin embargo, y con carácter totalmente novedoso en nuestra legislación, se preveían otros dos límites absolutos para supuestos especiales. Así el límite absoluto de 20 años no operaría cuando se dieran algunas de las condiciones previstas en los apartados a) y b) del punto primero del artículo 76: “Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años” <sup>64</sup>.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio sobre Medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ha modificado el referido artículo estableciendo un nuevo límite máximo en el cumplimiento de las penas de 40 años para dos supuestos especiales: cuando el

---

<sup>63</sup> B.O.E de 1 de julio de 2003. Vid, Capítulo IV, 3.11.3.

<sup>64</sup> Estos nuevos límites están previstos para aquellos casos también excepcionales que prevé el artículo 36.1, por el que se faculta al legislador para imponer una pena de prisión superior a 20 años. Así haciendo uso de esta potestad, prevé el artículo 140 que cuando en el asesinato concorra más de una de las circunstancias que lo cualifican, se sancionará con una pena de prisión de 20 a 25 años. También, en el art. 572.1. 1º, en el que se castiga con la pena de 20 a 30 años, la muerte de una persona a manos de otra que actúe al servicio o colabore con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

condenado lo haya sido por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años, y como excepción al límite de 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo previstos en la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años <sup>65</sup>.

Esta reciente modificación de los límites al cumplimiento de las penas se inserta en una reforma cuyo objetivo, según señala la Exposición de Motivos de la Ley, es la de concretar la forma de cumplimiento de las penas y conseguir que éste se lleve a cabo de la manera más efectiva posible, respetando siempre las finalidades de la pena previstas en la Constitución pero también tratando de evitar que las mismas sean utilizadas por la delincuencia más grave como meros instrumentos para alcanzar la libertad sin haberse conseguido dichos objetivos <sup>66</sup>. Por ello, no sólo se ha modificado los límites al

---

Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 508, quien criticaba la existencia de único límite absoluto en el Código penal de 1973, en la medida en que conducía a castigar con la misma sanción un asesinato que 20.

<sup>65</sup> La nueva redacción del artículo 76 es la siguiente: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años; b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años; c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años; d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudiera haberse enjuiciado en uno sólo”.

<sup>66</sup> En este sentido, la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2003, señala textualmente lo siguiente para justificar el nuevo límite de cumplimiento de los 40 años: “La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a 40 años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las



---

penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas. Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento penal.

Más aún cuando, en la práctica, las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal, se está utilizando, precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de derecho”.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la citada reforma aprobado por la sesión extraordinaria celebrada el día 4 de febrero de 2003 se señalaba a este respecto lo siguiente: “La ampliación de la duración máxima de la pena de prisión hasta los 40 años requiere reflexionar, en primer término, sobre su compatibilidad con la prohibición constitucional de someter al penado a tratos inhumanos y degradantes (artículo 15 CE), y en segundo lugar, su compatibilidad con el fin de resocialización de la pena privativa de libertad que establece el artículo 25 de la Constitución Española.

1.- En cuanto a la compatibilidad de la ampliación de la duración máxima de la prisión con la prohibición constitucional de someter al penado a tratos inhumanos y degradantes, debe tenerse en cuenta que incluso los ordenamientos de nuestro entorno más próximo, el europeo, contemplan la cadena perpetua y ello es considerado compatible con las correspondientes Constituciones que participan de valores comunes y cuyos Derechos penales nacionales están informados por los mismos principios básicos.

a) La constitucionalidad de la pena perpetua privativa de libertad se plantea originariamente en Alemania y es afirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187). En ella declaró el Tribunal que la pena perpetua resultaba necesaria para mantener en la población la conciencia del derecho y el sentimiento de seguridad jurídica en el caso de delitos especialmente graves de extraordinario contenido de injusto y de culpabilidad. En ese caso las consideraciones humanitarias ceden a favor de la prevención general. Ahora bien, la constitucionalidad está condicionada a que la prisión perpetua no lesione la dignidad humana, y siendo cierto que toda prisión de larga duración puede producir trastornos de la personalidad, ello debe contrarrestarse con una configuración adecuada a la ejecución, y es presupuesto de esta configuración que el condenado conserve la esperanza de ser liberado, aunque sólo sea después de largo tiempo.

b) En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional italiana (sentencias de 22 de noviembre de 1974, 27 de septiembre de 1983 y 28 de abril de 1994). El Tribunal Constitucional italiano ha declarado de forma expresa la compatibilidad de esta pena de prisión perpetua con la exigencia, específicamente impuesta por el artículo 27.3 de la Constitución italiana, de reeducación y reinserción

---

social de los condenados, dado que el artículo 176.3 del Código penal admite la liberación condicional una vez cumplidos veintiséis años de condena.

c) La distinción entre prisión perpetua ineludible contraria a los derechos consagrados en el Convenio y prisión perpetua discrecional, que permite la excarcelación del condenado, es conforme a la doctrina del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Sentencias de 25 de octubre de 1990, caso Thynne, Wilson y Gurmell contra el Reino Unido, 18 de julio de 1994, caso Wyrine contra Reino Unido y 16 de octubre de 2001, caso Einhorn contra Francia.

d) El Tribunal Constitucional español en Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, en una ocasión en la que analizó la extradición de un súbdito italiano, reclamado por las autoridades de su país de origen por hechos que podrían dar lugar a la imposición de la pena de “reclusión perpetua”, desestimó el amparo por no apreciar lesión de los artículos 15 y 25 de la Constitución española. Declaró el Tribunal Constitucional **que la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que exige un contenido material, pues “depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste**, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4).

Bastan pues estas breves consideraciones sobre una pena ciertamente más rigurosa que la que ahora se contempla en el Anteproyecto objeto de consideración para concluir que la adecuación o no a la Constitución de la elevación a 40 años del máximo de cumplimiento efectivo de la condena en supuesto de concurso de delitos no se sitúa tanto en el terreno de la noción de tratos inhumanos y degradantes, sino en el de la posibilidad o no de que ésta pueda satisfacer las exigencias que a las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 de la Constitución española, máxime si se tiene en cuenta que la cuestión que es objeto de este informe no se sitúa en el terreno de la duración máxima de las penas (artículo 36 del Código penal), sino en el cumplimiento efectivo de éstas en el caso de concurso de delitos (artículo 76 Código penal).

2.- La pena de prisión de larga duración puede compatibilizarse con el principio constitucional contenido en el artículo 25.2 CE, conforme al cual las penas privativas de libertad han de hallarse orientadas a la reeducación y reinserción social.

a) El Tribunal Constitucional se ha ocupado en numerosas ocasiones de interpretar el inciso del artículo 25.2 de la Constitución. De ellas se colige en primer término que dicha prescripción constitucional no puede ser interpretada como constitutiva de derecho fundamental alguno, entendida esta última expresión como generadora de posiciones jurídicas subjetivas de rango iusfundamental (así, por todas, cuando señala que «el artículo 25.2 no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación». STC 28/1998. Igualmente es doctrina constitucional pacífica que los fines que allí se indican como orientativos de las penas privativas de libertad, no implica que sean éstos los únicos que aquellas deban cumplir («el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad». ATC 780/1986). En particular, ha declarado el Tribunal

---

Constitucional que **la Constitución española no erige a la prevención especial como única finalidad de la pena, y que, antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan, asimismo, una finalidad legítima de la pena** (STC 150/1991). incluso se ha afirmado que la dificultad para cumplir las exigencias derivadas del artículo 25.2 se presenta con mayor intensidad en las penas privativas de libertad de corta duración, precisamente porque impiden el tratamiento reeducador, posible cuando en atención de la duración de la pena es posible programar una actuación rehabilitadora (STC 19/1988).

Pero lo que tampoco se puede desconocer es que el constituyente ha querido proclamar estos fines de un modo explícito; el fin resocializador de las penas es uno más, pero irrenunciable. La fórmula técnico-jurídica que adopta esta determinación de unos explícitos fines de las penas privativas de libertad es la del «mandato al legislador» (el artículo 25.2 CE «no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria» STC 75/98, de 31 de marzo), lo que irremediamente ha de acarrear consecuencias jurídicas no exentas de relevancia; en ningún caso el legislador (y menos aun el poder reglamentario) podrá establecer penas privativas de libertad que, sea por su duración, o muy particularmente por su modo de cumplimiento (régimen de beneficios penitenciarios, modalidades del tratamiento del interno, etc) impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y la reinserción social del condenado.

b) De la anterior doctrina constitucional se colige que **la ampliación del máximo de cumplimiento de treinta a cuarenta años no es contraria a los artículos 15 y 25 de la Constitución española y constituye una opción del legislador establecer la pena proporcionada a la gravedad de los delitos realizados**. Y la fórmula mitigada por el constituyente permite al estado en esa ponderación renunciar a los fines de prevención general como objetivo de la pena privativa de libertad. Incluso es posible entender que el artículo 9.2 de la Constitución española en cuanto impone a los poderes públicos la función de «promover» y «remover» los obstáculos que impidan «que la libertad y la igualdad de un individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos», vincula el valor de seguridad jurídica de forma directa con la idea de justicia. Modernamente se considera que no es posible fundamentar en exclusiva la pena en la prevención especial o general, sino que ambas necesidades deben coordinarse, conforme al pensamiento de las teorías de la unión, para ofrecer una reacción punitiva que respetando la dignidad del penado sirva al mantenimiento de la validez de la norma, de la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico.

c) Llegados a este punto la reflexión que surge es si el límite de treinta años de la legislación vigente garantiza suficientemente ese equilibrio de fines de la pena, o si ese equilibrio se ve afectado por la elevación del límite máximo absoluto a cuarenta años. En este punto, los estudios científicos ponen de manifiesto que toda pena de larga duración (la superior a quince o veinte años) puede afectar a la personalidad del condenado, sin que pueda establecerse científicamente un punto fijo a partir del cual ello es así efectivamente. Por lo que **la prolongación del plazo máximo de cumplimiento «efectivo de la pena» hasta los cuarenta años en caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y de culpabilidad, puede ser la consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de la prevención general y especial, y su compatibilidad con la prohibición de penas**

cumplimiento de las penas sino que la reforma también conlleva una serie de modificaciones que afectan tanto al sistema de acumulación mitigada como a otras instituciones penales tales como la libertad condicional, la clasificación de los condenados, y el controvertido artículo 78 según iré analizando en los distintos apartados de este capítulo.

He de señalar que ya en el Código penal de 1973 la pena de prisión (reclusión mayor) podía llegar a tener en casos excepcionales una duración igualmente de 40 años según se disponía en el artículo 75.1<sup>a</sup> del referido texto legal <sup>67</sup>, si bien esta previsión no tenía el mismo alcance, ni significaba lo mismo que la nueva redacción del artículo 76 del Código penal vigente. En efecto, el artículo 75.1<sup>a</sup> del Código penal de 1973 lo que establecía era una excepción a la duración prevista para la pena de reclusión mayor en los casos en los que la ley exigía la imposición de una pena superior en grado, y por tanto no constituía un límite al máximo de cumplimiento de penas impuestas a consecuencia de la aplicación del sistema de acumulación material, sino que era una regla de determinación de la pena para un delito y no para supuestos de

---

inhumanas se garantiza suficientemente con un moderno sistema de ejecución de penas como el que inspira nuestra legislación penitenciaria.

Por tanto no puede objetarse a la ampliación del límite máximo de cumplimiento hasta los cuarenta años que ese límite sea ya inidóneo para garantizar adecuadamente el cumplimiento de los respectivos fines de la pena.

Además, para hacer el cálculo de los beneficios penitenciario y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se toma como referencia ese límite máximo en el sistema ordinario, al margen del supuesto excepcional del artículo 78, lo que permitirá durante la ejecución que el penado pueda obtener de hecho un acortamiento de ese período máximo de cumplimiento en el caso de que presente un pronóstico favorable de reinserción social. De este modo la ejecución de la pena se configura de tal forma que no se hacen ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE. Pues, a estos efectos no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo, en caso de pronóstico favorable de reinserción”.

<sup>67</sup> El artículo 75.1<sup>a</sup> del Código penal de 1973 señalaba lo siguiente: “En los casos en que la Ley señale una pena superior a otra determinada sin designar especialmente cuál sea, si no hubiere pena superior en la escala respectiva, se considerará como inmediatamente superiores, no obstante lo establecido en el artículo 30 y regla 2<sup>a</sup> del 70, las siguientes: 1<sup>a</sup> Si la pena determinada fuese la de reclusión mayor, la misma pena, con la cláusula de que su duración será de cuarenta años.”

concurso de delitos. Por ello, cuando en un supuesto de concurrencia delictiva se daba la paradoja de que concurría algún delito castigado con pena de hasta 40 años por aplicación del artículo 75.1ª, y siendo el límite absoluto establecido por el artículo 70.2º el de 30 años, se aplicaba el máximo de cumplimiento de 40 años pero recurriendo al principio de especialidad entre ambos preceptos <sup>68</sup> y con la consecuencia de que los demás delitos que concurrían quedan en cierto modo impunes.

En este sentido, el nuevo Código es más correcto pues si bien establece que la duración de la pena de prisión tendrá un mínimo de tres meses y un máximo de 20 años, lo excepciona salvo que se disponga otra cosa por el propio texto legal, y contempla como máximo de cumplimiento los límites excepcionales de 25, 30 y 40 años según sea la duración de los delitos concurrentes, pero siempre con la finalidad de que dichos límites no coincidan con la pena impuesta para uno sólo de los delitos concurrentes. Recordemos que el artículo 70. 3 1º del Código tiene señalado que cuando se haya de aplicar una pena superior en grado que exceda de los límites máximos fijados a cada pena en el Código, se considerará como inmediatamente superior si la pena fuera la de prisión, la misma pena pero con la cláusula de que su duración máxima sea de treinta años.

En definitiva, en el vigente Código penal un solo delito nunca podrá venir castigado por una pena de prisión superior a los treinta años, ahora bien en casos de concurrencia delictiva y según los casos, el máximo de cumplimiento sí podrá llegar a los cuarenta años. Por el contrario, en el Código penal de 1973 un solo delito si podía venir castigado con pena de hasta 40 años de prisión coincidiendo ese límite con el cumplimiento efectivo en casos de concurrencia delictiva.

---

<sup>68</sup> Cfr. CONDE PUMPIDO, *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., 1990, p. 502.

### **A).- Ámbito de aplicación del artículo 76**

Cabe señalar como primera cuestión a tratar, el ámbito de aplicación de este artículo 76. En primer lugar, y en atención al tenor literal de la primera parte del texto legal, sólo será de aplicación cuando todas o algunas de las penas impuestas no sean susceptibles de un cumplimiento simultáneo dada la naturaleza y efectos de las mismas <sup>69</sup>. No obstante, aunque las distintas penas deban ser objeto de cumplimiento sucesivo, éste no quedará limitado más que en los casos en los que la acumulación o refundición supere el límite relativo o los absolutos, en su caso.

### **B).- La aplicación del artículo 76 a la responsabilidad personal subsidiaria**

Mención especial exige la aplicación del artículo 76 a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa, pues, aunque el Código penal de 1995 solvente algunos de los problemas que surgieron bajo la vigencia de la regulación anterior, sin embargo, viene a plantear nuevas cuestiones en su interpretación que no son solventadas a pesar de las últimas reformas.

En primer lugar, se ha de señalar que al incluir la responsabilidad personal subsidiaria en el catálogo de penas privativas de libertad el nuevo texto le concede la cuestionada categoría de pena (artículo 35) <sup>70</sup>, y con ello

---

<sup>69</sup> En este sentido: BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, pp. 221-222; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código penal*, 1996, p. 203; CHOCLÁN MONTALVO, *La individualización judicial de la pena*, 1997, p. 146. De otra opinión, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 430, quien entiende que será de aplicación tanto para los casos en los que el cumplimiento de la pena pueda ser sucesivo como simultáneo.

<sup>70</sup> Cfr. Sobre esta discusión en relación con el Código penal de 1973: LANDROVE DÍAZ, *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1, 1985, pp. 503-506; MANZANARES SAMANIEGO, en *Homenaje a Rodríguez Devesa*, t. 2, 1989, pp. 39-56; ALONSO DE ESCAMILLA, en *AP*, 1988, p. 1870; CUERDA RIEZU,

permite sin que haya lugar a dudas que le sea de aplicación los límites del actual artículo 76 <sup>71</sup>. Aunque también es cierto que se mantiene un límite propio para la aplicación de esta responsabilidad personal subsidiaria a los condenados a pena privativa de libertad no superior a cinco años <sup>72</sup>.

La pena de multa podrá venir impuesta como pena única, pero también de manera conjunta con otra u otras penas de prisión, ya sea por un solo delito o porque concurren varios. Sin embargo, el artículo 53.3 no determina si estos cinco años, tope para imponer una responsabilidad personal subsidiaria, corresponden a una pena impuesta por un sólo delito o puede ser el resultado de la suma de las penas impuestas por varios de ellos, problema que ya se había planteado y resuelto por la jurisprudencia y la doctrina anterior al nuevo texto en un sentido favorable a esta última posibilidad <sup>73</sup>.

Por consiguiente, siempre que sea posible la acumulación de una responsabilidad personal subsidiaria a otras penas, o de varias responsabilidades subsidiarias, los límites del artículo 76 son de aplicación.

Por otra parte, esta responsabilidad personal subsidiaria experimenta una mejora respecto a la legislación anterior ya que se ha previsto la posibilidad de que esta pena cuando proceda del impago de una multa impuesta por el sistema de días-multa y se trate de una falta, se pueda cumplir mediante la pena de localización permanente, en la que dos cuotas no satisfechas equivaldrá a un día de privación de libertad, o previa conformidad del penado,

---

*Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 65-70; JAREÑO LEAL, *La pena privativa de libertad por impago de multa*, 1994, pp. 226-227.

<sup>71</sup> En el mismo sentido: CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1966, p. 21.

<sup>72</sup> El artículo 53.3 señala que “Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.”

El artículo 91 párrafo tercero del Código penal de 1973 contenía la misma declaración si bien limitándolo a un período de 6 años.

<sup>73</sup> Vid sobre el particular: CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 65-70.

se satisfaga realizando trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo <sup>74</sup>.

Esta previsión resulta doblemente acertada. Primero, porque el establecer un determinado baremo para determinar el tiempo de privación de libertad que ha de sufrir el condenado como consecuencia de su insolvencia conduce a soluciones más justas que el conceder al juez un amplio margen de decisión que pueda dar lugar a resoluciones muy dispares <sup>75</sup>. Y segundo, porque la responsabilidad subsidiaria no será inexclusablemente una pena de prisión a cumplir en establecimiento penitenciario ni de forma ininterrumpida.

No obstante, surgen problemas de interpretación en su configuración. Así y a pesar de las dificultades interpretativas que han surgido sobre los criterios de conversión, entiendo que la previsión del artículo 53 no puede ser considerada como un supuesto de sustitución equivalente a los previstos por el artículo 88, dada la naturaleza y el fundamento de ambas figuras.

La sustitución de penas da lugar a una forma alternativa de ejecución de las penas privativas de libertad a fin de salvaguardar los fines de prevención y reinserción de la pena, y para cuya concesión se han de tener en cuenta las circunstancias personales del sujeto y del hecho cometido. De ahí que en el artículo 88 se prevea una sustitución de penas más graves por otras de inferior

---

<sup>74</sup> El artículo 53.1 se expresa de la siguiente manera: “Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en duración establece el artículo 37.1 del este Código.

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.”

<sup>75</sup> Así el antiguo artículo 91 párrafo primero señalaba que: “Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficere la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad subsidiaria que el tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiera procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta.”



gravedad, mientras que lo que aquí estamos tratando tiene el efecto contrario: la pena de multa se convierte en una pena privativa de libertad.

Por todos son conocidos los múltiples reproches de la doctrina a este tipo de consecuencia jurídica <sup>76</sup>. La responsabilidad personal subsidiaria se preveía por la imposibilidad de ejecutar una pena pecuniaria y motivado exclusivamente por la penuria económica del delincuente, lo que era ciertamente reprochable. Con el nuevo sistemas de días multa se ha querido presentar un modelo que trata de evitar dichas consecuencias, sin embargo, en la práctica si la pena de multa se impusiera efectivamente en atención a la capacidad económica del delincuente realmente su incumplimiento sólo podría ser debido a su rebeldía y ello justificaría su sustitución por una pena privativa de libertad. Pero no creo que siempre sea así, primero porque la determinación de la cuota por los tribunales no siempre o mejor dicho, en la mayoría de los casos no se acomoda exactamente a la capacidad económica del delincuente ya que en una gran cantidad de casos dicha capacidad económica no se investiga o se limita a conocer los ingresos del condenado pero no los gastos o cargas que ha de soportar, o bien se establece por medio de unos baremos sin tener en cuenta las peculiaridades de cada caso. A ello se añade que si tampoco la vía de apremio ha sido efectiva para llegar a dar cumplimiento a la misma será probablemente porque el delincuente no tenga la suficiente capacidad económica como para afrontar la cuota diaria impuesta.

Es por ello que la pena de responsabilidad personal subsidiaria, no es una pena sustitutiva de la pena de multa sino subsidiaria a ella, pues no trata de resocializar ni de reinsertar, muy al contrario sanciona un incumplimiento que muchas veces no es voluntario. De ahí que la denominación de arresto

---

<sup>76</sup> Vid. sobre el particular: QUINTANO RIPOLLÉS, en *Comentarios al código penal*, 2ª ed., 1966, pp. 407-410; LANDROVE DÍAZ, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. I, 1985, pp. 511-512; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., 1986, p. 577; MANZANARES SAMANIEGO, en *La Ley*, Diario nº 4015, 1996, pp. 5-6.

sustitutorio utilizada hasta ahora con carácter general para referirse a la misma no resulte adecuada pues puede conducir a confusión sobre su naturaleza.

En consecuencia si se trata de una pena subsidiaria, no puede decirse que el artículo 53 conculque la prohibición de sustituciones en cadena del artículo 88, ya que de su tenor literal no se deduce que la responsabilidad personal subsidiaria deba traducirse siempre en una pena de prisión. En el mismo tan sólo se hace referencia a una privación de libertad como consecuencia del incumplimiento de la pena de multa, pero privativas de libertad lo son tanto la pena de prisión como la localización permanente. Por ello, entiendo que el legislador en el artículo 53.1 sólo determina el contenido de la pena de responsabilidad personal subsidiaria en virtud del cual, dos cuotas de multa no satisfechas equivale a un día de privación de libertad: de prisión o de localización permanente.

En principio y según el tenor del precepto legal la posibilidad de que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla mediante la pena de localización permanente parece estar sólo prevista para los casos en los que la pena de multa insatisfecha procediera de una falta, sin embargo creo que dicha forma de cumplimiento es igualmente aplicable a otros supuestos delictivos.

El artículo 71. 2 del Código penal en relación con lo dispuesto por el artículo 36.1, señala que en caso de que por aplicación de las reglas de determinación de la pena contenidas en la Sección segunda del Capítulo II del Título III del Libro I del Código penal, procediese imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta sería en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección Segunda del Capítulo III del referido Título (relativo a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad), ya que no existe pena de prisión inferior a los tres meses de duración.

Pues bien, si de la conversión de la pena de multa impuesta por delito diese lugar a una pena de prisión de duración inferior a tres meses, el juez por razones de coherencia y analogía a lo dispuesto en el artículo 71.2 debe quedar

obligado a aplicar la pena de localización permanente como subsidiaria a la pena de multa. De lo contrario, la responsabilidad personal subsidiaria se convierte en una pena de prisión que no tiene cabida en el Código, ni en su letra ni en su espíritu de suprimir las penas de prisión de corta duración. Máxime cuando el propio legislador ha hecho desaparecer del texto legal incluso la única excepción prevista en la redacción inicial por la que un sujeto podía cumplir pena de prisión ininterrumpida inferior a seis meses (antiguo artículo 37.3).

La aplicación de esta sustitución tampoco genera problema alguno respecto de la prohibición de la doble sustituciones del artículo 88 pues como ya he manifestado la responsabilidad personal subsidiaria no es una sustitución sino una pena subsidiaria a la pena de multa.

Asimismo, si la localización permanente puede cumplirse de forma alternativa los sábados y domingos o de forma no continuada (artículo 37.2) cuando se impone como pena principal, el mismo régimen cabrá en casos de que sea la forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria.

Por último, me referiré al incumplimiento de la pena de multa proporcional. Para estos casos, el nuevo Código penal en términos muy parecidos al texto de 1973 dispone que: “En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad” (artículo 53.2).

Las diferencias respecto al régimen de la pena de multa determinada conforme al sistema días-multas no van más allá de otorgar a los Jueces y Tribunales un arbitrio para determinar la duración de la responsabilidad subsidiaria. Y por otra parte, aunque no quede expresamente prevista la posibilidad de que la misma se cumpla mediante la pena de localización

permanente, en principio esta no debe quedar excluida, ya que conforme a lo expuesto anteriormente, cuando el Juez o Tribunal determine como tal responsabilidad subsidiaria una privación de libertad inferior a tres meses debería imponer obligatoriamente la pena de localización permanente. Otra cosa es que la misma no proceda dado los hechos delictivos para los que se encuentra prevista la pena de multa proporcional.

### **C).- Los límites absolutos**

El nuevo legislador ha previsto cuatro límites absolutos diferentes en atención a la duración de las penas y naturaleza de los delitos concurrentes a fin de que el máximo de cumplimiento efectivo siempre pueda superar la pena del delito más gravemente sancionado o adecuarlo a la gravedad de los delitos concurrentes por su duración o por el bien jurídico al que atente<sup>77</sup>. Así, sólo podrá aplicarse el límite de 20 años cuando todos los delitos cometidos estén sancionados con una pena inferior a 20 años; el de 25 años si alguno de los delitos concurrentes está conminado con pena de prisión hasta 20 años; el límite de 30 años cuando alguno de los delitos estuviere castigado con pena de prisión de más de 20 años; el de 40 bien porque el sujeto hubiera sido condenado al menos a dos delitos que estuvieren castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años, o porque se trate de una concurrencia delictiva

---

<sup>77</sup> El artículo 36 faculta al propio legislador a sancionar con pena superior a 20 años determinados delitos.

La reforma llevada a cabo por la Ley 7/2003, de 30 de junio también ha modificado el artículo 36 si bien en lo que afecta a la duración de la única pena de prisión prevista por el Código penal no ha sufrido alteración alguna, pero ha reforzado la intención de la reforma llevada a cabo sobre el cumplimiento efectivo de las condenas añadiendo un párrafo al primer apartado que tiene que ver más que con la propia definición de la pena de prisión, con la efectividad de la misma. Así se dispone que: “Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código”.

entre delitos de terrorismo, y alguno de ellos estuviere castigado con pena de prisión superior a 20 años.

De no haberse previsto dichas excepciones hubiera dado lugar a que, cuando concurriesen delitos castigados con pena igual o superior a 20 años, el límite absoluto general podría coincidir con la pena impuesta a uno solo de los delitos concurrentes, resultando impunes el resto, o bien que para los segundos no fuera de aplicación límite alguno, en contra de las finalidades del propio sistema de acumulación limitada.

Con la reforma de 2003, además, se pretende conseguir que dichos límites se adecuen mejor a la gravedad de los hechos en atención al número de delitos concurrentes que vengan castigados con penas superiores a 20 años, evitando que algunos de los delitos cometidos le salga gratis al condenado precisamente por la aplicación de estos límites, o bien que se traten de delitos en sí mismos calificados como extremadamente graves por las circunstancias políticas en las que se ve inmerso nuestro país y que requieren de una respuesta más dura que el resto de los delitos.

Ciertamente la previsión de estos límites merecen un juicio positivo en relación con las penas de prisión, pero no podemos decir lo mismo respecto de las penas privativas de derechos, pues los límites previstos en el artículo 76 sólo afectan a las penas de prisión. Así, si bien en el primer párrafo del artículo 76 se habla de: “el máximo de cumplimiento de la *condena* del culpable” sin referencia alguna en el resto del párrafo a que dicha condena lo sea por penas de prisión, cuando establece cada uno de los límites excepcionales hace expresa referencia a la pena de prisión, excluyendo por tanto su aplicación al resto de las penas.

Es decir, cuando concurren varias penas privativas de otros derechos a la libertad u otras privativas de libertad que no sean la pena de prisión hay un solo límite absoluto para su cumplimiento: el de 20 años. Sin embargo olvida el legislador que las penas de inhabilitación absoluta y especial pueden por mor

del artículo 70.1.2º alcanzar una duración de 30 años. Si dicha pena se presenta en solitario se cumplirá íntegramente, pero si concurre con otras el efecto según la ley sería el de condonarle 10 años. Como esto evidentemente no es lógico se tendrá que volver a la aplicación del principio de especialidad entre los preceptos 76 y 70.1.2º, como ya sucediera con del Código penal de 1973, y aplicar los 30 años como máximo de cumplimiento en estos casos excepcionales dejando impunes el resto de las penas de inhabilitación absoluta y/o especial que pudiesen concurrir.

#### **D).- Elección del límite absoluto aplicable**

Conforme al tenor literal del artículo 76, parece darse a entender que la aplicación de estos límites excepcionales entran en juego atendiendo a la pena que en abstracto haya previsto el legislador para las infracciones en concurso. Sin embargo, las consecuencias punitivas que se pueden derivar de tener en cuenta la pena en abstracto o la que resulte de la individualización judicial no son nada desdeñables. Piénsese por ejemplo, en el caso de que un sujeto sea condenado por dos delitos de asesinato del artículo 139, a una pena de 18 años por cada uno de ellos. En este caso concreto si el límite máximo de cumplimiento efectivo se elige por la pena que el legislador tiene señalada en el artículo 139 para el asesinato, esto es, de 15 a 20 años, el sujeto debería cumplir un máximo de 25 años. Por el contrario, si a lo que se ha de atender es a la pena en concreto, este sujeto sólo debería cumplir 20 años <sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> A favor de la aplicación de los límites excepcionales según la pena señalada por el tipo: LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, p. 151; CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1997, p. 22; AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias accesorias*, 1997, p. 213. Por el contrario, entienden que los límites excepcionales entrarán en juego sobre las penas ya individualizadas por entender excesivamente rigurosa la interpretación literal: MOLINA BLÁZQUEZ, *la aplicación de la pena*, 1996, p. 52; BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias*

Ciertamente, tener en cuenta la pena en abstracto puede resultar excesivamente riguroso en aquellos casos en los que tras la individualización judicial se imponga el límite inferior de la pena o penas inferiores en grado dada la participación, el grado de ejecución o por la concurrencia de circunstancias modificativas de efectos especiales.

E igualmente es cierto, que de darse estas circunstancias la elección del límite absoluto inferior puede dar lugar a que queden impunes más delitos que de elegirse el límite especial superior, salvo que la suma de todos los delitos concurrentes sea superior al primero pero inferior al segundo de los límites citados.

Por otra parte, se ha de señalar que el tenor literal del artículo 76 a la hora de establecer los límites temporales especiales guarda un paralelismo muy significativo respecto a los delitos de la parte especial en los que se prevén penas de prisión superior a 20 años. En concreto establece penas de prisión que llegan hasta 20 años, de 20 a 25 años, o de 20 hasta 30 años <sup>79</sup>.

Pero, aunque el atender a la pena en concreto para determinar el límite aplicable resulte en ocasiones más beneficioso para el reo, entiendo que tanto por el tenor literal del precepto, por la sistemática que en la aplicación de las penas lleva a cabo el legislador, como por la interpretación teleológica del artículo 76, las penas han de considerarse en abstracto como criterio de fijación de los límites absolutos especiales.

### **E).- El límite relativo**

El Código penal de 1995 mantiene la previsión de limitar el cumplimiento de las penas impuestas al triple del tiempo por el que se imponga

---

*jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 220, nota 67; SERRANO BUTRAGEÑO, en *Código penal de 1995*, 1998, p. 662.

la más grave de las penas en que se haya incurrido, obviando las reiteradas denuncias de la doctrina acerca de los efectos arbitrarios e injustos que por su forma de operar produce en las infracciones concurrentes<sup>80</sup>. Límite que no ha sido modificado por la reforma llevada a cabo por la Ley 7/2003.

En este sentido, advertía Cuerda Riezu de la desigualdad que se produce, por ejemplo, con relación al número de infracciones que son necesarias para que entren en juego los distintos límites, ya que para los límites absolutos se exigen como mínimo dos infracciones, mientras que para el límite relativo son necesarias un mínimo de cuatro. Por otra parte, causa efectos totalmente aleatorios, pues beneficia cuando las penas individuales son de idéntica gravedad y perjudica cuando las penas presentan diferente entidad<sup>81</sup>.

Para la aplicación de este límite, a diferencia de lo que sucede con los límites absolutos, se debe atender a las penas concretamente determinadas, entre las que ha de elegirse la más grave y multiplicarla por tres<sup>82</sup>.

#### **F).- Naturaleza jurídica del artículo 76**

---

<sup>79</sup> Por ejemplo: artículos 139, 140, 572, 605, 607 del Código penal de 1995. En este sentido también debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 70.3.1º.

<sup>80</sup> Cfr. MIR PUIG, en "Adiciones de Derecho español" al *Tratado de Derecho penal, Parte General* de JESCHECK, vol. II, 1981, pp. 1031-1033; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p. 423; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 234.

<sup>81</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 91-93; CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1997, p. 24.

También, la jurisprudencia venía exigiendo para la aplicación de este límite relativo, que las penas impuestas excedieran de tres. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio 1965 (A. 3622).

<sup>82</sup> Cfr. BALDOVA PASAMAR, en *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, 1996, p. 219, nota 65, quien propone que para determinar la pena más grave a la hora de aplicar el límite relativo del triplo lo dispuesto en el artículo 33.



A pesar de haberse corregido la redacción del artículo 76 sigue resultando cuestionable la naturaleza jurídica que ha de otorgarse a la cláusula por la que se dispone que se han de declarar extinguidas las penas que procedan desde que las ya impuestas cubran el máximo de tiempo que para el cumplimiento efectivo se establece en dicho precepto. Cuestión que repercute en el contenido de la sentencia en la que se condene por varios delitos en concurso real, y el efecto que dicha norma produce sobre las penas que excedan de los límites temporales legalmente previstos.

En cuanto al primero de ellos, tras la reforma del Código penal de 1944 que sustituyó la locución “dejar de imponérsele...” por la de “dejando de extinguir”<sup>83</sup>, se planteó la cuestión de si en el fallo de la sentencia por la que se condenara con penas que sobrepasasen los límites propios de la acumulación jurídica, debía o no, contener las penas excedentes a los mismos, generándose opiniones doctrinales encontradas.

La posición del Tribunal Supremo, basándose en lo dispuesto en el artículo 142. 4. 5. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>84</sup>, fue la de entender que en los supuestos de apreciación de concurso habría de imponerse todas las penas que correspondieran a las diversas infracciones para luego pasar a

---

<sup>83</sup> Sobre los precedentes de la redacción del antiguo artículo 70.2, vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, p.79. Más significativa fue la expresión “dejando de cumplir” utilizada por el Proyecto de Código penal de 1980 (art. 87.2º) y por la Propuesta de Código penal de 1983 (art. 71.1.2º). Por el contrario, el Proyecto de Código penal de 1992 (art. 71.1) reproducía la del Código de 1973.

<sup>84</sup> Dispone el artículo 142.4.5. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo siguiente: “Las sentencias se redactarán con sujeción a las reglas siguientes: Quinto. La cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables, pronunciándose por último el fallo, en el que se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se hubiere conocido en la causa, reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio para perpetrarlo o encubrirlo”.

declarar extinguidas las que sobrepasasen dichos límites <sup>85</sup>. Siendo este, también, el parecer de un importante sector de la doctrina <sup>86</sup>.

Sin embargo, Cuerda Riezu interpretando literalmente la locución “ya impuestas”, y en aras a conseguir una mayor seguridad jurídica, entendía que la misma se refería a las penas que entraban dentro de los límites, pero en cuanto a las que excedían de ellos, sólo indicaba el efecto de extinción que debía prevalecer sobre la cuestión penitenciaria del máximo de cumplimiento <sup>87</sup>.

Confirmaba esta postura la ubicación sistemática del antiguo artículo 70, incluido en el Capítulo IV, Título II del Libro I, dedicado a la “aplicación de las penas”, distinto del Capítulo V del mismo Título y Libro, que trataba de la “ejecución de las penas”, lo que para este autor suponía un reconocimiento de que los límites afectaban a la propia imposición de las sanciones <sup>88</sup>.

En lo que se refiere al artículo 76 del Código penal de 1995, este criterio sistemático ya no resulta indicativo de la naturaleza jurídica de dicha norma. En efecto, el nuevo texto legal carece de un capítulo dedicado en general a la ejecución de las penas y aunque el citado artículo se ubique entre las reglas especiales para la aplicación de las penas, lo cierto es, que en la

---

<sup>85</sup> En este sentido vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 7 de noviembre de 1949 (A. 1339); 22 de abril de 1950 (A. 650); 9 de junio de 1962 (A. 2644).

<sup>86</sup> Por ejemplo: FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, vol. I, 1947, p. 297; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena*, 1985, p.432; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 238; CALDERÓN CERESO, en *Unidad y pluralidad de delitos*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 169; Respecto al nuevo Código penal mantienen la necesidad de imponer todas las penas en sentencia: BALDOVA PASAMAR, *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español*, 1996, p. 220; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, p. 154; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena*, 1997, p. 144; DE LAMO RUBIO, *Penas y Medidas de seguridad en el nuevo Código*, 1997, p. 324; CONDE-PUMPIDO, *Código penal*, t. I, 1997, p. 1212.

<sup>87</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 79-85.

<sup>88</sup> Mantiene esta misma posición respecto al Código penal de 1995 en, *La Ley*, Diario nº 4204, 1997, pp. 1-4.

misma Sección, también se incluye una norma que afecta directamente a la ejecución de las penas, como lo es el artículo 78<sup>89</sup>.

Distinta es, también, la redacción del nuevo texto legal, que emplea la expresión “declarando extinguidas” aquellas penas que sobrepasen los límites temporales correspondientes a cada caso. Ciertamente, no es lo mismo “dejando de extinguir” según decía el Código penal anterior, que la locución “declarando extinguidas”, que obliga a hacer una declaración expresa en sentencia de la extinción de las penas excedentes.

No es una cuestión baladí el determinar si en el fallo de la sentencia deben o no aparecer todas las penas correspondientes a las infracciones objeto de enjuiciamiento, pues, ello resulta decisivo para determinar la naturaleza jurídica de la cláusula analizada: como causa de extinción de la pena o como causa de impunidad.

A este respecto, Polaino Navarrete formuló la llamada “teoría de la atipicidad de las sanciones penales excedentes”. Para este autor, de igual manera que en la teoría del delito el elemento de la atipicidad de un comportamiento, exime de responsabilidad penal a un sujeto por irrelevancia de su acción, en la teoría de las consecuencias penales, las penas que excedan de los límites legales tienen atribuido un valor insignificante cuya razón última radica en haber rebasado el marco máximo de tolerancia que los fundamentos preventivos del Derecho penal reconocen en un sistema positivo determinado. En definitiva, la Ley es la que declara la irrelevancia punitiva de las sanciones que trascienden los límites mencionados<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Vid. *supra*, Capítulo IV, 3.11.2.

<sup>90</sup> Cfr. POLAINO NAVARRETE, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 13, 1981, p. 85. Le sigue en este razonamiento: CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena*, 1997, p. 144.

Otros autores, y al margen de consideraciones dogmáticas, justifican en la intención del legislador de destacar el carácter ejecutivo de la limitación la necesidad de imponer en el fallo de la sentencia todas las penas <sup>91</sup>.

Y por su parte, Cuerda Riezu, y dado que para él en el fallo de la sentencia no deben figurar las penas excedentes tras la aplicación de los límites, otorga a esta cláusula la condición de causa de extinción de la responsabilidad, aunque como tal no apareciera recogida en el antiguo artículo 112 relativo a las causas de extinción de la responsabilidad penal, ni tampoco en el vigente texto legal <sup>92</sup>.

En mi opinión, la naturaleza jurídica de esta cláusula no puede ser más que entendida desde las propias características del sistema sancionador al que afecta.

En este sentido, entiendo que es necesario que en sentencia se impongan todas las penas correspondientes a las infracciones cometidas aun cuando por aplicación de los límites no sean objeto de cumplimiento. Y ello porque el artículo 76 lo que recoge es un sistema de acumulación limitada pero dependiente del sistema de acumulación pura, por el que las sanciones correspondientes a las diversas infracciones concurrentes siguen manteniendo su individualidad incluso tras la aplicación de los diferentes límites. Además no siempre resulta de aplicación, pero en cualquier caso para que sea aplicable es imprescindible que previamente lo haya sido el artículo 73. Por consiguiente, la acumulación mitigada, a pesar de iniciar su contenido con la expresión “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...” no creo que sea tanto una excepción como un complemento a lo dispuesto en el artículo 73, teniendo siempre un carácter subsidiario respecto de la acumulación pura, de tal suerte que para llegar a la misma es necesaria que la solución jurídica prevista para dichos casos sea la de la acumulación pura y no la de

---

<sup>91</sup> En este sentido: SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 238.

acumulación limitada, pues no en vano el artículo 76 constituye una norma complementaria al artículo 75, en donde se recoge simplemente una forma de cumplimiento del sistema de acumulación pura <sup>93</sup>.

Ya sea por razones de política-criminal, de justicia material o por razones de eficacia, lo cierto es que cuando se han de imponer una pluralidad de penas que no permitan un cumplimiento simultáneo, el acotar la ejecución de las mismas resulta necesario. Con ello no pretendo defender este régimen sancionador, pues participo con Cuerda Riezu en la necesidad de sustituir este sistema por otro que mejor se acomode a unos principios de justicia <sup>94</sup>, sino en hacer notar que dadas las características del sistema de acumulación material se necesita de unas normas que permitan su ejecución sin desatender a las finalidades de las penas y a las propias limitaciones de la vida humana.

Desde esta perspectiva, además, se remedia uno de los defectos denunciados del sistema acumulativo limitado. Para Cuerda Riezu, el sistema de acumulación mitigada conduce a la posibilidad de aplicar “porciones” de penas individuales, ya fuera por la aplicación del límite absoluto o del relativo. En efecto, esta consecuencia iba en contra de las reglas de determinación de la pena, pues, en la medida en que el juez al individualizar la cantidad de pena lo hacía dentro de los límites legales de cada infracción en concreto, la aplicación posterior de los límites desdibujaban incluso los marcos legales previstos en abstracto para un concreto delito <sup>95</sup>.

Por el contrario, si lo que se mantiene es la necesidad de imponer todas las penas de las infracciones concurrentes ya no se impondrán fracciones de pena, sino que sólo se cumplirán “porciones” de las mismas.

---

<sup>92</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concursos de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 80-81.

<sup>93</sup> Vid. *supra*, Capítulo X, 2.2.1.

<sup>94</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 95-96.

<sup>95</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 80-81.

Esta necesidad de imponer en sentencia todos y cada una de las penas correspondientes a los delitos cometidos también es una necesidad a la hora de poder fijar el límite relativo pues difícilmente quedaría justificada su aplicación si no se impusiese en sentencia todas y cada unas de las penas.

Por último, he de señalar que la seguridad jurídica no tiene por qué verse mermada con la posición aquí defendida, pues el que se exija que se impongan todas las penas no implica necesariamente que los Tribunales no apliquen en la misma el artículo 76, declarando, como así señala el precepto, extinguidas las penas que excedan desde que las inicialmente impuestas cubran el correspondiente límite. De esta forma, el condenado igualmente puede conocer con la lectura del texto de la sentencia no sólo las penas impuestas sino la cantidad de pena que habrá de cumplir. Otra cosa es que por falta de previsión legal la práctica haya conducido a que los Tribunales pospongan su aplicación a un momento posterior o simplemente se hagan referencia a dicho artículo en términos genéricos.

Ésta es sin duda la intención del legislador, e incluso va más allá pues llegó a proponer el relegar la aplicación de estos límites a un momento posterior a la sentencia y atribuirle al Juez de Vigilancia Penitenciaria la competencia para la aplicación de este artículo 76<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> En este sentido, cabe señalar que bajo la vigencia del Código penal de 1973 se aceptaba casi de forma unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que correspondía a los tribunales sentenciadores aplicar la norma prevista en el artículo 70.2. regla primera.

No obstante, desde la creación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria por la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, se produjo un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la cuestión de la competencia para efectuar la refundición de condenas en caso de que los hechos integrantes del concurso real no hubieran sido objeto de un enjuiciamiento unitario. Sin embargo, tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial seguían atribuyendo esta competencia a los juzgados y tribunales sentenciadores, por estimar que la refundición pertenecía al ámbito de la aplicación de la pena y no al ámbito de ejecución.

Sobre esta cuestión: RUIZ VADILLO, en *Poder Judicial*, nº 33, 1988, pp. 54-65; SALCEDO VELASCO, en *La ejecución de la sentencia penal, Cuadernos de*

---

*Derecho Judicial*, 1994, pp. 239-250; CALDERÓN CERREZO, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 173-175.

Vid. en este sentido, la Circular 1/1996, del Régimen transitorio del Código penal de 1995. (revisión de sentencias), en la que se dispone lo siguiente:

“a) El tratamiento del concurso real, introduciendo limitaciones al principio de acumulación material, es materia que, aunque juegue no en la imposición de las penas sino en su cumplimiento (a diferencia de lo que sucedía en los Códigos Penales históricos), pertenece al Derecho penal sustantivo (sentencias 4400/1994, de 27 de abril o 6000/1994, de 15 de abril). Se trata de una regla más de determinación de la pena”.

En la VI legislatura, se presentó un Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria por el que se le atribuía a los mismos la fijación del tiempo máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, con independencia de que los hechos fueran objeto de un enjuiciamiento unitario o hubieran sido condenados en distintas sentencias.

Señalaba el artículo 64 sobre la “Acumulación” del Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que: “1. Corresponde al Juez de Vigilancia penitenciaria fijar el cumplimiento máximo de las penas privativas de libertad, conforme a lo prevenido en el artículo 76 del Código penal, siguiéndose la tramitación prevista en el Capítulo III de la presente Ley.

2. Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de Ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Por su parte el artículo 5 sobre “Liquidación de condena” del mismo Proyecto señala que: “La Administración penitenciaria practicará liquidación de condena o refundición con otras causas que el penado se encontrase cumpliendo o estuviesen pendientes de cumplimiento. En la liquidación o refundición se determinará el día de extinción de dicha condena o condenas.

2.- La aprobación o rectificación de la liquidación o refundición corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

3. La resolución del Juez de Vigilancia Penitenciaria aprobando o rectificando la liquidación o refundición de condenas será notificada al penado y al Ministerio Fiscal y se participará al órgano sentenciador.”

En consecuencia, deroga este Proyecto el Libro séptimo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre “La ejecución de las sentencias”.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. VI Legislatura, Serie A, nº 41, de 29 de abril de 1997.

Las enmiendas que se presentaron a ambos preceptos fueron las siguientes:

A) al artículo 64:

Enmienda nº 118 del Grupo Socialista: De modificación. Se propone la siguiente redacción: Artículo 64. Fijación del límite máximo de cumplimiento. 2.- (...) se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 3. En la tramitación de las causas que se lleven a cabo en esta materia será preceptiva la intervención de Letrado, procediendo, si no lo tuviese, o no hiciese designación expresa el penado, a nombrársele a éste uno de oficio. Motivación: De conformidad a

### G).- Consecuencias penales de la extinción de las penas excedentes

---

la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las Sentencias 147/1988 y 130/1996”.

Enmienda nº 173 del grupo Parlamentario Catalán, a los efectos de suprimir el texto “o se deniegue su fijación” en el apartado 2 del artículo 64. Justificación: “Suprimir la referencia a la denegación toda vez que, el Juez tendrá que fijar siempre el tiempo máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad sin que en ningún caso pueda denegar su fijación”.

B) Para el artículo 5 se presentó las siguientes enmiendas:

Enmienda nº 84 del Grupo Socialista. “De modificación. Se propone la siguiente redacción: 1. La Administración penitenciaria practicará liquidación de condena o propuesta de acumulación jurídica con otras causas, en la que se incluirá todas las penas privativas de libertad impuestas que se estuvieren cumpliendo o se hallen pendientes de cumplimiento. En la liquidación o propuesta de acumulación se determinará el orden de cumplimiento conforme a los artículos 73 y 75 del Código Penal y el día de extinción de dicha condena. 2. La aprobación o rectificación de la liquidación o propuesta de acumulación corresponde al Juez de Vigilancia penitenciaria. 3. La resolución del Juez de Vigilancia penitenciaria aprobando o rectificando la liquidación o propuesta de acumulación de condenas será notificada al penado y al Ministerio Fiscal y se participará al órgano judicial sentenciador”.

Enmienda nº 1 del Grupo Parlamentario Coalición Canaria. De adición al apartado 2º del artículo 5: “2....previa audiencia del penado”. Justificación: “El trámite de liquidación de condena debe observar las exigencias derivadas del principio de contradicción, que informa la actividad jurisdiccional de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, de modo que estén previstas la audiencia e intervención del penado.”

En el mismo sentido que la anterior Enmienda nº 48 del grupo Federal IU-IC.

Y por último la Enmienda nº 140 del grupo Parlamentario Catalán, a los efectos de modificar el apartado 3 del artículo 5 en el siguiente sentido: “3. El Juez de Vigilancia Penitenciaria notificará al penado y al Ministerio Fiscal la resolución aprobando o rectificando la liquidación o refundición de condenas; asimismo, la pondrá en conocimiento del órgano sentenciador. En todo caso, contra la resolución que adopte el Juez de Vigilancia Penitenciaria se podrán interponer los recursos regulados en el Capítulo IX de la presente Ley”. Justificación: “Mejorar la redacción del primer inciso del artículo que se enmienda y especificar la recurribilidad de las resoluciones del juez de Vigilancia Penitenciaria aprobando o rectificando la liquidación o refundición de condenas, con objeto de incrementar la protección de los derechos de los penados.”

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI legislatura. Proyectos de Ley. Serie A, nº 41-10, de 3 de octubre de 1997.

Disueltas las Cortes Generales este Proyecto ha caído en el vacío, pero de haber prosperado la cuestión aquí debatida carecería de interés en la medida en que se estaría reconociendo de *lege lata* que la imposición de los límites al cumplimiento de las penas privativas de libertad sería una norma de ejecución cuya aplicación no correspondería ni siquiera al tribunal sentenciador que conociera de todos los hechos en concurso real, el cual se habría de limitar exclusivamente a imponer en el fallo de la sentencia las penas correspondientes a las infracciones concurrentes.



De la calificación de esta cláusula como causa de impunidad o de extinción de la responsabilidad penal o simplemente como un sistema corrector del principio de acumulación material, se derivan importantes consecuencias sobre cuestiones tales como la forma de cumplimiento de las penas accesorias y medidas de seguridad que acompañen a la pena principal; sobre los efectos de la circunstancia agravante de reincidencia; consecuencias para la suspensión de la condena y la libertad condicional; o sobre el concepto de reo habitual, y en especial para el cumplimiento efectivo de la condena que regula el actual artículo 78 o incluso para la clasificación del penado.

a) Las penas accesorias y medidas de seguridad que acompañan a una pena principal

En efecto, si los límites no se conciben como causa de extinción, resaltaba Cuerda, el absurdo al que conduciría el que los Tribunales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 del Código penal de 1973, (hoy artículo 79), tuvieran que imponer las penas accesorias de las penas principales excedidas, teniendo entonces éstas que cumplirse pues, para ellas no se establecen límites. Por el contrario, de no imponerse la pena principal no habría lugar a la accesoria. Y lo mismo sucedería con las medidas de seguridad<sup>97</sup>.

Sin embargo, en mi opinión si las penas accesorias han de correr la misma suerte que las principales, máxime si se considera que su cumplimiento ha de ser simultáneo, no existe inconveniente en entender que si las penas

---

<sup>97</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 86-87.

principales no se han de cumplir tampoco habrán de hacerlo las accesorias que las acompañen precisamente por su carácter accesorio a la pena principal.

b) La agravante de reincidencia

La imposición de todas las penas aunque luego no se cumplan podrá originar posteriormente la circunstancia agravante de reincidencia. La aplicación de esta agravante requiere, según el texto legal, que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente, es decir, que se la haya impuesto una pena en sentencia firme (artículo 10.15 del Código penal de 1973 y con idéntico sentido artículo 22.8 del Código penal de 1995)<sup>98</sup>. Por consiguiente, aunque se imponga una pena que luego no se cumpla, será de apreciación este requisito para su aplicación.

Para Cuerda Riezu esta consecuencia no es la que se derivaba de la regla segunda del antiguo artículo 70 del Código penal de 1973 que exigía no imponer las penas que excediesen de los límites legalmente previstos, de tal suerte que si no se han impuesto no hay condena y en consecuencia no cabría la reincidencia, tal y como ocurría con otras causas de extinción, como la prescripción del delito, el perdón del ofendido o con la amnistía, que tampoco daban lugar a esta agravante<sup>99</sup>.

En mi opinión, la prescripción del delito y el perdón del ofendido anterior a la condena no pueden por su propia esencia llegar a tener el mismo efecto que la aplicación de los límites previstos en el artículo 76.

En efecto, tanto en el caso de la prescripción del delito como en el del perdón del ofendido con anterioridad a la sentencia no se llegará a una condena que fundamente la reincidencia. En el primer caso, porque aunque cometido el

---

<sup>98</sup> Vid sobre el particular: MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*, 1974, pp. 302-308.

<sup>99</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 82-83.

delito, el transcurso del tiempo obliga al Estado a renunciar ejercer su *ius puniendi*. Y en el segundo supuesto, porque dada su aplicación exclusiva en los delitos perseguibles a instancia de parte, el interés del particular resulta prioritario al *ius puniendi* del Estado.

Por el contrario, cuando se trata de la aplicación del artículo 76, la facultad de sancionar del Estado queda reconocida en el artículo 73, que obliga a imponer todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, y el artículo 76 sólo viene a remediar las consecuencias que para su aplicación práctica y finalidades constitucionales de la pena se derivan de dicho precepto.

### c) La suspensión de la condena

La actual suspensión de la condena exige para su concesión, entre otros, el requisito de que la pena o penas impuestas o la suma de las impuestas no sea superior a dos años de privación de libertad (art. 81.2<sup>a</sup>)<sup>100</sup>.

Al considerar que la norma contenida en el artículo 76 no es una causa de extinción, se habrán de tener en cuenta para el cómputo de los dos años que faculta la suspensión de la condena tanto las penas que se han de cumplir como

---

<sup>100</sup> Para la concesión de la suspensión condicional se exige como primer requisito que el condenado haya delinquido por primera vez (art. 81.1<sup>o</sup>), cuestión que puede plantear problemas cuando de un concurso real se trate, pues habrá de dilucidarse si dicha decisión debe afectar a todos los delitos cometidos o tan sólo al primero de ellos. Sin embargo, el análisis aquí efectuado sobre el principio de acumulación material y limitada o mitigada se refiere exclusivamente a cuando éstos han de ser impuesto con carácter subsidiario al de absorción agravada, como sistemas sancionadores del concurso ideal. Por tanto, como el origen de la aplicación de una pluralidad de sanciones se sitúa en una pluralidad de infracciones cometidas en unidad de acción no cabe cuestionarse cuál de las mismas se ha cometido en primer lugar, y en consecuencia la suspensión condicional afectará por igual a todas las infracciones sancionadas.

las que por excedidas se declaren extinguidas, pues todas ellas fueron impuestas en sentencia.

La última reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre parece estar en esta línea pues al modificar el artículo 80.1 <sup>101</sup>, el nuevo legislador exige que la decisión sobre la concesión de la suspensión de la condena se sustente no sólo en la peligrosidad criminal del sujeto, como en la redacción anterior, sino que también se tengan en cuenta la existencia de otros procedimientos penales en los que el sujeto se pudiera ver incurso a fin de que no se otorgue este beneficio por razones de naturaleza puramente procesal. Con esta misma finalidad el artículo 81.2º se ha visto modificado al suprimirse de su redacción la necesidad de que el cómputo de los dos años lo fuera por la suma de las penas impuestas en una misma sentencia.

De esta forma el legislador lo que pretende es que a través de esta posible gracia que se concede al sujeto para supuestos de escasa gravedad y en los que el cumplimiento de la condena no sea necesario a juicio de los jueces y tribunales sentenciadores no se vean favorecidos por la puerta de atrás otros sujetos o casos que no resulten merecedores de tal beneficio.

Pues bien igual ocurre con los casos en los que se apliquen los límites del artículo 76 pues, su finalidad se reduce exclusivamente a corregir en cierta medida los excesos punitivos a los que se llega en ocasiones con el sistema de acumulación de penas, a través de limitar el cumplimiento. Si se le otorga otra naturaleza que vaya más del cumplimiento de las penas se faculta que a través del mismo se obtenga por una puerta falsa beneficios carentes de razones que los justifiquen. Si se aplican los límites del artículo 76 y determinadas penas dejan de cumplirse pero además las que hubieran de hacerlo se pudieran ver beneficiadas por ejemplo por la institución de suspensión de la ejecución de la

---

<sup>101</sup> Dispone el actual artículo 80.1 lo siguiente: “1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal

condena por no superar el plazo de los dos años entonces los efectos del artículo 76 serían muy superiores a los que se les atribuye por el legislador. No obstante, en la concesión de la suspensión de la condena no sólo se ha tener en cuenta el plazo de las penas impuestas y por ello difícilmente un tribunal concedería este beneficio de haberse aplicado previamente los límites del artículo 76.

En cualquier caso, si se consideran los límites del artículo 76 como una causa de extinción de las penas que no se hayan de cumplir, como señalaba Cuerda, lo que se está haciendo es transformar no sólo el sistema de acumulación jurídica sino también el de acumulación pura en un nueva institución distinta a un sistema sancionador y para lo que existen razones ni legales ni de fondo que lo justifiquen. El considerar el artículo 76 como una causa de extinción de las penas reconvertiría al sistema de acumulación pura en uno de los sistemas sancionadores probablemente más benigno pero cuya aplicación sin embargo estaría previsto para los supuestos más graves.

#### d) La libertad condicional

Con carácter general establece el artículo 90.1. b) del Código penal <sup>102</sup> que para obtener la libertad condicional se ha de haber extinguido las tres

---

del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra él”.

<sup>102</sup> La Ley 7/2003 de 30 de junio ha dado una nueva redacción a este artículo, que señala lo siguiente: “Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quines concurran las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado penitenciario.
- b) Que se haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que se haya observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la ley orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo v del título XXII del Libro II de este Código, o por

cuartas partes de la condena impuesta, y con carácter excepcional, las dos terceras partes de su condena, o el adelantamiento de la misma previsto en el artículo 91 <sup>103</sup>.

En este caso, el cómputo para obtener la libertad condicional debe ir referido exclusivamente a aquellas penas que hayan de ser objeto de cumplimiento, pues si la libertad condicional es la última fase de la ejecución

---

delitos cometidos en el seno de las organizaciones criminales se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos del delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que le rodean y su colaboración con las autoridades.

2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.”

<sup>103</sup> El artículo 91 del código penal también ha sido modificado por la Ley 7/2003 en los siguientes términos: “Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales, o ocupacionales.

2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que

penal sólo se podrá aplicar respecto a aquellas penas que pasen a la fase de ejecución <sup>104</sup>.

No obstante, existe un régimen especial impuesto en el artículo 78 del que más adelante nos ocuparemos, y que requiere para poder obtener la libertad condicional tener en cuenta, a efectos de computo del tiempo transcurrido en prisión, no sólo la duración total de la pena a cumplir, sino de la totalidad de las penas impuestas, lo que en consecuencia es un reconocimiento del legislador de la obligación del juzgador a imponer en sentencia todas y cada una de las penas de los delitos en los que se haya incurrido, y que la declaración de extinción de las mismas no sea real, pues seguirán desplegando efectos a fin de determinar el momento de alcanzar la libertad condicional. Si se tratase de una causa de extinción de las penas, las impuestas pero declaradas extinguidas no podrían ser tenidas en cuenta en estos los supuestos especiales ya que las mismas no podrían producir ningún efecto después de su extinción, cosa que sí hacen cuando es de aplicación el régimen especial previsto en el artículo 78.

e) La clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario

Una de las novedades introducidas en el Código penal por la Ley 7/2003 de 30 de junio afecta directamente a la clasificación de los condenados en el tercer grado. El artículo 36, tras definir la nueva pena de prisión, remite a lo dispuesto en el Código y en las leyes especiales, la regulación de su cumplimiento. En este sentido, su nuevo párrafo segundo señala que: “Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no podrá

---

acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”.

<sup>104</sup> También en este sentido: SÁNCHEZ YLLERA, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 512.

efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable a la reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II de este Código o cometidos en el seno de las organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Este nuevo precepto lo que pretende es introducir en nuestro ordenamiento el conocido en otros derechos europeos como “período de seguridad”, el cual, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta.

Según se señala por la Exposición de Motivos de la referida ley de reforma, esta especialidad en cuanto a la obtención del tercer grado penitenciario tiene su origen en las propuestas elevadas por la comisión técnica creada para el estudio de la reforma del sistema de penas, que consideraba necesaria la introducción en el ámbito del Código penal una regla de esta naturaleza, ya que a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no debía hacerse desconectadas de la legislación penitenciaria. Es decir, se pretende que la pena fijada en la sentencia no resulte muy distante de la efectivamente cumplida por efecto de la aplicación del sistema de grados, permisos, régimen abierto y concesión de la libertad condicional.

Esta norma, lógicamente, y aún cuando no se encuentre recogida en el capítulo dedicado a la aplicación de las penas y más concretamente a las reglas especiales previstas para los concursos, afectará tanto cuando de un solo delito se trate como cuando se dé una concurrencia de delitos, pues en el texto de la ley se habla de que la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a



cinco años, sin especificar que la misma provenga de un solo o de varios delitos y ya sea por aplicación de un principio de absorción, de absorción agravada, de acumulación material o mitigada.

Teniendo en cuenta que la pena de prisión que se establece por este Código es única y de que se trata de un régimen excepcional, el mismo debe ser de aplicación tanto a los casos de concurrencia delictiva como a los supuestos de unidad de delito sino se quiere incurrir en un agravio comparativo perjudicial para el reo de un solo delito grave frente al que hubiera cometido una pluralidad de ellos ya fuera en concurso ideal, medial o real.

Ciertamente que esta norma se ha de situar en el contexto de la reforma que trata de hacer efectivo el cumplimiento de las penas que se impongan en sentencia con pretensiones idénticas a las que se prevén en el artículo 78, sin embargo su ubicación sistemática en el Código no ha sido la más acertada, ya que este artículo 36 se encuentra recogido en el Capítulo I del título III dedicado a definir las penas, sus clases y efectos, y en realidad la norma aquí analizada afecta al cumplimiento de la misma y no a su naturaleza o efectos. Dado que el artículo 78 tampoco es realmente una regla de determinación de la pena, y que lo previsto en el artículo 76 también atiende más al cumplimiento de las penas que a su fijación, hubiera sido conveniente que el legislador hubiera creado un capítulo distinto en el título dedicado a las penas, en concreto entre las reglas de determinación de la pena y las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, que recogiese estos preceptos atinentes al cumplimiento de las penas.

En esta norma se exige que para poder ser el condenado clasificado en el tercer grado de tratamiento penitenciario, cuando la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años, debe haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Por un lado, cabe cuestionarse en caso de pluralidad delictiva, si el presupuesto de haber sido condenado por una pena de prisión superior a cinco años se refiere a la suma correspondiente a todas las penas impuestas en

sentencia o a la que resulte de aplicar el artículo 76, y por otro lado, si la necesidad de tener cumplida la mitad de la pena impuesta hace referencia a la mitad de la totalidad de las penas impuestas en sentencia o a la mitad de la que efectivamente se ha de cumplir por aplicación del artículo 76.

Antes de entrar a responder a estas cuestiones es necesario señalar que si la concurrencia ideal se ha sancionado a través del principio de absorción agravada como la pena resultante es única la duración a la que se habrá de atender para la aplicación de la referida norma será ésta.

Igualmente se he de hacer notar que cuando el texto se refiere al haber sido condenado con una pena de prisión superior a cinco años se está aludiendo a la pena en concreto tras la correspondiente individualización legal y judicial de la pena y no a la señalada por la ley para el delito o delitos concurrentes, como hacía el artículo 76 al establecer los límites absolutos excepcionales.

Partiendo de estas consideraciones, y en lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas de si el presupuesto para la aplicación de este sistema excepcional, consistente en haber sido condenado con una pena de prisión superior a cinco años se refiere a la suma de las correspondientes penas impuestas en sentencia o a la duración que resulte de la aplicación del artículo 76 <sup>105</sup>, creo que ha de estarse a la que resulte de la aplicación de esta última ya que en realidad es la pena que se ha de cumplir efectivamente y la clasificación en el tercer grado es sólo una forma de este cumplimiento. No obstante, como se trata de una norma excepcional y prevista fuera de las reglas de determinación de la pena mucho me temo que en la práctica la que se tenga en cuenta para su aplicación sea la totalidad de las penas impuestas en sentencia antes de la aplicación de los correspondientes límites.

---

<sup>105</sup> Piénsese en un supuesto en el que un sujeto viniera condenado por seis delitos a la pena de un año cada uno, el total de la pena impuesta en sentencia sería de seis años y por tanto se daría el presupuesto para la aplicación del precepto, mientras que tras la aplicación de los límites del artículo 76, en concreto el límite relativo, este sujeto sólo debería cumplir tres años, en cuyo caso el régimen excepcional para la obtención del tercer grado penitenciario no debería ser de aplicación.

En lo atinente a la segunda de las cuestiones planteadas, esto es, si la necesidad de tener cumplida la mitad de la pena impuesta hace referencia a la mitad de la totalidad de las penas impuestas en sentencia o a la mitad de la que efectivamente se ha de cumplir por aplicación del artículo 76, creo igualmente que debe atenderse a esta última pues es la que efectivamente se va a cumplir, de lo contrario se estaría retrasando aún más la consecución de este tercer grado penitenciario, que ya no sólo no sería independiente de la duración de la pena como ocurre en el régimen general sino que además dependería de que el condenado hubiese cumplido más de la mitad de la pena que efectivamente hubiera de cumplir.

f) La aplicabilidad del artículo 78

La posible aplicación del artículo 78 constituye otro de los efectos que se derivan de entender que las penas sobrantes deban o no ser impuestas en sentencia. Conforme a la posición mantenida por Cuerda Riezu le ha llevado a manifestar la inaplicabilidad del artículo 78 por no poder darse nunca el presupuesto de aplicación previsto en el mismo. Dado que esta cuestión afecta de lleno al análisis del artículo 78 dejo su estudio para un momento posterior<sup>106</sup>.

g) El concepto de reo habitual

El Código penal de 1995 define normativamente el concepto de reo habitual a fin de conceder la suspensión de la ejecución en casos de drogadicción y alcoholismo, y sustitución de las penas. En este sentido señala el artículo 94 que son reos habituales los que hubieran cometido tres o más

---

<sup>106</sup> Vid. *infra*, Capítulo XI, 3.4.

delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y haya sido condenado por ello.

Por la misma razón literal que en el caso de la circunstancia agravante de reincidencia, en la medida en que un sujeto hubiera sido condenado en sentencia firme por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, cometidos en un plazo no superior a cinco años, y aún cuando por aplicación de los límites no hubiera de cumplir alguna de ellas, será considerado como reo habitual. En efecto, el precepto exige haber cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo y haber sido condenado por ello, pero no exige que las penas se hubieran de haber cumplido.

A otra solución bien diferente se llegaría de entender que las penas excedentes no se hubieran impuesto, porque, entonces, al no existir condena, aún cuando se hubieran cometido dichos delitos no podría apreciarse la habitualidad del delincuente.

#### **H).- El término “efectivo” del artículo 76**

El máximo de cumplimiento “efectivo” que resulte de la aplicación de los límites del artículo 76 no significa que el penado deba permanecer en prisión hasta agotar dichos límites, sino que con ello se hace referencia al tiempo real del que debe partirse para su ejecución, de tal forma que, en principio y salvo lo dispuesto en el artículo 78, los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para obtener la libertad condicional deberán calcularse sobre el período de cumplimiento que se comprende dentro de los límites impuestos por el artículo 76.

Como señala Choclán Montalvo ésta es la única conclusión a la que se puede llegar desde una interpretación sistemática de los artículos 76 y 78. Si el artículo 78 excepciona lo previsto en el artículo 76, en el sentido de referir los

beneficios penitenciarios y la libertad condicional a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia, aunque posteriormente se hayan declarado extinguidas alguna o algunas por aplicación del artículo 76, es claro, que aquéllos deberán referirse al período limitado tras la aplicación de lo dispuesto por el artículo 76, de modo que sólo cuando no se otorgue ningún beneficio que conlleve acortamiento de condena durante su ejecución, el reo cumplirá efectivamente el tiempo del triplo de la pena más grave o el período de veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años completos, según los casos <sup>107</sup>.

No obstante, bajo la vigencia del Código penal anterior se planteó la cuestión de cómo debían operar los límites en el cumplimiento de las penas acumuladas o refundidas. La cuestión se centró en determinar si con la aplicación de la acumulación mitigada surgía una nueva pena única, cuantitativa y cualitativamente diferente a las acumuladas, o por el contrario, las mismas conservaban su individualidad otorgando a los límites la mera condición de topes temporales de cumplimiento <sup>108</sup>. Según la interpretación que se siguiera las consecuencias para el cumplimiento de las penas acumuladas eran bien distintas.

Así, si se aceptaba la novación se entendía que los beneficios penitenciarios operarían sobre el tope máximo, de treinta años por ejemplo, de manera que el cumplimiento efectivo pudiera quedar posteriormente reducido tras la aplicación de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional o la redención de penas por el trabajo <sup>109</sup>; mientras que si se sostenía la segunda

---

<sup>107</sup> Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 61, 1997, p. 23. Del mismo autor, *Individualización judicial de la pena*, 1997, p. 148. En el mismo sentido, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, pp. 174-175.

<sup>108</sup> Sobre el planteamiento de esta cuestión: CALDERÓN CEREZO, en *Unidad y Pluralidad de delitos*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 178-180.

<sup>109</sup> En este sentido, vid. Consulta 3/1993-bis de 9 de diciembre de la Fiscalía General del Estado (vid. su texto en *ADPCP*, 1994, pp. 240-249). En el mismo sentido, la Circular 1/1996, del Régimen transitorio del Código penal de 1995, (revisión de sentencias), dispone: “c) Como ya se razonaba en la Consulta de 3 bis/1993 de 9 de diciembre, de esta Fiscalía General, en el artículo 70 del Código Penal el cómputo del

teoría, en este caso o bien los beneficios operarían sobre la totalidad de las penas impuestas antes de la liquidación de condena o del Auto de acumulación, o bien, sobre la pena resultante, pero con la particularidad de que el reo seguiría cumpliendo, mientras quedasen penas excedidas que alcanzasen los treinta años efectivos que sería el tope de cumplimiento real.

La postura mantenida de que con lo previsto en el antiguo artículo 70.2 se creaba una pena global distinta a las penas asignadas por la ley a cada infracción en particular “como reacción unificada ante una pluralidad de actos criminales”, no era más que un intento de transformar el sistema de acumulación mitigada o limitada en otro sistema sancionador diferente. Sin embargo, para ello no existía ninguna base legal, por mucho que se quisiera justificar sobre la base de lo previsto en el antiguo artículo 59 c) del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981 <sup>110</sup>. En efecto, la norma

---

triplo de la pena más grave o de 30 años *es un cómputo jurídico y no de cumplimiento efectivo como sucede en el artículo 76 del nuevo Código*. De ahí que cuando las penas se refunden en aplicación del artículo 70.2ª del Código Penal “se produce, en palabras de la referida Consulta, no sólo un cambio cuantitativo, sino una modificación cualitativa, una novación de las penas singulares asignadas por ley a cada uno de los ilícitos enjuiciados por una pena global de distinta duración a la adición de las anteriores y cuya definitiva conformación es tarea judicial. Se trata pues, de una reacción unificada ante una pluralidad de actos criminales”. En esta dirección apunta la más reciente jurisprudencia buscando cierto parangón con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (sentencia 936/1995, de 3 de noviembre: “...no debe buscarse una refundición, sino más bien la fijación o determinación de una única pena que no sólo absorbe la totalidad de las sanciones impuestas y a ella accede el Tribunal tomando en consideración las concurrentes condiciones en los diferentes delitos y la personalidad del sujeto, así como otras variadas circunstancias para conseguir así una punición correlativa y adecuada a la culpabilidad en una debida proporción y con la mira puesta en su resocialización.”

(vid. MARCHENA GÓMEZ, *Código penal de 1995*, 1997, pp. 627-646).

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994 (A. 1864).

<sup>110</sup> El artículo 59 c) del Reglamento penitenciario de 8 de mayo de 1981 disponía que: “Para el cómputo de las tres cuartas partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: c) cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a los efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de

penitenciaria sólo afectaba al cómputo para la concesión de la libertad condicional, esto es, a la ejecución de las penas.

Como ya indicamos, el sistema de acumulación limitada no se constituye como un sistema distinto del de acumulación pura, del mismo no se genera una nueva pena como sucede, por ejemplo, con la exasperación o con la pena global prevista por el ordenamiento alemán para el concurso real, sistema este último en el que parecía estar pensándose, sino que se imponen todas las penas individuales que corresponden a las distintas infracciones concurrentes aunque el cumplimiento de las mismas quede limitado por unos topes legalmente establecidos <sup>111</sup>.

En mi opinión, la consecuencia a la que se llegaba desde esta postura no necesitaba afirmar que la pena resultante de la aplicación de los límites daba lugar a una nueva pena distinta a las de las infracciones concurrentes, aunque su aplicación correspondiera al juzgador y fuera en fase de individualización cuando hubieran de ser aplicados <sup>112</sup>. Cuando los límites temporales de la acumulación limitada resultan de aplicación, sólo se determina la magnitud sobre la que debe actuar la ejecución penitenciaria, manteniendo cada pena su individualidad y sin que las penas excedentes puedan resurgir después de haber sido declarada su extinción. No obstante, el artículo 78 sí que parece otorgárselos, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

---

indulto se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarla de la suma total”.

<sup>111</sup> Mantienen la individualidad de las penas del sistema de acumulación limitada, pero sin reconocer que las extinguidas puedan resucitar para el cómputo de los límites: CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 62 y 85, respecto al Código penal de 1973. Para este autor, como ya hemos visto, las penas excedentes ni siquiera se habrían impuesto en sentencia por lo que difícilmente podrían luego resurgir para cubrir los límites de la acumulación limitada. También, CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena*, 1997, pp. 148-149, en relación con el nuevo Código penal.

<sup>112</sup> Según se señalaba en la Consulta nº 3/1989 de 12 de mayo, de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Vid. su texto, en *ADPCP*, 1989, pp. 721-729.

La inclusión del término “efectivo” en el artículo 76 del nuevo Código penal disipa toda duda respecto a la cuestión debatida, y confirma que los límites en él previstos fijan el tiempo real del que ha de partirse para la ejecución, sin que con ello se llegue a crear una nueva pena global.

### **3.3.- El concurso posterior**

Los límites al cumplimiento de la condena previstos en el artículo 76 del Código penal no sólo resultan de aplicación en los casos en los que la pluralidad de delitos imputados a un mismo individuo sean objeto de un enjuiciamiento unitario, sino también cuando pudiendo haber sido enjuiciado en uno solo por haberse cometido todos ellos antes de una sentencia condenatoria firme, sin embargo por circunstancias ajenas al sujeto, lo sean en diversos procedimientos. Estamos, entonces, en lo que se conoce como “concurso posterior o adicional”, que como indica Sanz Morán puede resolverse en dos momentos procesales <sup>113</sup>:

1.- En un primer estadio, esto es, todavía en fase de enjuiciamiento, cuando tras una sentencia firme se viene a juzgar a una persona por un delito cometido con anterioridad a aquélla y que hubiera podido ser juzgado entonces. Para esta fase, y según el sistema sancionador adaptado para el concurso real, los ordenamientos pueden prever, o bien que el Juez o Tribunal que en esos momentos conoce cree una nueva pena global, conjugando la ya impuesta y la que correspondería en dicho procedimiento <sup>114</sup>, o simplemente sancionar con una pena adicional que complete las ya impuestas conforme a las

---

<sup>113</sup> Cfr. SANZ MORÁN, en *Revista Jurídica de Asturias*, nº 18, 1994, pp. 1-3.

<sup>114</sup> En este sentido, el § 55 del StGB alemán, dispone que: “Los §§ 53 y 54 serán también de aplicación, caso de sentencia firme, antes de que se haya cumplido la pena,



reglas de determinación de la pena de los concursos, a fin de respetar el carácter firme de la sentencia precedente <sup>115</sup>.

2.- O bien, ya en fase de ejecución, correspondería al Juez o Tribunal que hubiera conocido de la última sentencia o al Juez de Vigilancia Penitenciaria, según resulten competentes, aplicar las reglas de concurso a todos los delitos que hubieran podido conocerse de manera conjunta <sup>116</sup>.

---

esté prescrita o indultada, cuando hayan sido sentenciados otros delitos, cometidos con anterioridad a la sentencia.”

<sup>115</sup> Así por ejemplo, el § 31 del Código penal austríaco de 1974, sobre “Determinación de la pena en una sentencia posterior”, dispone que: “1. Si aquél a quien se ha impuesto una pena por otro hecho que al tiempo de su comisión, hubiera debido ser juzgado en el proceso anterior, procede imponer una pena adicional. Esta pena no puede exceder del máximo de la pena correspondiente al hecho que se enjuicia. La suma de las penas no puede exceder a la que correspondería por la aplicación de las reglas relativas al concurso de acciones punibles y al cómputo de cuantías y daños.

2. Una condena anterior por un Tribunal nacional se equipara a la de otro extranjero, aunque no concurren los presupuestos del § 73.”

Igualmente, aunque de un modo más genérico, el artículo 68 del Código penal suizo de 1937 señala que: “Si el juez debe imponer una condena por una infracción penada con pena privativa de libertad que el delincuente haya cometido antes de haber sido condenado por otra infracción, penada igualmente con pena privativa de libertad, fijará la pena de tal manera que el delito no sea castigado más severamente que si las diversas infracciones hubieran sido objeto de un mismo procedimiento.”

Vid. sobre el concurso de ejecución en el ordenamiento suizo, SANZ MORÁN, en *Revista jurídica de Asturias*, nº 18, 1994, p. 15.

<sup>116</sup> Por ejemplo, en el derecho penal alemán se contempla la primera de las modalidades ya señalada en el § 55 del StGB y en el § 460 StPO el denominado “concurso de ejecución”. Así prevé este último que para aquellos casos en los que habiendo sido condenado en varias sentencias ejecutorias a distintas penas omitiendo las reglas del § 55 del StGB, se procederá mediante providencia a crear una nueva pena global. El procedimiento para la formación de la misma se encuentra regulado en el § 462 de la norma procesal.

También en el Código penal suizo se recoge la modalidad de concurso posterior en vía de ejecución. En concreto el artículo 350.2 indica que si alguien ha sido condenado a diversas penas privativas de libertad por distintos Tribunales, en oposición a las normas del artículo 68 referentes al concurso de delitos, el juez que haya pronunciado la pena más severa determinará, a instancia del condenado, una pena global.

En el mismo sentido, el artículo 80 del Código penal italiano dispone que: “Las disposiciones de los artículos precedentes también serán de aplicación en los casos en que, después de una sentencia o de un decreto de condena, se deba juzgar a la misma persona por otro delito cometido anterior o posteriormente a la misma condena,

Estas dos posibilidades resultan absolutamente compatibles, si bien, la última expuesta guarda una relación subsidiaria respecto a la primera.

### **3.3.1.- El concurso posterior en el ordenamiento jurídico español**

En España, la problemática del concurso posterior se remonta a una interpretación jurisprudencial de los artículos 17 y 300 de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, y que ante la falta de una normativa sustantiva sobre el particular, vino a establecer que los límites al sistema de acumulación material sólo serían de aplicación cuando los delitos concurrentes

---

o bien cuando contra la misma persona se deba ejecutar varias sentencias o varios decretos de condena.”

Por su parte, el artículo 663.1 del Codice di procedura penale, de 22 de septiembre de 1988 establece que: “cuando la misma persona ha sido condenada en varias sentencias o decretos por delitos diversos, el Ministerio público determinará la pena a cumplir en observancia de las normas sobre el concurso de penas”. Y para el concurso ideal y el delito continuado señala el artículo 672.1 del mismo cuerpo legal que: en caso de varias sentencias o decretos penales firmes pronunciados en procedimientos distintos contra la misma persona, el condenado o el Ministerio público podrán requerir del juez encargado de la ejecución la aplicación de las normas del concurso ideal o del delito continuado siempre que las mismas no hayan sido excluidas por el juez sentenciador.

También, el Código penal francés de 1994 señala en su artículo 132.4 que: “Cuando con ocasión de procedimientos separados el procesado ha sido declarado culpable de varias infracciones en concurso, las penas impuestas se ejecutarán cumulativamente con el límite del máximo legal más elevado. Sin embargo, la refundición total o parcial de las penas de la misma naturaleza podrá ser ordenada bien por la última jurisdicción llamada a sentenciar o bien según los requisitos previstos por la Ley de procedimiento penal.”

El Artículo 78 del Código penal portugués de 1995 establece que: “1.- Si después de una condena firme, pero antes de que la respectiva pena estuviere cumplida, prescrita o extinguida, se demostrara que el agente cometió anteriormente a aquella condena, otro u otros crímenes, serán de aplicación las reglas del artículo anterior.

2.- Lo dispuesto en el número anterior también será aplicable en el caso en que todos los crímenes hubieran sido objeto de procedimientos diferentes.

3.- Las penas accesorias y las medidas de seguridad aplicadas en sentencias anteriores se mantendrán, salvo que se mostraran innecesarias en vista a la nueva decisión, si fueran aplicables a las penas por los crímenes que falten por apreciar, sólo serán impuestas si también fueran necesarias a la vista de la decisión anterior.”

fueran juzgados en un mismo proceso conforme a la conexión procesal que exigía el último de los artículos citados <sup>117</sup>.

No obstante, un importante sector de la doctrina se manifestó en contra de esta interpretación jurisprudencial porque con ella se creaba una confusión entre lo que debía ser la conexión delictiva que preveía el artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los supuestos concursales desde su perspectiva sustantiva <sup>118</sup>.

A consecuencia de dichas críticas y con la loable intención de extender los efectos de la acumulación más allá de la aplicación restrictiva que en la

---

<sup>117</sup> Así, el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que: “Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso.”

Y por su parte, el artículo 17 del mismo cuerpo legal dispone que: “Considéranse delitos conexos: 1º.- Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunida, siempre que estas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2º.- Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempo si hubiera precedido concierto para ello. 3º.- Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4º.- Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5º.- Los diversos delitos que se imputen a un procesado al incoarse contra el mismo causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces objeto de procedimiento.”

Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 12 de diciembre de 1884 (J.C. 910), 23 de mayo de 1888 (J.C. 428), 8 de abril de 1903 (J.C. 188). En sentido contrario cabe destacar las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 14 de noviembre de 1881 (J.C. 6228), 18 de febrero de 1882 (J.C. 6386), 24 de mayo de 1882 (J.C. 6540). Acerca de la posición jurisprudencial y doctrinal anterior a la reforma de 1967, vid. SALCEDO VELASCO, en *La ejecución de la sentencia penal, Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, pp. 209- 219.

<sup>118</sup> En este sentido, GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, 2ª ed., 1902, p. 407, quien manifestó que: “el hecho de que entiendan diversos jueces o uno solo de la comprobación y del castigo de los delitos cometidos, no influye en la índole propia de los hechos realizados, no puede modificar su naturaleza, no puede en razón ni en justicia, ser causa de aumento ni de disminución de pena”. E igualmente: FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. II, 1947, p. 291; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, t. I, 1949, pp. 474-475; RUIZ VADILLO, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 695, 1966, p. 17; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 1966, p. 375.

práctica hacían los Tribunales, se dictó la Ley de 8 de abril de 1967<sup>119</sup>, por la que se reformaba el número 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>120</sup>, y se introducían dos normas; una, un segundo párrafo a la regla 2º del artículo 70 del Código penal de 1944<sup>121</sup>, y otra, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que se regulaba el procedimiento a seguir para la aplicación en vía ejecutiva de los mencionados límites (artículo 988.3)<sup>122</sup>.

La posibilidad de que los límites pudieran ser también de aplicación aun cuando las penas procedieran de distintos procesos conseguía abrir un poco el estrecho margen que hasta entonces había permitido la jurisprudencia.

---

<sup>119</sup> Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 11 de abril de 1967, (RCL 1967, 700).

<sup>120</sup> El punto 5º del artículo 17 quedaba redactado de la siguiente forma: “5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.”

<sup>121</sup> El párrafo segundo del apartado 2 del antiguo artículo 70 del Código penal de 1944, disponía: “La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.”

<sup>122</sup> Establece el artículo 988. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que: “Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hecho que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite de cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla segunda del artículo 70 del Código Penal. Para ello reclamará la hoja histórico-penal del Registro Central de Penados y Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de ley.”

Resaltar que una vez más nuestro legislador reforma sin tener en cuenta el resto del ordenamiento jurídico, pues entre las disposiciones finales del nuevo Código penal no existe ninguna que acomode el artículo 988.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al nuevo Código penal. Por tanto, la remisión de la norma procesal al artículo 70.2 del Código penal debe ser entendida como referida a la regla 2º del nuevo artículo 76 del Código penal.

Supuestos diferentes al aquí tratado son los previstos en los artículos 18 y 272.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se prevé la posibilidad de una acumulación de autos cuando sean varios los procedimientos abiertos contra una misma persona y por delitos conexos, pero en los que todavía no existe sentencia.

No obstante, la reforma no respondió ni a las expectativas de la doctrina ni resultó técnicamente correcta <sup>123</sup>, pues se seguía condicionando el concurso de ejecución a un requisito totalmente extraño a las razones jurídico-materiales que subyacen en la fijación de los límites a la acumulación material, esto es, la necesidad de una conexión en sentido procesal de los delitos concurrentes <sup>124</sup>.

En este orden de cosas, las insistentes críticas que desde la doctrina se hicieron sobre esta necesidad de que la aplicación de las reglas del concurso real se viera condicionada a que los delitos fueran conexos según la legislación procesal, provocó que la jurisprudencia del Tribunal Supremo diera un giro decisivo en la interpretación del antiguo artículo 70.2 del Código penal y 76.2 del Código penal de 1995 en su redacción inicial, y del 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ampliando la aplicación de los límites al sistema de acumulación material aun cuando no se diera la conexión procesal. Esta nueva línea jurisprudencial se fundamentaba en los siguientes argumentos:

A) Principio de humanidad de las penas como criterio inspirador de la ejecución penal

---

<sup>123</sup> Así se han pronunciado entre otros: MIR PUIG, *Derecho penal*, 3ª de, 1990, pp. 735-736; RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español*, 18ª ed., 1995, p. 853.

<sup>124</sup> Cfr. DE LA OLIVA, *La conexión en el proceso penal*, 1972, p. 20, quien delimita la conexión material penal de la conexión procesal, identificando la primera con la relación existente entre delitos que concurren realmente y la segunda, con sus consecuencias en el proceso.

Vid. un estudio sobre la doctrina inicial del Tribunal Supremo interpretativa de la relación de conexidad exigida por la regla segunda del antiguo artículo 70 del Código penal, DE LAMO RUBIO, *El Código penal de 1995 y su ejecución*, 1997, pp. 322-325.

Tras la reforma del 67, la doctrina del Tribunal Supremo siguió siendo tan restrictiva como la anterior. Vid. Sentencias del Tribunal Supremo: 7 de febrero de 1968 (A. 794), 17 de junio de 1968 (A. 3002), 20 de noviembre de 1969 (A. 5530), 22 de diciembre de 1969 (A. 5994), 10 de noviembre de 1982 (A. 7093), 17 de diciembre de 1984 (A. 6554), 15 de marzo de 1985 (A. 1652), y 27 de mayo de 1988 (A. 3841).

Así, la doctrina-legal penitenciaria moderna postula por razones humanitarias, la llamada “unidad de ejecución de la pena”<sup>125</sup>, a fin de integrar, incluso, las condenas que van adquiriendo firmeza mientras el reo cumple otras penas privativas de libertad. En este mismo sentido, se entiende que la misma normativa penitenciaria tiene que sustentar que la aplicación de los límites al cumplimiento no se vea condicionada por las normas procesales<sup>126</sup>.

B) Principio de proporcionalidad de las penas como fundamento del sistema de acumulación jurídica

También, el principio de proporcionalidad de las penas es invocado para justificar un tope al cumplimiento de las penas privativas de libertad, pues

---

<sup>125</sup> Así el artículo 193.2 del Reglamento Penitenciario 190/1996, de 9 de febrero dispone que: “Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.”

En el mismo sentido se pronunciaba el derogado Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981, en su artículo 59 c).

Es necesario establecer la diferencia entre lo que debe entenderse por concurso posterior en la ejecución y la llamada “refundición de condenas” a efectos de conceder la libertad condicional. En efecto, la refundición de condenas prevista en el artículo transcrito del Reglamento penitenciario restringe lógicamente su ámbito a las penas privativas de libertad, en la medida en que éstas son únicamente a través de las que se puede acceder a la libertad condicional. Y por otra parte, no se establece límite temporal, esto es, independientemente de que las distintas sentencias hayan sido dictadas con posterioridad a otra que hubiera ya alcanzado firmeza, y lo que es más importante dicha refundición no implica limitación penológica alguna. Por el contrario, cuando hablamos de concurso posterior los límites del artículo 76 resultan aplicables, como ya indicamos, a todas las penas temporales y como veremos su aplicación quedará reducida a los hechos cometidos con anterioridad a una sentencia firme.

Vid., sobre el particular DE LAMO RUBIO, *El Código penal de 1995 y su ejecución*, 1997, pp. 306-307.

<sup>126</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 29 de septiembre de 1992 (A. 7393), 20 de julio de 1995 (A. 831) y 17 de octubre de 1995 (A. 1036).

En el mismo sentido se ha pronunciado, MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código penal, Comentarios y Jurisprudencia*, 2ª ed., 1990, p. 411.

la mera adición aritmética de las penas, ya sea porque las mismas se impongan en una misma o en diversas sentencias, desequilibraba la proporcionalidad que debe existir siempre entre el mal que ha de sufrir el condenado y la gravedad de los hechos cometidos <sup>127</sup>.

C) Finalidades constitucionales de la pena

E igualmente entiende el alto Tribunal que la resocialización y la rehabilitación social del individuo, como fines constitucionales de la pena, no se puede conseguir a través de penas que sobrepasaran los límites que la propia ley ha entendido suficientes, con independencia de que las mismas vengan impuestas en uno o varios procedimientos <sup>128</sup>.

D) Interpretación extensiva y analógica de la expresión “conexión de delitos” del precepto penal

En otras ocasiones el Tribunal Supremo y siguiendo las declaraciones doctrinales ha considerado que la aplicación de los límites del sistema de acumulación también a los supuestos en los que no exista unidad de enjuiciamiento ni la conexión procesal requerida por el artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se justificaba por una aplicación extensiva y analógica del antiguo artículo 70.2. (hoy artículo 76.2), ya que, según señala el

---

<sup>127</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 30 de mayo de 1992 (A. 5034), 18 de febrero de 1994 (A. 1426), 15 de abril de 1994 (A. 755), 27 de enero de 1995 (A. 86), 11 de marzo de 1995 (A. 346), y 5 de julio de 1995 (A. 1144).

<sup>128</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 30 de mayo de 1992 (A. 5034), 18 de febrero de 1994 (A. 1426), 4 de noviembre de 1994 (A. 1920) y Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986, de 22 de mayo de 1986 (RTC 1986/ 65).

alto tribunal, no existe ninguna razón para considerar que el requisito procesal de la conexión sea de carácter excluyente <sup>129</sup>.

En este orden, caben destacar algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que llevando a cabo una interpretación del artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para eludir su aplicación en los casos de concurso posterior, delimita la conexión procesal de la conexión penal <sup>130</sup>. Indican estas resoluciones que el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la conexidad del artículo 16 de la misma Ley, en la que se determina cuando es competente la jurisdicción ordinaria en el caso de que alguno de los delitos concurrentes esté aforado, mientras que el precepto penal alude a una conexión que justifica la limitación al principio de acumulación material. Por tanto, si la norma sustantiva no exige homogeneidad en los delitos que concurren en concurso real, la normativa procesal tampoco debería requerirla.

En definitiva, para determinar la existencia, o no, de la conexidad sólo se debe atender a que la acumulación o refundición no se transforme en una exclusión de la punibilidad para todo delito posterior, pues, si una persona supiera que no ha de cumplir las penas por delitos posteriores a otras ya firmemente impuestas se crearía un sentimiento de impunidad singularmente peligroso y contrario a la finalidad de prevención especial de la sanción. De ahí, que los períodos de acumulación de penas acaben desde el momento en que exista condena de carácter firme <sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 27 de mayo de 1988 (A. 3841), 8 de abril de 1992 (A. 2876), 30 de mayo de 1992 (A. 5034), 29 de septiembre de 1992 (A. 7393), 18 de noviembre de 1993 (A. 8637), 3 de marzo de 1994 (A. 1825), 8 de marzo de 1994 (A. 3639), 3 de mayo de 1994 (A. 3639), 1 de abril de 1995 (A. 2800), 23 de mayo de 1995 (A. 3910), 20 de julio de 1995 (A. 831), y 27 de diciembre de 1995 (A. 1308).

<sup>130</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 15 de abril de 1994 (A. 6000), 27 de abril de 1994 (A. 4400), y 3 de noviembre de 1995 (A. 8728).

<sup>131</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 21 de marzo de 1995 (A. 2046) y 27 de abril de 1995 (A. 4400), 18 de julio de 1996 (A. 5920), 22 de febrero de 1997 (A. 1371), 19 de mayo de 1997 (A. 5595), 21 de julio de 1997 (A. 5779), 5 de febrero de 1998 (A.1471), 27 de febrero de 1998 (A. 658), 27 de septiembre de 1999 (A. 6853),



La reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio ha introducido en este sentido una importante modificación cuya finalidad no es otra que la de extender la aplicación de los límites para el cumplimiento de las penas previstos en el artículo 76 a supuestos en los que no dándose la conexión exigida en su redacción inicial, sin embargo, sea merecedora de ellos en atención a los criterios anteriormente expuestos. En este sentido junto a la conexión habla de aplicar los citados límites aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos si los hechos por el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo <sup>132</sup>.

Hemos, pues, de concluir que todos los supuestos en los que sea de aplicación el sistema de acumulación material de penas quedará limitado el cumplimiento de las penas por lo dispuesto en el artículo 76, al margen de la forma en que hayan de ser enjuiciados <sup>133</sup>.

Y por último se ha de decir que, al mantener el legislador el sistema de acumulación material como regla de determinación de la pena en el concurso real ha eliminado la posibilidad de incluir el concurso posterior en la fase de enjuiciamiento, pues el Juez o Tribunal que en último lugar conociera de otro u otros delitos concurrentes no podría crear una pena global o adicional, ya que su punto de referencia estará determinado por una pluralidad de penas individuales <sup>134</sup>.

---

20 de diciembre de 1999 (A. 9433), 26 de junio de 2002 (A. 5871), 12 de mayo de 2003 (A. 5059), 10 de octubre de 2003 (A. 7425) y 18 de noviembre de 2003 (A. 8614).

<sup>132</sup> Dispone la nueva redacción del artículo 76.2 lo siguiente: “La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

<sup>133</sup> Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de: 15 de abril de 1994 (A. 755), 27 de abril de 1994 (A. 700), 23 de mayo de 1994 (A. 1058), 1 de junio de 1994 (A. 6410), 4 de noviembre de 1994 (A. 1919), 21 de marzo de 1995 (A. 1144), y 3 de noviembre de 1995 (A. 936).

<sup>134</sup> Vid. sobre la conveniencia de introducir en nuestro sistema la figura del concurso posterior en fase de enjuiciamiento, la propuesta de SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 258-259; del mismo autor, en *Revista jurídica de Asturias*, nº 18,

### **3.4.- El cumplimiento efectivo de las penas. El nuevo artículo 78 del Código penal de 1995**

La primera redacción dada al artículo 78 por el Código penal de 1995 señalaba lo siguiente:

*“Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.*

*En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento”* <sup>135</sup>.

La reforma operada por la Ley 7/2003 de 30 de junio sobre Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ha modificado dicho texto en los términos que a continuación transcribo:

*“1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en sentencia.*

---

1994, pp.18-19. También, CALDERÓN CERREZO, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 172.

<sup>135</sup> Vid, *infra*, capítulo IV, 3.11.2.

*2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b) c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.*

*3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:*

- a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir la quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.*
- b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena”.*

Se trata sin duda alguna de una reforma que conlleva un endurecimiento de lo prescrito por el controvertido artículo 78, cuyos requisitos, diferencias de contenido entre su primera y segunda redacción y consecuencias que del mismo se derivan, paso a analizar a continuación.

### **3.4.1.- Aplicabilidad del artículo 78**

Con este artículo, absolutamente novedoso en nuestra legislación, se ha pretendido desde su primera redacción dar respuesta a un malestar de la opinión pública española acerca del cumplimiento de las penas, tratando de reducir el desfase que habitualmente se producía entre la suma total de las penas impuestas en sentencia y, la que realmente se cumplía por el condenado tras la aplicación de los correspondientes límites del sistema de acumulación

jurídica, de la redención de penas por el trabajo y de los beneficios penitenciarios.

Precepto, que como ya analicé, provocó una importantísima discusión tanto a nivel político como jurídico, e incluso una vez publicado y en vigor provocó que algunos autores llegaran incluso a cuestionar por diversos motivos su posible aplicación <sup>136</sup>. En este sentido, encontramos como la postura más extrema la defendida por Cuerda Riezu para quien el artículo 78 resultaba siempre de imposible aplicación.

#### **A).- Tesis de Cuerda Riezu**

En palabras de Cuerda Riezu este precepto constituye “una norma vigente pero inaplicable, porque parte de un supuesto de hecho que nunca se puede realizar” <sup>137</sup>. Según explica este autor, los límites a la acumulación de penas previstas en el artículo 76 obligan en primer lugar, a determinar el límite relativo o absoluto que en cada caso corresponda, y una vez fijado el mismo, la norma dispone que las penas que queden por debajo de ese límite serán las penas impuestas, mientras que las que lo rebasen deben declararse extinguidas. Por su parte, el artículo 78 exige como presupuesto para su aplicación el que haya actuado algunas de las limitaciones del artículo 76. Ello crea entre el artículo 76 y 78, según este autor, una relación de dependencia lógica y cronológica de tal suerte que siempre resulte la aplicación del artículo 78 posterior a la del artículo 76, incluso después de haber declarado extinguidas todas aquellas penas que sobrepasasen el correspondiente límite.

---

<sup>136</sup> Se han pronunciado en contra de este precepto: SANZ MORÁN, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 1995, pp. 229; CEREZO MIR, en *La Ley*, 1996; MAPELLI CAFFARENA / TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 1996, p. 71; GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, pp. 447-457; LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, pp. 67- 69.

<sup>137</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, en *La Ley*, Diario nº 4204, 1997, p. 3.

Por tanto, como la condición para la aplicación del nuevo precepto exige que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas, esto es, las que caen bajo el límite aplicable, entiende Cuerda que, si las penas impuestas a las que se refiere el artículo 78 son también las que efectivamente se han de cumplir, ambas cantidades siempre resultarán idénticas y nunca se podrá dar el caso de que la pena a cumplir resulte ser inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, condición exigida por el precepto para su aplicación.

En consecuencia, concluye que desde lo que sería una interpretación exclusivamente literal y sistemática del novedoso precepto, éste resultará siempre inaplicable, y descarta la posibilidad de recurrir a otros criterios, como el histórico y el teleológico, que permitan entender la expresión “penas impuestas” utilizada en el artículo 78 como referida a las penas individuales que correspondiesen a las diversas infracciones cometidas antes de la aplicación de los límites por conducir a una interpretación perjudicial para el reo.

Con este precepto se reaviva nuevamente la polémica sobre si los límites previstos en el artículo 76 se configuran como una causa de extinción de la pena o bien como un problema de ejecución <sup>138</sup>.

Así, la conclusión a la que llega Cuerda Riezu al analizar el artículo 78 es consecuencia lógica de entender que en el artículo 76 lo que se recoge es una causa de extinción de la pena, de tal suerte que al ser declaradas extinguidas por la propia sentencia aquellas penas que rebasen los límites de la acumulación jurídica significa que el delincuente no ha sido condenado a ellas <sup>139</sup>.

Sin embargo, si se mantiene la posición aquí defendida de que al no tratarse de una causa de extinción porque la sentencia debe imponer todas las

---

<sup>138</sup> Vid. *supra*, Capítulo XI, 3.2.3, f).

penas, incluso aquéllas que no se han de cumplir al declararse su extinción en virtud de lo dispuesto en el artículo 76, el presupuesto previsto en el artículo 78 para su aplicación sí será posible.

### **3.4.2.- Contenido del artículo 78 del Código penal de 1995**

#### **A).- Ámbito de aplicación del artículo 78**

Contrariamente a lo que viene manteniendo la doctrina<sup>140</sup>, entiendo que esta norma será de aplicación tanto en los supuestos de concurso real como en los casos de concurso ideal y medial, pues no olvidemos que, también, en estas modalidades concursales se podrá aplicar subsidiariamente el sistema de acumulación material, y por ende, los límites previstos en el artículo 76.1<sup>141</sup>. No obstante, la referencia a los límites del artículo 76 evita que el mismo sea de aplicación cuando el concurso ideal se resuelva a través del principio de absorción agravada, lo que supone para estos supuestos concursales un nuevo beneficio del que no gozan los demás supuestos concursales o el mismo concurso ideal si la regla subsidiaria de acumulación es la que resulta aplicable. Seguramente, sea muy difícil encontrar un caso en el que la aplicación de los límites absolutos en el concurso ideal de lugar a la aplicación de este precepto pero no lo será tanto si el límite que se aplique sea el límite relativo.

Realmente la intención del grupo Socialista al modificar el encabezamiento del artículo 78 cuando se estaba tramitando la redacción

---

<sup>139</sup> Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 81-85.

<sup>140</sup> Por ejemplo: GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 451; DE LAMO RUBIO, *El Código penal de 1995 y su ejecución*, 1997, p. 316.

<sup>141</sup> Vid. *supra*, Capítulo XI, 3.2.3.

inicial de este artículo <sup>142</sup>, fue la de limitar su ámbito de aplicación al concurso real, pero erró en la forma de expresarlo olvidando que las limitaciones contenidas en el artículo 76, también, son de aplicación en otros supuestos concursales, como el ideal y el medial. Para que la pretensión del entonces grupo mayoritario hubiera tenido el efecto pretendido, debería haber excepcionado su aplicación para aquellos casos en que los límites del artículo 76 hubieran de aplicarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 76.2 del Código penal. La modificación sufrida por este precepto por la Ley Orgánica 7/2003, sin embargo, ha mantenido este encabezamiento.

Cierto es que si el concurso ideal se resuelve por el principio de absorción agravada será porque la pena resultante es más beneficiosa para el reo que la aplicación del principio de acumulación, pero no porque los delitos cometidos no sean graves y numerosos, y dado el fundamento de este precepto probablemente existan supuestos de concurso ideal cuya pena por aplicación del principio de absorción agravada justifique más un cumplimiento efectivo que en los casos de aplicación del principio de acumulación material cuya duración será muy superior y por tanto, la restricción a obtener los beneficios penitenciarios o alcanzar la libertad condicional no resulte tan justificada.

Por otra parte, y como ya hemos podido comprobar supuestos en los que existe verdaderamente un concurso ideal por darse su fundamento, la unidad de acción, son tratados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como supuestos de concurso real a fin de no tener que aplicar el principio de absorción agravada que tanto beneficiaría al reo, por eso esta limitación del artículo 78 a los casos en los que se apliquen los límites del artículo 76 no hace más que contribuir a que dichos supuestos se traten de reconducir a una modalidad concursal distinta a la de su verdadera esencia.

---

<sup>142</sup> Vid. Apéndice, apartados VII y IX, enmienda nº 287 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, para modificar el encabezamiento de este precepto y limitarlo al concurso real.

En definitiva, entiendo que este artículo puede resultar de aplicación tanto al concurso real, como excepcionalmente al concurso ideal y medial e igualmente, al concurso posterior del artículo 76.2, porque también es un concurso real y porque en el artículo 78 se habla de sentencias en plural, lo que parece indicar que podrá aplicarse incluso cuando se haya hecho uso del expediente de refundición de condenas del artículo 988.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la aplicación de los límites del artículo 76<sup>143</sup>.

### **B).- Presupuestos para la aplicación del artículo 78**

En la redacción dada al artículo 78 por el Código penal de 1995 el presupuesto para su aplicación exigía como requisito objetivo que la pena a cumplir fuese inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Pero además, era necesario un segundo requisito de orden subjetivo, en virtud del cual el Juez o Tribunal sentenciador debía apreciar peligrosidad criminal en el penado, a modo de un juicio de pronóstico de futuro, donde únicamente se tenía que valorar la posibilidad de que el condenado volviese a cometer nuevos delitos, y nunca la gravedad o naturaleza de los ya cometidos y enjuiciados. Como señaló González Cussac, dado el carácter de este precepto, por el que un sujeto se iba a ver privado a acceder a unos beneficios que le facilitarían su incorporación en la sociedad, el juicio que debía llevarse a cabo por el juez

---

<sup>143</sup> Circunscribe el ámbito del artículo 78 al concurso real apreciado en una sola sentencia, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 451. Por el contrario, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., 1996, p. 177, considera que puede ser objeto de aplicación también cuando las penas acumuladas procedan de diversas sentencias, aunque en estos casos sólo podrá ser de aplicación por aquel Juez o Tribunal sentenciador que acuerde la acumulación jurídica de las penas. No obstante, no encuentra lógica la aplicación de este artículo 78 en caso de pluralidad de sentencias.



debía gozar de una seguridad rayana en la certeza de que el condenado iba a volver a delinquir en el futuro <sup>144</sup>.

Adviértase, por otra parte, que no era un precepto imperativo, sino que resultaba discrecional para el juzgador, por lo que se exigía una motivación en la sentencia que permitiese su revisión por órgano superior.

El carácter no imperativo y la posibilidad de poder regresar al régimen general, se convirtieron en los argumentos más alegados por parte de muchos penalistas para salvar la posible inconstitucionalidad de la norma, pues lo contrario suponía negar de entrada la finalidad de reeducación y reinserción social que para las penas privativas de libertad contempla el artículo 25.2 de la Constitución Española. Incluso el propio Tribunal Supremo, en los primeros momentos llegó a manifestar serias dudas sobre la constitucionalidad de este precepto. En este sentido, cabe reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1997 (EDJ 1997/1513) en la que se decía lo siguiente:

*“Sin embargo, la cuestión toma unos nuevos perfiles con la entrada en vigor del nuevo Código Penal que, en su artículo 78, establece que si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las diversas sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.*

*Es decir, impone el cumplimiento íntegro, día a día, de las penas hasta los topes máximos establecidos sin posibilidad de beneficiarse de beneficios penitenciarios efectivos y sin efecto alguno sobre la libertad condicional. En el caso presente al ser la pena total impuesta de sesenta y siete años, cuatro meses y un día, los topes establecidos por el artículo 76 (veinte, veinticinco o treinta años de prisión) serán inferiores a la mitad de la pena total, treinta y tres años y ocho meses, por lo que el penado perdería todos los beneficios penitenciarios y la posibilidad de libertad condicional al cumplir los dos tercios de la condena, aunque se le abonasen como es debido, los*

---

<sup>144</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, 1996, p. 452.

*seis años y pico que estuvo en prisión hasta que quebrantó el cumplimiento de la condena.*

*Nos encontraríamos, por ello, ante un supuesto de exasperación de la pena, autorizado por el legislador, que podría dar lugar a serios problemas de constitucionalidad, si el Juez de Vigilancia Penitenciaria, actuando de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 78 del Código penal, no acuerda la aplicación del régimen general de cumplimiento, valorando en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social”.*

Califica esta sentencia al artículo 78 de un supuesto de exasperación de la pena, que como sistema de determinación de la pena hemos definido en páginas anteriores explicando que consiste en imponer una pena que supera a la más grave de las que individualmente concurren. No creo que el Tribunal Supremo con esta afirmación quisiera realmente otorgar al artículo 78 el carácter de norma de determinación de la pena, pues la misma sólo afecta al cumplimiento, sino por el contrario resaltar que la forma de cumplimiento que en ella se dispone agrava el contenido en sí de las penas impuestas privando al condenado de la posibilidad de acceder a la libertad condicional o de obtener beneficios penitenciarios a los que tendría derecho conforme al régimen general. Por ello, tras manifestar sus serias dudas por los problemas constitucionales que de su aplicación pudieran derivarse, consideraba necesario la adopción por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de regresar al régimen general si la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social resultaban favorables al reo.

Así, la misma sentencia referida aludía a nueva línea jurisprudencial que establecía que los objetivos de reeducación y resocialización no podía alcanzarse cuando el tiempo de duración de las condenas llegaba hasta unas cotas superadoras de los límites generales establecidos por el propio sistema. Afirmando por un lado, que el principio de proporcionalidad de las penas prohíbe una exasperación de las penas, que con el artículo 78 si no se produce cuantitativamente si lo hace cualitativamente, y por otro lado, la misma

legislación penitenciaria es la que propugna la unidad de ejecución en cuanto al tratamiento de los penados, por lo que se proponía la búsqueda de fórmulas que evitasen que el tiempo de privación de libertad se extendiera más allá de límites razonables.

Sin embargo, en los últimos años, los tribunales no han entendido de la misma manera que aquí hemos explicado las exigencias que conllevaba este precepto para salvaguardar las restricciones que comporta a la finalidades constitucionales de las penas privativas de libertad. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001 (A. 497) cuyos fundamentos transcribo a continuación por su relevancia interpretativa del artículo 78, señalaba lo siguiente:

*“El artículo 78 del Código Penal de 1995 permite acomodar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de penas impuestas, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente, en aquellos casos en que como consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la suma total de las impuestas <atendida la peligrosidad criminal del pendo>.*

*Se trata de un mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica de penas establecido para actuaciones delictivas de extrema gravedad que atenten contra una pluralidad de bienes jurídicamente tutelados, con el fin de procurar que la aplicación mecánica de dicha regla acumulativa puede desembocar en una generalizada conciencia de impunidad de las actuaciones criminales que superen el límite prevenido en el artículo 76; es decir, que a partir, por ejemplo, de uno o dos homicidios, la privación de la vida de cualquier otra persona carezca en la práctica de efecto punitivo alguno porque las primeras agresiones ya han superado el límite legal.*

*Esta norma que tuvo su origen en el debate social sobre el denominado <cumplimiento efectivo de las penas>, centrado inicialmente en determinadas categorías de delincuentes, recibió un sentido más en consonancia con los principios generales de Derecho Penal al establecerse como una regla general y no discriminatoria para una tipología de autores. Asimismo se adaptó a la función rehabilitadora de la pena mediante el establecimiento de un paliativo consistente en que si a la vista del tratamiento penitenciario resultase procedente la superación de esta medida especial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción*

*social, podrá acordar razonadamente oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento.*

*El artículo 78 dispone que el Juez o Tribunal < podrá > acordar, por lo que la regla tendrá carácter potestativo, correspondiendo en exclusiva la competencia para su aplicación al tribunal sentenciador, que es quien ha podido valorar a través del juicio oral la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del acusado. Para ello el Tribunal debe en primer lugar constatar la concurrencia de una circunstancia objetiva, que constituye un requisito necesario aunque no suficiente: que el límite del cumplimiento sucesivo de las penas que resulte de aplicar las reglas del artículo 76 no alcance el 50% de las impuestas y que debieran ser cumplidas. En el caso actual el Tribunal sentenciador toma en consideración este requisito constatando que supera el límite del artículo 76, lo que es evidente pues aún sin tener en cuenta los tres delitos de detención ilegal, cinco de coacciones, tenencia ilícita de armas y allanamiento de morada por los que también ha sido condenado el acusado en esta sentencia, es lo cierto que atendiendo solamente a los delitos más graves (cuatro asesinatos consumados y uno intentado) las penas legalmente impuestas alcanzan los 94 años, lo que supera ampliamente el doble del límite de veinticinco años establecido para estos casos por el artículo 76.*

*Concurriendo este requisito previo, indispensable, que en este caso es manifiesto, la decisión del Tribunal debe considerar como parámetro legal expreso la peligrosidad del acusado (<atendida la peligrosidad criminal del penado>, dice la Ley).*

*En el debate parlamentario se optó por establecer este parámetro subjetivo como único criterio legal, prescindiendo de otros parámetros objetivos ajenos a la personalidad del reo, como <alarma y perturbación social que los hechos hayan producido> que figuraba en los textos prelegislativos, pues lo congruente con las finalidades constitucionalmente admisibles de la pena es tomar en consideración a efectos de cumplimiento este factor subjetivo de peligrosidad puesto de manifiesto en la plural actividad criminal pero no un factor que es ajeno a las circunstancias personales del reo, como el de la alarma social.*

*En consecuencia no puede exigirse al Tribunal sentenciador que en su motivación incluya otros factores ajenos al de peligrosidad criminal del penado, que es al que debe atender conforme al criterio legal, y en el caso actual es claro que el Tribunal ha atendido de modo expreso a dicho parámetro subjetivo para estimar procedente la aplicación de la norma, lo que se expresa, sucinta pero razonadamente, en la sentencia de instancia, al señalar que <el procesado José Manuel R.L. es autor de cuatro delitos de asesinato consumado y uno frustrado, **lo que evidencia su peligrosidad criminal**>, con lo que se justifica suficientemente la aplicación de la medida.*

*Como ya se ha expresado la motivación no constituye un requisito de carácter formulario sino un imperativo de la razonabilidad*

*de la decisión. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, es decir, que permita conocer tanto a las partes, como al Tribunal que haya de resolver un recurso y, sobre todo, a cualquier observador imparcial, el fundamento racional de la decisión.*

*En el caso actual dicho fundamento, la extrema peligrosidad del reo, es <evidente > como se expresa en la sentencia impugnada. No se alcanza a comprender qué otra motivación exige el recurrente ( y el propio Ministerio Fiscal), a no ser que convirtamos las sentencias en textos reiterativos, que repitan una y otra vez en cada fundamento jurídico los presupuestos fácticos de la decisión, que ya obran en el relato de los hechos probados, en este caso minucioso y detallado.*

*Acudiendo a dicho relato cabe entresacar párrafos como los siguientes: <R. L. le preguntó a Eugenio R., que estaba sentado al lado de una cómoda ¿tú que miras? Y a continuación le disparó en la cabeza; en ese momento se levantó de la butaca José Alberto P. D. diciendo <<yo no tengo nada que ver >>, y por toda respuesta recibió un disparo en la cabeza, quedando sentado en la butaca. Después sin que conste que tuviera intención de apropiárselos, le dijo a María Mercedes que sacara el dinero y la droga, poniéndolo ésta encima de la mesa, a lo que R. L. le dijo: ¿Es esto lo que tienes, zorra?, y le disparó en la cabeza, obligando a Marcial a recoger lo depositado en la mesa, momento en el que éste escapó y escondió en un armario. Asimismo R.L. disparó a la cabeza a Juan Joaquín B...>. En un apartado posterior del relato fáctico se expresa que R. Presumió de que era un profesional, pues le había bastado un disparo para cada persona, lamentándose de que Marcial se le había escapado.*

*Atendiendo a estos hechos la peligrosidad del penado y su desprecio por uno de los valores más relevantes de nuestro ordenamiento como es la vida humana, resulta evidente, como señala el Tribunal sentenciador en el fundamento jurídico en el que se aplica la regla del artículo 78. esta motivación es suficiente porque, como hemos expresado, **la motivación no requiere imperiosamente una determinada extensión, forma o lugar: debe ser la necesaria para que pueda apreciarse que la decisión adoptada es una decisión razonable y puede derivarse del conjunto de la resolución pues la sentencia constituye un cuerpo documental único racionalmente estructurado que no exige reiterar en cada fundamento lo que ya consta en la propia resolución, ni debe ser objeto de análisis fragmentado**".*

Como puede comprobarse de su lectura dos son las cuestiones dignas de destacar, por un lado, los criterios a tener en cuenta para apreciar la peligrosidad criminal del penado y por otro, las características de la motivación exigida por el precepto.

En lo que se refiere al primer problema, observamos como los datos tenidos en cuenta por el Tribunal para apreciar la peligrosidad criminal del condenado se referían exclusivamente a los hechos ya acontecidos, es decir, al número de delitos cometidos y los bienes jurídicos atacados con los mismos, esto es de un hecho pasado se realizaba un juicio o pronóstico de futuro.

De la misma manera la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 2002 (EDJ 2002/15989), utilizaba los mismos criterios que el Tribunal Supremo, señalando en su fundamento jurídico quinto que:

*“La apreciación de la peligrosidad (“peligrosos concepto” como apuntó un tratadista alemán) entraña un juicio de probabilidad sobre la conducta futura del sujeto, esto es, un pronóstico de comportamiento que aboque en la comisión de nuevos delitos tomando como referencia los ya ejecutados, su número y circunstancias. Efectuada la ponderación de todos estos factores la Sala estima, contrariamente a lo expresado por la Sra. Juez de lo Penal y conforme a lo interesado en el recurso, que tanto la pluralidad de delitos cometidos sobre determinado grupo de víctimas y su diversidad ponen de relieve el constante desprecio del encausado a los bienes jurídicos atacados que revela la alta probabilidad de nuevo quebranto de los mismos de no mediar un tratamiento penitenciario adecuado, adecuación que necesariamente debe partir de una cierta duración para su hipotética eficacia”.*

En mi opinión, el pronóstico de futuro no debe nunca sustentarse sobre lo ya acontecido máxime en estos casos, en los que si se da el presupuesto del artículo 78 es precisamente porque lo acontecido reviste una gravedad extrema. El juicio que efectúa el Tribunal es la pescadilla que se muerde la cola, pues si es de aplicación el artículo 78 es porque los hechos son muy graves, y si estos son muy graves el delincuente presenta una peligrosidad criminal futura que siempre justificará su aplicación. El requisito objetivo y el subjetivo se acaban identificando.

Sin embargo, si este juicio debía ser realmente un pronóstico de futuro la conducta a observar sería la posterior, esto es, la que resulte del tiempo que

permaneciese en prisión. Partiendo de esto, el contenido de este precepto debería ser inverso, primeramente se habría de establecer el régimen general y en atención al comportamiento posterior acordar por los tribunales la aplicación o no de los beneficios penitenciarios, la libertad condicional, o el tercer grado de clasificación. Pues bien para este viaje no era necesario el precepto, pues la regulación penitenciaria siempre ha exigido como requisito para la concesión de estas figuras un buen comportamiento del condenado y unos informes favorables a su reinserción social por los Equipos de tratamiento.

La segunda cuestión que planteaba era la atinente a la motivación que se exigía para la aplicación de este régimen excepcional. A este respecto si he de decir que comparto lo manifestado por el Tribunal Supremo que la misma no requiere de una extensión determinada, forma o lugar, pero sí que sea lo suficientemente esclarecedora como para poder apreciar que la decisión adoptada es una decisión razonable, y que la misma pueda extraerse del conjunto de argumentaciones que contenga la sentencia, pero no puedo compartir que por la mera expresión utilizada por la sentencia analizada: “es evidente”, se pueda decir que dicha argumentación constituye una motivación razonable y reconocible.

En este sentido entiendo que la justificación que conlleva a privar a un sujeto de la posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios o a la libertad condicional debe ser superior a la mera utilización del adjetivo que constituye el final de un proceso deductivo, siendo por el contrario este último el que debe figurar en la sentencia.

Por otra parte, la sentencia analizada atribuye la necesidad de motivar exclusivamente la apreciación de la extrema peligrosidad del reo, cuando en mi opinión el precepto no sólo se refiere a justificar esta calificación del reo, sino en general a la oportunidad de aplicar el régimen excepcional, por lo que, aún cuando, en el texto del precepto no se apuntasen otros criterios como por

ejemplo las finalidades de la pena por ser algo consustancial a las formas de cumplimiento de las mismas, o a las finalidades de los beneficios penitenciarios o de la libertad condicional, la justificación de la necesidad de aplicar este precepto sí deberían estar presente en sus razonamientos.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2003 ha modificado sustancialmente este panorama y no con la finalidad de hacer exigibles a los tribunales un juicio valorativo sobre la necesidad de aplicar esta regla excepcional sino que por el contrario los mismos no sólo no se dulcifican sino que desaparecen.

En efecto, permanece el presupuesto objetivo para su aplicación, esto es, que la pena a cumplir como consecuencia de la aplicación de los límites previstos en el apartado 1 del artículo 76, resulte inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas, pero desaparece el requisito subjetivo y en consecuencia la necesidad de motivar la aplicación de esta regla excepcional.

En principio, no se convierte en automática su aplicación porque el precepto continúa utilizando el verbo “podrá” siempre que el límite absoluto que resulte de aplicación sea el de 20 años o lo sea el límite relativo, sin embargo, sí se convierte en preceptiva si los límites aplicables son los excepcionales de 25, 30 ó 40 años.

De ahí que deba concluir que si esta regla en un primer momento se concibió como una excepción al régimen general de cumplimiento, con la nueva redacción ya no lo es porque será de aplicación automática siempre que los límites absolutos de 25, 30 ó 40 años resulten de aplicación y la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

Respecto de la primera parte del precepto en la que se mantiene la facultad de los jueces para decidir sobre la aplicación del mismo, se advierte que ha desaparecido la referencia a que la decisión se motive en la sentencia. No obstante, la Constitución establece con carácter general la obligación de motivar las sentencias y por tanto en aquellos casos en los que el juez o



tribunal tenga la facultad de aplicar este precepto debe motivar su decisión y sobre parámetros que justifiquen que dicho condenado deba cumplir efectivamente la condena sin posibilidad de alcanzar los beneficios penitenciarios, la libertad condicional o la clasificación del tercer grado penitenciario, pues esta necesidad de justificación permitirá la revisión de la sentencia por un órgano superior, porque de lo contrario se le estará también privando de poder recurrir y por tanto de obtener una tutela judicial efectiva proclamada como Derecho fundamental por nuestra norma fundamental.

La posibilidad de que en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo se vuelva al régimen general no es suficiente para garantizar la tutela judicial efectiva y la exigencia constitucional de una sentencia motivada. Por ello en mi opinión con este precepto se está restringiendo al condenado la posibilidad de obtener unos derechos que le vienen reconocidos en la ley y por tanto su aplicación debe exigir las mayores garantías.

El propio Tribunal Supremo en la sentencia arriba transcrita señalaba que la decisión de aplicar este sistema excepcional se justificaba por el requisito subjetivo establecido por la ley a fin de que “fuera congruente con las finalidades constitucionales admisibles de la pena”, por tanto, con la nueva redacción, no se podrá optar por el mismo sin una motivación que argumente el por qué de su aplicación.

Por último, debo decir que si el Tribunal Supremo ha considerado que la aplicación de este precepto debía quedar al margen de factores ajenos al propio condenado, como por ejemplo lo podría ser la alarma social, ahora, sólo dos años después, no resultaría comprensible que los tribunales acudiesen precisamente a este criterio para justificar la aplicación del mismo.

### **C).- Efecto de la aplicabilidad del artículo 78**

El efecto que conlleva la aplicación de este artículo 78 consiste en que el cómputo del tiempo necesario para conseguir la libertad condicional, los

beneficios penitenciarios, y ahora tras la reforma también, el tercer grado como clasificación del condenado y los permisos de salida se aplicará sobre la suma de todas las penas impuestas. Lo que, sin embargo, no quiere decir que el sujeto haya de estar en prisión hasta que cumpla la totalidad de estas penas, pues el máximo de estancia en prisión seguirá estando limitado por lo dispuesto en el artículo 76.

Resulta por ello conveniente distinguir entre lo que significa “cumplimiento íntegro de las penas” y “cumplimiento efectivo”. Con la primera expresión se estará aludiendo a un cumplimiento total de las penas impuestas, lo que resultaría, conforme a nuestro derecho positivo, completamente imposible e inconstitucional porque podría dar lugar a una cadena perpetua. Sin embargo, con la expresión “cumplimiento efectivo” se está haciendo referencia a la estancia máxima en un establecimiento penitenciario sin que entren en juego las instituciones que acortan las penas establecidas según los topes legales. No obstante, la Ley 7/2003 de reforma del Código penal de 1995 utiliza ambos términos en su titulación.

#### **D).- La libertad condicional**

En cuanto al objeto el artículo 78 señala que recaerá sobre “los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional”, pasemos a analizar cada uno de ellos.

En primer lugar, he de señalar que el Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996 <sup>145</sup> contiene un título dedicado expresamente a la libertad condicional y a los beneficios penitenciarios. Concretamente, el Título VIII, bajo la rúbrica “De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios”, dedica un primer capítulo a la libertad condicional, y un segundo capítulo a

“Los beneficios penitenciarios”, que califica como tales al adelantamiento de la libertad condicional y al indulto (artículo 202.2) <sup>146</sup>.

En lo que se refiere a la libertad condicional ordinaria el nuevo texto del artículo 90 del código penal, reformado por la Ley Orgánica 7/2003 señala que podrán acceder a la misma aquellos sentenciados que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, y hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social <sup>147</sup>.

Junto a esta libertad condicional ordinaria el artículo 91 del Código penal prevé otras dos formas excepcionales de acceder a la misma. La primera se dará cuando el condenado se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario, haya observado buena conducta y exista un pronóstico

---

<sup>145</sup> Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, (BOE nº 40, de 15 de febrero de 1996).

<sup>146</sup> En idéntico sentido los artículos 256 y 257 del antiguo Reglamento Penitenciario de 1981.

<sup>147</sup> Vid. Artículos 192 y ss. del Reglamento Penitenciario de 1996.

La nueva redacción dada al artículo 90 por la Ley Orgánica 7/2003 añade un nuevo requisito por el que se especifica que no se entenderá que el sujeto goce de un pronóstico individualizado si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y conforme a los criterios establecidos por los artículos 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Por otra parte se ha añadido un nuevo párrafo para la concesión de la libertad condicional a los condenados por delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, por el que se especifica que sólo se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas del delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

individualizado y favorable de reinserción en los términos que prevé el artículo 90 del Código penal y se hayan extinguido las dos terceras partes de la condena, si el Juez de Vigilancia Penitenciaria así lo estima oído el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, y siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. De esta concesión de libertad condicional excepcional quedan excluidos los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

La segunda forma extraordinaria prevista por el legislador (artículo 91.2) consiste en la posibilidad de adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la misma cuando se haya cumplido las dos terceras partes, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida vendrá dada a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y demás partes, y requerirá que el penado haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso. Esta segunda posibilidad también queda excluida en los casos en que el condenado lo haya sido por delitos de terrorismo o por haber sido cometidos en el seno de organizaciones criminales<sup>148</sup>.

También con carácter excepcional se prevé que los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, la cumplan durante la extinción de la condena, o se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables, y reúnan los requisitos anteriormente señalados, excepto el de haber extinguido

---

<sup>148</sup> Vid. Artículo 197 del Reglamento Penitenciario a efectos de la concesión de la libertad condicional de extranjeros que conlleve su expulsión del país.

las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras partes, podrán igualmente obtener la libertad condicional <sup>149</sup>.

Este período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o no observase las reglas de conductas impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad, salvo que se traten de condenados por delitos de terrorismo en cuyo caso cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (artículo 93 1. y 2).

En caso pues de resultar de aplicación lo dispuesto en el artículo 78 los plazos comprendidos en estos preceptos se habrán de contabilizar en relación con la cifra resultante de la suma de la totalidad de las penas impuestas.

Añade además como un nuevo requisito que en caso de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde la vuelta al régimen general de cumplimiento y si se tratan de delitos de terrorismo de los comprendidos en la sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, dicha posibilidad sólo será factible si quedase por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento <sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Vid. Artículos 92 del Código penal y 196 del Reglamento Penitenciario.

<sup>150</sup> Excepción cuyo origen se encuentra en el Informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial de 4 de febrero de 2003, donde se exigía que a fin de que la previsión del artículo 78 fuera coherente con el contenido del artículo 25.2 de la Constitución española y el límite máximo de cumplimiento de 40 años. En este sentido señalaba el Consejo General del Poder Judicial que para que: “no se hagan ilusorios los fines de resocialización que previene el artículo 25.2 CE, se estima inexcusable para su correcta coherencia con el contenido del artículo 25.2 CE, que se establezca un tratamiento diferenciado entre aquellos penados que, pudiendo reinsertarse, no ofrecen en los términos que la ley establezca un pronóstico favorable de reinsertión y aquellos otros que si ofrezcan tal pronóstico”. Desde este punto de vista considera el Consejo que los términos en los que discurre la redacción del

### **E).- Beneficios penitenciarios**

Beneficios penitenciarios son todos aquellos mecanismos jurídicos que permiten reducir la condena impuesta en sentencia firme (indulto particular) o del tiempo efectivo de internamiento (adelantamiento de la libertad condicional), según dispone el artículo 202 del Reglamento Penitenciario en vigor. La fundamentación jurídica de los beneficios penitenciarios se halla en los principios de reeducación y reinserción social que inspiran la aplicación de la pena en virtud del mandato constitucional del artículo 25.2.

Como tales beneficios la norma penitenciaria regula los siguientes:

#### **E.1.- El indulto particular**

---

artículo 78 propuesta en el Anteproyecto deberían prever la necesidad de tratamiento diferenciado, toda vez que puede darse el caso de que un penado, a pesar del pronóstico favorable de reinserción deba cumplir efectivamente el límite máximo de la pena de prisión, con la consecuencia de que la reinserción no tendría efecto jurídico alguno, y esto puede contradecir el artículo 25.2 CE.

Por ello se propone que en el artículo 78 –establecido para el caso de un concurso real de delitos, extraordinariamente grave en el que por razón de las limitaciones legales la pena a cumplir sea menor que la mitad del total de las penas impuestas- si se mantiene en el número 3 del artículo la excepción allí prevista para los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, debería introducirse algún tipo de mecanismo jurídico o de precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquel otro que se encuentre en el caso contrario. Y todo ello dentro de las precisiones de los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22 de junio de 2002)”.

El párrafo 3º del Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio disponía lo siguiente: “En estos casos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador , siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Resulta igualmente interesante del citado Informe del Consejo General del Poder Judicial cuando señala la falta de determinación del concepto de organización criminal empleado por el artículo 78 pues, no existen normas de derecho sustantivo que lo definan.

La Junta de Tratamiento, y previa propuesta del Equipo Técnico, puede solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias para reducir la o las penas impuestas de aquellos condenados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que pueda calificarse de extraordinario, todas y cada una de las circunstancias siguientes: a) buena conducta; b) desempeño de una actividad laboral normal, bien en Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad; c) participación en las actividades de reeducación y reinserción social <sup>151</sup>.

#### E.2.- Adelantamiento de la libertad condicional

Igualmente, las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios, previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, (artículos 91 del Código penal y 205 del Reglamento Penitenciario).

#### **F).- Permisos de salida**

La nueva redacción del artículo 78 amplía expresamente su ámbito de aplicación a los llamados permisos de salida, aunque ya en la fase

---

<sup>151</sup> Vid. Artículo 205 del Reglamento Penitenciario de 1996.

parlamentaria de elaboración del Código penal de 1995 existieron propuestas por parte del Grupo Socialista de incluirlos <sup>152</sup>.

Al hacer mención el texto exclusivamente a los permisos de salida entiendo que viene referido a los que se regulan en el Capítulo VI, “Permisos de Salida”, del Título II, “Del Régimen Penitenciario” de la Ley General Penitenciaria, y que vienen desarrollados en el Título VI “De los permisos de salida” del Reglamento Penitenciario, comprendiendo, pues, los permisos de salida ordinarios y los extraordinarios <sup>153</sup>, pero dejando a un margen las llamadas salidas programadas reguladas en el artículo 114 del citado reglamento y los permisos de fin de semana, del artículo 87 de esa misma norma <sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Vid. Intervención del Diputado del Grupo Socialista De la Rocha Rubí. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Núm. 501. Comisiones de Justicia e Interior, sesión nº 61, celebrada el martes, 30 de mayo de 1995, p. 15225.

<sup>153</sup> Así, se podrán conceder permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de 36 o 48 días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta. Estos permisos de salida son compatibles con las salidas de fin de semana propias del régimen abierto, y las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 del Reglamento penitenciario (artículo 154). Vid. artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

E igualmente, se prevé para caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan (artículo 155 del Reglamento Penitenciario). Vid. artículo 47.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Estos permisos, dado su fundamento podrán otorgarse tanto a los presos preventivos como a los penados, siendo en este último caso indiferente el grado penitenciario en el que se encuentren. No obstante, para los clasificados en primer grado se precisará de autorización expresa del Juez de Vigilancia Penitenciaria. En el caso de los presos preventivos es necesario la autorización del Juzgado que mantenga la situación de prisión provisional.

<sup>154</sup> Diferente de los permisos de salida, permisos de fin de semana y de las salidas programadas son las recompensas. En este sentido, el Título X, “del régimen disciplinario y de las recompensas” del citado reglamento regula en el Capítulo VI el



Los permisos de salidas se configuran como instrumentos del tratamiento penitenciario <sup>155</sup> y por ello su inclusión en el artículo 78 carece de sentido.

En realidad tanto los beneficios penitenciarios, la libertad condicional como los permisos de salida ordinarios responden a una misma finalidad: la preparación del condenado a vivir en libertad. No obstante, ello no justifica que estos permisos de salida se hayan incluido en el ámbito de aplicación del artículo 78.

Al margen de las discusiones doctrinales que la naturaleza jurídica de estos instrumentos penitenciarios suscita <sup>156</sup>, entre los beneficios penitenciarios, anteriormente analizados, y los permisos de salida existe una importante diferencia, ya que con el adelantamiento de la libertad condicional y con el indulto particular lo que se produce es una reducción del tiempo efectivo de la condena. Efecto que por el contrario, no provocan los permisos de salida como meros instrumentos del tratamiento penitenciario. Por ello, si la finalidad del artículo 78 está dirigida a reducir diferencias entre las penas

---

régimen de las “Recompensas”. Así, todos los actos que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos, así como la participación positiva en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el Establecimiento, se verán estimulados con alguna recompensa de la siguiente naturaleza: a) Comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales; b) becas de estudio, donación de libros y otros instrumentos de participación en las actividades culturales y recreativas del Centro; c) prioridad en la participación en salidas programadas para la realización de actividades culturales; d) reducciones de sanciones impuestas; e) premios en metálico; f) notas meritorias; y g) cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios (artículo 263 del Reglamento penitenciario).

<sup>155</sup> Vid. Normas Penitenciarias Europeas. Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su reunión de 12 de febrero de 1987, cuyo artículo 70.2 establece que: “Los programas de tratamiento deberán incluir una disposición relativa a los permisos penitenciarios, a los que se recurrirá todo lo posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otras normativas sociales.”

Vid. su texto en, *Cuadernos de Derecho penitenciario*, 1998, p. 15.

<sup>156</sup> Vid. RODRÍGUEZ SÁEZ, en *La cárcel en el sistema penal*, 1996, p. 210.

impuestas y la que realmente se ha de cumplir, no existe motivo para que su aplicación se extienda a los permisos de salida en cualquiera de sus modalidades.

### **G).- El tercer grado del tratamiento penitenciario**

La ejecución de las penas privativas de libertad se lleva a cabo a través de un sistema de individualización científica, separado en grados, en el que el último de ellos es el de la libertad condicional. El régimen establecido por el artículo 72.2 de la Ley General Penitenciaria permite que un interno desde el primer momento de ingreso en prisión pueda quedar situado en el grado superior, esto es en el tercer grado de tratamiento penitenciario, siempre que de su observación pueda concluirse que está en condiciones para ello.

No obstante, la reforma que introduce en el Código penal y en la legislación penitenciaria la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio ha establecido unos límites a esta posibilidad inicial.

En efecto, el artículo 36 del Código penal prevé tras esta reforma que, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, lo que no sólo afecta a la propia clasificación del condenado y a su régimen de vida sino también a la posibilidad de acceder a la libertad condicional en sus modalidades extraordinarias que exigen como primer requisito el que el sujeto se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

No obstante, se prevé la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitencia pueda calificar al condenado en tercer grado sin necesidad de que se haya llegado al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta en estos supuestos más graves, si previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo

y la evolución del tratamiento reeducador, así lo considere oportuno, tras oír al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y demás partes. Una posibilidad que queda vedada en los casos en los que los sujetos hayan sido condenados por delitos de terrorismo o por cometerlos en el seno de organizaciones criminales <sup>157</sup>.

Esta posibilidad, que es simplemente una facultad del Juez de Vigilancia Penitenciaria, supone irremediabilmente que aquellos sujetos condenados con penas superior a cinco años nunca podrá ser clasificados de inicio en el tercer grado penitenciario; podrán alcanzarlo antes de que se cumpla la mitad de la pena impuesta pero nunca gozarán de esta clasificación a su ingreso en prisión.

En esta línea de evitar que a través de la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario las penas se vean reducidas en su contenido aflictivo se sitúa también la inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 78 de esta figura. De tal suerte que la posibilidad de obtener el tercer grado penitenciario por aquellos sujetos en los que se dé el presupuesto del artículo 78, esto es que a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76.1 la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, la obtención del tercer grado no se podrá alcanzar hasta que se haya cumplido la mitad de la totalidad de las penas impuestas, independientemente de su evolución en el tratamiento, lo que sin duda resulta totalmente injusto, pues, precisamente de esta evolución y no del tiempo de duración de la condena debe depender la clasificación de los condenados.

Esta pretensión de dificultar el acceso al tercer grado se ha visto complementada con una modificación efectuada por la citada Ley 7/2003 de los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria. Esta nueva normativa señala que:

---

<sup>157</sup> Fue el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial aprobado en su sesión extraordinaria de 4 de febrero de 2003 el que recomendó la introducción de esta

*“5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, repara el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.*

*Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:*

*a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubiera revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.*

*b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.*

*c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.*

*d) Delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del Libro II del Código penal.*

*6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el código penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terrorista, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.*

Para los supuestos de delitos de terrorismo o de los cometidos en el seno de una organización criminal la posible vuelta al régimen general prevista en el párrafo 3 del artículo 78 a efectos de obtener el tercer grado penitenciario queda condicionada a la circunstancia de que reste por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

### **H).- Órganos competentes para la aplicación del artículo 78**

Aunque, este artículo 78 se encuentre entre las reglas especiales para la aplicación de las penas, en realidad, como hemos podido comprobar, se trata de un precepto que afecta a la libertad condicional, a los beneficios penitenciarios, a los permisos de salida y a la clasificación del tercer grado penitenciario, esto es, a la ejecución de las penas privativas de libertad. De suerte que, si es una regla de ejecución su aplicación debería corresponder exclusivamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos, 117.3 de la Constitución Española <sup>158</sup>, 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial <sup>159</sup>, y 76 y siguientes de Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 <sup>160</sup>. Sin embargo, antes de la reforma, si la aplicación de esta norma había

---

<sup>158</sup> Dispone el artículo 117.3 de la Constitución Española que: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

<sup>159</sup> El artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: “En cada provincia, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señala la Ley.”

<sup>160</sup> Dispone el artículo 76.1 de Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria que: “El Juez de Vigilancia Penitenciaria tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos,

de venir dada por la peligrosidad del condenado, el Tribunal sentenciador era el único que por su proximidad al mismo podía efectuar dicha valoración <sup>161</sup>. Desaparecido este requisito subjetivo, la justificación de que se mantenga la competencia a los tribunales sentenciadores sólo puede venir dada por la necesidad de que se motive racionalmente su aplicación tal y como anteriormente he mantenido.

Por otra parte, la revisión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la decisión adoptada por el Tribunal sentenciador supone una forma de revisión de las sentencias firmes al margen del principio de cosa juzgada <sup>162</sup>.

Sin duda la ambigüedad de este precepto será fuente de numerosos conflictos de competencia de difícil solución.

#### **I).- Intervención del Ministerio Fiscal. Instituciones Penitenciarias y demás partes**

Por último, se ha de hacer referencia a que la nueva reforma exige para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria adopte la decisión de volver al régimen general el que sea oído no sólo el Ministerio Fiscal como ocurría antes de la modificación sino también a Instituciones Penitenciarias y a las demás partes.

---

salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.”

<sup>161</sup> Opinan que se trata de una norma de determinación de la pena y que por consiguiente la competencia corresponde al Tribunal sentenciador: CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena*, 1997, p. 153, nota 387. Entienden el artículo 78 como norma de ejecución: AYO FERNÁNDEZ, *Las penas Medidas de seguridad y Consecuencias accesorias*, 1997, p. 98; CONDE-PUMPIDO, en *Código penal*, 1997, p. 1243.

<sup>162</sup> En este sentido, CONDE-PUMPIDO, en *Código penal*, 1997, p. 1243, quien por su parte propone que más propio hubiera resultado que fuera el propio Juez o Tribunal sentenciador el que acordara el cambio de régimen y la modificación de su decisión inicial basándose en un informe emitido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Añade además, que en caso de recurso sobre la decisión del Juez de Vigilancia, al tratarse de una materia de ejecución de penas, el órgano que debe resolver el recurso es el tribunal sentenciador (disposición adicional 5ª, 2 LOPJ), con lo que finalmente puede corresponderle a él la resolución definitiva de la cuestión.

Como señaló la Consulta 3/93 de 9 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, el verdadero papel de los Fiscales debe estar orientado hacia un auténtico control de los expedientes penitenciarios “para asegurar, en defensa de la legalidad, el cumplimiento de todos los presupuestos exigibles para la aprobación de los derechos y beneficios propios de la fase de ejecución, para evitar que por la vía penitenciaria se hagan irrisorios los mandatos contenidos en las sentencias condenatorias”<sup>163</sup>; pero lo que el artículo 78 requiere es algo anterior a un control sobre el merecimiento de estos beneficios, lo que pide esta norma es que el Ministerio público informe sobre si ese sujeto tendrá o no derecho a que le sean aplicables los beneficios penitenciarios, antes de que se den sus presupuestos.

El papel, sin embargo, de Instituciones Penitenciarias tiene un mayor sentido pues si de lo que se trata es de valorar la evolución del tratamiento reeducador, nadie mejor que Instituciones Penitenciarias para transmitir dicha información al Juez de Vigilancia Penitenciaria..

La intervención de las demás partes viene justificada igualmente por el principio de contradicción que debe presidir en todo momento la toma de una decisión por un tribunal.

Resulta significativo que para la toma de la decisión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria sí se exija que se acuerde razonadamente, lo que sin embargo no se preveía para la adopción del régimen especial, por ello insisto en que dicha motivación deberá siempre quedar reflejada en la sentencia.

#### **J).- Valoración del artículo 78**

El gran obstáculo de este precepto ha sido siempre el compatibilizarlo con el principio resocializador de las penas (artículo 25.2 de la Constitución Española).

---

<sup>163</sup> Publicada en *ADPCP*, 1994, pp. 240-249.

En este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial, sobre el Anteproyecto de Código penal de 1992, declaró que, la restricción en la aplicación de los beneficios penitenciarios no generaba conflicto alguno con la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, pues, como señalaba una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, la reeducación y reinserción social no constituyen la única finalidad de la pena según el artículo 25.2, y, por tanto, de ellas no se derivaba derecho fundamental que fuera susceptible de amparo <sup>164</sup>. Estas finalidades, tan sólo tienen el valor de una orientación de política-criminal dirigida al legislador. A ello añadía el informe, que “ni la resocialización del delincuente es siempre posible, ni muchas veces resulta necesaria, ni en el ámbito de los delincuentes por convicción parece claro que quepa llevarla a cabo por medio de la pena, ni finalmente cabe decir que se halle conceptualmente ligada a las posibilidades de acortamiento de la pena privativa de libertad”. “Para estos delincuentes el sistema de acumulación limitada o mitigada es de racionalidad dudosa por el trato de favor que le otorga al reo” <sup>165</sup>.

Pero, que el legislador no esté obligado a conseguir la resocialización de un individuo no quiere decir que se le legitime para imponer obstáculos que dificulten la futura incorporación pacífica del interno a la sociedad. Por otra parte, es cierto, que la resocialización no es el único fin de la pena y que no todo sujeto pueda o quiera ser readaptado, pues incluso hay algunos que ni siquiera lo necesitan por no ser sujetos inadaptados, pero lo que está claro es que el legislador lo que no puede es prejuzgar de antemano que todo sujeto en el que concurren circunstancias como las descritas en el artículo 78 no sea merecedor de una oportunidad: ¿para qué, entonces, hablar de un tratamiento o de una corrección?, si los beneficios penitenciarios y la libertad condicional preparan al sujeto para su incorporación a la sociedad, ¿qué ocurrirá con

---

<sup>164</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 150/ 1991, de 4 de julio, y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1993 (A. 2548).



aquellos sujetos que tras cumplir, por ejemplo 40 años de prisión deban regresar a la sociedad?, ¿serán capaces de adaptarse a su nueva vida?

La constitucionalidad de este artículo se mantiene gracias a las facultades discrecionales que se le otorgan a los jueces, ya sea al Tribunal sentenciador o a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pero de lo que no cabe duda, es que esta norma se opone radicalmente a los principios que han de regir la individualización y ejecución de una pena privativa de libertad. En nuestro sistema penitenciario preside la idea de atender a la personalidad del delincuente y a sus necesidades psicológicas para ofrecerle un tratamiento adecuado y prepararle en su futura incorporación a la sociedad (sistema de individualización científica). Una idea que, sin embargo, no podrá ser de aplicación a los condenados a los que se le aplique el artículo 78, porque la libertad condicional, que se configura por el artículo 72.1 Ley Orgánica General Penitenciaria como el último de los grados de este sistema, como ya hemos visto, no la podrán alcanzar, ni podrán gozar de otros beneficios penitenciarios, de permisos de salida o del régimen correspondiente al clasificado con el tercer grado. Por lo tanto, desde un punto de vista político-criminal, esta norma tampoco, resulta adecuada.

Por otra parte, la intención del nuevo legislador, según la Exposición de Motivos, ha estado presidida por la necesidad de desterrar de nuestro sistema las penas de prisión de larga duración por ineficaces y perniciosas, por lo que una norma como la analizada, contradice la propia esencia de este nuevo texto legal.

En definitiva, el artículo 78 no es más que un parche para el sistema de acumulación material, sistema sancionador incapaz de dar una respuesta adecuada a la concurrencia delictiva tanto desde el punto de vista penal como social.

---

<sup>165</sup> Publicado en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 48, 1992, pp. 642-775.

Si se hubiera modificado el sistema de acumulación por el de exasperación obligatoria, el problema social que el mismo ha creado se hubiera solventado sin necesidad de acudir a reglas tan injustas como la que supone la del artículo 78, de prohibir *a priori*, a una persona a acceder a unos beneficios penitenciarios que habría de ganarse con su conducta de futuro.

Por último, como ya he señalado anteriormente simplemente con exigir un control real en la concesión de los beneficios penitenciarios y de la libertad condicional por el Ministerio público y por los Jueces de Vigilancia penitenciaria, un artículo como el 78 no hubiera hecho falta.

## ***CAPÍTULO XII***

### ***CONCLUSIONES***

1.- Tanto la doctrina como la jurisprudencia española siempre ha reconocido en el concurso ideal la existencia de una pluralidad delictiva. Por ello el debate nunca se ha centrado, como ocurriera en Alemania, en la idea de que el concurso ideal pudiera constituir un supuesto de unidad delictiva. La definición legal del concurso ideal en nuestros textos legales, las polémicas sobre si el mismo podía venir constituido por delitos y faltas o simplemente por éstas, y el hecho de que el concurso ideal se regulase conjuntamente con el concurso medial, un supuesto auténtico de pluralidad delictiva, hizo que nuestros autores afirmasen desde un principio la naturaleza plural de esta modalidad concursal.

La definición legal que se diera a la concurrencia ideal en el Código penal de 1848 dejaba poco margen de duda pues reconocía expresamente que un mismo hecho podía constituir dos o más delitos. La referencia al término “delitos” derivados de un mismo hecho resultaba mucho más clara que la redacción dada al precepto penal alemán, que se refería en general a “preceptos penales”.

Es evidente que la circunstancia de que un mismo hecho pueda vulnerar varios preceptos penales puede dar lugar tanto a un concurso de normas como o a un concurso ideal, según resulte necesaria la aplicación de uno solo o de varios de estos preceptos para cubrir el contenido de injusto total del hecho. De la valoración jurídica del hecho y de la interpretación de los tipos sobre el mismo dependerá la solución. Por el contrario, la alusión a que de un mismo hecho se deriven dos o más delitos se sitúa ya en una fase posterior, pues la

fase de interpretación de los tipos y la valoración jurídica del hecho único ya se ha efectuado y en consecuencia resultan de aplicación varios tipos penales y varios serán entonces los delitos concurrentes.

Sin embargo ni la doctrina ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo pudieron escapar de la influencia de los autores italianos a la hora de buscar el fundamento de esta figura concursal. Así, la unidad de propósito del agente frente a la unidad de acción se convirtió en el sustrato del concurso medial. Y en dicha unidad de fin se justificaba la benignidad de su consecuencia jurídica frente a la del concurso real. Pero este fundamento tuvo también como consecuencias, como ocurriera con la doctrina italiana que esta figura concursal se identificara con el delito complejo y/o el delito compuesto, y a su vez se difuminaran las diferencias con la figura del concurso medial.

En efecto, en este sentido las aportaciones de Carrara, Pessina y Alimena tuvieron una importante repercusión entre nuestros autores de mediados del siglo pasado. En primer lugar, porque de la misma forma que estos autores, la doctrina española y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo identificaron como concurso ideal tanto los supuestos en los que con un solo hecho se cometiesen varios delitos, concurso ideal en sentido estricto, como cuando se realizase un delito como medio para la comisión de otro, concurso medial, ya que ambos tenían el mismo fundamento jurídico: la unidad de propósito. No obstante, y a diferencia de los autores italianos se sostuvo la pluralidad delictiva de ambas figuras concursales. Sin duda el hecho de que además ambas modalidades concursales estuvieran sancionadas de la misma manera y su regulación apareciese en el mismo precepto penal contribuyó a que dicha teoría alcanzase un papel predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Y en segundo lugar, porque se utilizó también las denominaciones de delito compuesto y/o complejo para designar al concurso ideal y al concurso medial, aunque con la salvedad ya apuntada de que si para los autores italianos estos supuestos pudieran ser supuestos de unidad delictiva, para la doctrina y

## *Conclusiones*

jurisprudencia española, a pesar del significado gramatical de la denominación, se les reconocían naturaleza plural.

El sistema de pena única que se preveía para estas modalidades concursales favoreció en gran medida la configuración del concurso ideal como una reunión de varios tipos penales en uno solo merecedor de una pena inferior que en los supuestos de concurso real. La razón por la que dicha pena debía ser menos grave se sustentaba en la unidad de fin del agente, como criterio unificador de los tipos concurrentes frente a los supuestos de concurso real, en los que dada la pluralidad de fines propuestos por el sujeto merecía ser sancionado con mayor dureza.

En definitiva el debate se centró en buscar el criterio que delimitase las distintas modalidades concursales y en encontrar la razón de su diferente punición.

2.- A partir de los años 70 se abandona este criterio de la unidad de fin como fundamento del concurso ideal y se sustituye por el criterio de la unidad de acción, sobre la base del tenor literal de la definición legal del concurso ideal de delitos. Es entonces cuando se dificulta la delimitación del concurso ideal pues ya no sólo ha de buscarse su fundamento frente al concurso real, sino también frente a los demás supuestos de unidad delictiva que participan del mismo presupuesto: la unidad de acción. Y es también en este momento cuando la influencia de los autores alemanes comienza a hacerse presente.

La concepción de la “unidad de acción” como fundamento del concurso ideal y de lo que por tal ha de entenderse constituye uno de los grandes problemas de interpretación para la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. En efecto, son varios los criterios que se han utilizado a la hora de definir y delimitar el contenido de la “unidad de acción”. Y en este sentido cabe señalar, que aun cuando pudiera parecer que nuestro Tribunal Supremo acude al criterio de la unidad natural de acción para definirlo lo que en realidad utiliza son criterios de naturaleza puramente jurídica; como por ejemplo el recurso a las

propias cláusulas que el legislador emplea en la redacción de los tipos y que en determinados casos son interpretadas como referencias del mismo legislador a la exclusión de la unidad de acción; en otras ocasiones niega ésta en atención a que los delitos concurrentes se hayan cometido de forma dolosa; o acude a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro para afirmar o negar la unidad de acción. Es evidente que tales criterios en los que se pretende sustentar la unidad de acción no son criterios prejurídicos.

Mucho más acertado es el acudir al criterio jurídico que aportan los propios tipos concurrenentes, pues la unidad de acción como presupuesto del concurso ideal constituye una parcela de realidad que debe ser objeto de una valoración jurídica, una valoración que en estos casos será plural porque la aplicación de un solo tipo no resultará suficiente para abarcar todo el contenido de injusto de la misma. Y sin duda, dicha valoración se habrá de realizar teniendo como referencia a los tipos penales como únicos parámetros sobre los que efectuar la misma. Ahora bien, entendiendo que la unidad de acción no depende del número de realizaciones típicas porque si así fuera, el concurso ideal no existiría. En definitiva, lo que resulta común a los distintos tipos en concurrencia ideal son los actos de voluntad y desde una perspectiva jurídica éstos vienen determinados por los procesos ejecutivos o conducta típica de los mismos; de tal forma que como los procesos ejecutivos son los que resultan comunes a los distintos tipos que concurren, la identidad que medie entre los mismos es la que define el concepto de unidad de acción como fundamento de este tipo de concurrencia. Además, esta identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes es la que permite distinguir entre la unidad de acción propia de la concurrencia ideal de la unidad de acción presupuesto igualmente de la unidad de delito. En definitiva: la unidad de acción del concurso ideal es igual a la identidad de los procesos ejecutivos.

3.- El concepto de la “unidad de hecho” por el que se entiende que el sustrato a valorar debe quedar conformado tanto por el momento ejecutivo o

## *Conclusiones*

proceso de ejecución, como por el proceso causal y el resultado producido, acaba por introducir en la valoración del sustrato fáctico otros criterios ajenos a los anteriores y que nada tienen que ver con el concepto de unidad de acción ni de la unidad del hecho, según su propia definición. Así, por ejemplo, se alude por Córdoba Roda a la unidad de propósito; Mir Puig reduce el resultado producido al resultado exclusivamente material; o Joshi Jubert que lo relaciona directamente con los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados y con el objeto material portador de éstos; o se atiende al tipo de dolo de los delitos concurrentes como últimamente hace el Tribunal Supremo.

Las consecuencias que se derivan de este concepto de “unidad de hecho” van mucho más allá del intento de definir el fundamento del concurso ideal, pues de lo que se trata es por un lado, de reducir el ámbito de aplicación de esta figura concursal hasta tal punto que la haga casi inexistente y por otro lado y como consecuencia de lo anterior establecer al margen de la ley un tratamiento sancionador unitario para todo los supuestos concursales.

4.- En efecto, se ha llegado a cuestionar e incluso a negar el menor contenido de injusto del concurso ideal frente al concurso real. Sin embargo, creo que pueda existir ninguna duda de que el concurso ideal es una cuestión de injusto penal. Los tipos están constituidos por un desvalor de acción y un desvalor de resultado, y ambos determinan el contenido de injusto del comportamiento de un sujeto. Por ello, cuando un sujeto con una misma acción provoca la lesión o puesta en peligro de dos o más bienes jurídicos, su comportamiento tiene un contenido de injusto superior que cuando con una sola acción se lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico. En este caso, el desvalor de acción es idéntico para ambos supuestos pero no el desvalor de resultado, pues en el segundo de los casos mencionados la intensidad del desvalor de resultado, material o ideal, es superior. Y esto obliga a que la concurrencia ideal merezca una pena superior que en los casos de unidad de delito. Por tanto, lo que permite afirmar que el concurso ideal merece una

tratamiento punitivo superior a los supuestos de unidad de delito es la mayor intensidad del desvalor de resultado.

Pero para diferenciar entre el concurso ideal y el real no es necesario acudir al desvalor de resultado pues dicha diferencia viene dada por el desvalor de acción. El desvalor de resultado es un elemento de injusto distinto e independiente del desvalor de acción, y no puede aumentar el desvalor de acción a través de su propio desvalor, según pretenden los partidarios del concepto de unidad del hecho. La diferencia entre el concurso ideal y el concurso real está precisamente en el desvalor de acción, pues en el primero la acción es única y en el segundo son múltiples las acciones desvaloradas. En consecuencia, la concurrencia ideal merece un tratamiento sancionador diferenciado al de la concurrencia real y además éste debe ser más benévolo.

La necesidad de un tratamiento punitivo distinto para la concurrencia ideal de la real viene exigida por el principio constitucional *ne bis in idem* y por el principio de proporcionalidad de las penas. Si la acción que constituye el sustrato de valoración es idéntica para cada una de las infracciones en concurso, el desvalor de la misma no puede ser tratado de la misma manera que si las acciones fuesen distintas, pues el desvalor que supone la reiteración de las acciones es muy superior. Siendo esto así, una solución punitiva idéntica para ambos supuestos vulnera el principio de proporcionalidad de las penas al tratar de la misma manera situaciones desvaloradas de manera diferente. Pero además constituye una vulneración del principio constitucional *ne bis in idem* ya que en un supuesto de concurso ideal hay una identidad fáctica y si se duplican las penas aplicando las reglas del concurso real, se sanciona dos veces un mismo hecho.

5.- La pretensión de los autores partidarios del concepto de la “unidad de hecho” de reducir el ámbito de aplicación de la figura del concurso ideal responde a una razón lógica, y que no es otra que la insuficiencia punitiva del sistema de absorción agravada que prevé el Código penal para esta figura



## Conclusiones

concurzal. Pero en mi opinión el camino utilizado no es el adecuado, pues una consecuencia jurídica inadecuada no debe ni puede modificar los fundamentos de una institución jurídica sino todo lo contrario. Definida la figura concurzal si la consecuencia jurídica no es adecuada o proporcional a su contenido de injusto lo que habrá que modificar será ésta y no su contenido natural. El fundamento de la concurrencia ideal responde a un valor de injusto determinado y si la consecuencia jurídica prevista no se corresponde con el mismo, lo que procede es de *lege ferenda* modificar el sistema punitivo, pero nunca forzar su presupuesto hasta tales extremos que lo que se consiga sea castigar auténticos supuestos de concurrencia ideal como concursos reales.

6.- Ciertamente el concurso ideal supone un “superávit” frente a los demás tipos de injusto unitarios, pues se trata de una concurrencia de estos tipos y además goza de unas características específicas que vienen dadas precisamente por su configuración estructural: la unidad de acción como vínculo de unión entre los tipos concurrentes. Un vínculo que condiciona no la valoración de los tipos concurrentes sino la de la propia concurrencia. Sin embargo, no soy partidaria de hablar de un tipo especial o de un “supertipo”, como Mir Puig o Cerda Riezu, pues dicha denominación puede conducir a la búsqueda de unos elementos añadidos, distintos de los propios de los tipos concurrentes o a modificar el fundamento de esta institución concurzal que acabe, como ya ocurriese en nuestra doctrina y jurisprudencia, en una identificación del concurso ideal como un delito compuesto y/o complejo, que a la postre supone una desnaturalización de la figura del concurso ideal en la que los tipos a pesar de la “unidad de acción” que los vincula siguen manteniendo su independencia.

7.- La unidad de acción como identidad total de los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes podrá total se da siempre que los procesos ejecutivos de los delitos en concurso coinciden plenamente o cuando el proceso ejecutivo de un delito comprende en sí la totalidad de la actividad ejecutiva del otro u

otros, ya que en ambos supuestos todos los actos ejecutivos resultan finalmente comunes a los tipos en concurso. Y será parcial cuando las actividades típicas se corten presentando sólo una zona común.

Esta última modalidad suele reconducirse al concurso medial, lo que significa que para la apreciación de este tipo de concurrencia se esté exigiendo algo más que la mera preordenación psíquica del sujeto. En efecto, si cuando existe este tipo de identidad parcial lo que se da es un concurso medial se está requiriendo que el proceso ejecutivo correspondiente al delito medio deba ser parte del proceso ejecutivo del delito fin. Al exigirse, pues, esa coincidencia al menos parcial entre los delitos medio y fin, los tipos dejan de ser independientes y la naturaleza de concurso real que se le atribuye a este tipo de concurso queda entredicho.

Sin embargo en mi opinión, el Tribunal Supremo al aproximar el fundamento de estas figuras concursales, medial e ideal, lo que trata es de justificar la punición conforme al sistema de absorción agravada, sistema sancionador previsto para ambas modalidades. Con ello, el alto tribunal reconoce por un lado que la coincidencia entre los procesos ejecutivos de los tipos concurrentes exige de un tratamiento sancionador distinto de aquellos supuestos en los que las acciones son absolutamente independientes. Y por otro, admite la posibilidad de distintos grados de identidad entre procesos ejecutivos, merecedores todos ellos de un tratamiento sancionador distinto del concurso real.

Pues bien, estos distintos grados de identidad que pueden darse entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes exigen de un sistema sancionador flexible que faculte al juzgador a imponer una sanción proporcional al contenido de injusto de los hechos.

No obstante, creo que este tipo de identidad debe ser calificada de concurso ideal y no de medial.

## *Conclusiones*

8.- El denominado concurso ideal por efecto abrazadera no puede calificarse como tal concurso ideal ya que en él se reúnen delitos en los que no existe unidad de acción y la que existe no puede extender sus efectos hasta tal punto que permita reunir en un concurso ideal hechos que en si mismos son independientes, pues el mayor contenido de injusto que representan estos últimos impide que se vean privilegiados punitivamente por el mero hecho de concurrir en unidad de acción con otros delitos. Ahora bien, negar la posibilidad de esta modalidad no significa que en dichos casos haya de afirmarse, sin más, que existe un concurso real entre todos ellos (teoría del desmembramiento), pues ello resultaría igualmente injusto dada la unidad de acción que se quiera o no existe entre varios de los delitos concurrentes.

Por ello, para solventar estos supuestos y en atención al sistema punitivo de absorción agravada previsto en nuestra legislación para el concurso ideal lo más adecuado sería el establecer un concurso ideal entre el delito abrazado y el abrazante, en concurso real con los restantes delitos concurrentes. Esta solución mantendría en parte el fundamento del concurso ideal al apreciar una unidad de acción donde realmente existe y además conseguiría imponer una pena intermedia entre la que resultase de aplicar exclusivamente un concurso ideal o un concurso real, y en consecuencia la sanción se ajustaría más al total contenido de injusto de los hechos cometidos.

El problema vendrá dado por determinar cuál de los delitos abrazados deberá ser el elegido para establecer la concurrencia ideal con el delito abrazante y cuál de ellos entraría entonces en concurrencia real. En mi opinión, la concurrencia ideal debería conformarse por el delito abrazante y aquel de los delitos abrazados cuyo proceso ejecutivo coincida en más elementos con el delito abrazante, dejando a la concurrencia real aquel delito cuya identidad en el proceso de ejecución con el concurrente fuera menor. En caso de identidades iguales la elección sería indiferente. Se trata pues, de imponer un desmembramiento parcial que conjugue ambas situaciones concursales.

No obstante, *de lege ferenda* un sistema punitivo de absorción agravada con exasperación facultativa para el concurso ideal y de exasperación obligatoria para el concurso real facilitaría una respuesta más adecuada a estos supuestos concursales intermedios.

9.-El sistema de incriminación de los tipos imprudentes del Código penal de 1995, *crimina culposa*, obliga a que en los casos en los que se produzca una pluralidad de lesiones a bienes jurídicos protegidos mediante una misma omisión del deber de cuidado se deba apreciar un concurso ideal de delitos o faltas imprudentes.

10.-La tesis de los partidarios del concepto de “unidad de hecho” quiebra cuando se trata de concurrencia delictiva imprudente. Para estos supuestos, se sostiene que el resultado no produce los mismos efectos en el concepto de unidad de acción que en los delitos dolosos de resultado, a pesar de que también el resultado forme parte los citados tipos. La razón que lleva a optar por esta definición del fundamento del concurso ideal distinta para los delitos imprudentes que para los delitos dolosos de resultado radica una vez más en la consecuencia jurídica que habría de imponerse. En efecto, la aplicación de las reglas del concurso real a una misma omisión del deber de cuidado que produce una pluralidad de resultados lesivos resulta excesivamente gravosa en atención al contenido de injusto del hecho cometido.

11.- Dada la configuración de los actos preparatorios punibles como auténticos tipos delictivos cabe apreciar la concurrencia delictiva entre los mismos.

12.- En mi opinión las reglas del concurso en general y las del ideal en particular son también de aplicación a los tipos de participación. Partiendo de la teoría de la causación adecuada formulada por Roxin, creo que el carácter

## Conclusiones

dependiente de la participación respecto al hecho principal debe tener su reflejo al efectuar la valoración jurídica que merezca la participación como unidad o pluralidad delictiva, pero el comportamiento real del partícipe a éste pertenece y sólo a éste. Por lo tanto, la valoración del sustrato fáctico de su conducta será la determinante de la modalidad concursal que deba serle de aplicación.

13.- La independencia que mantienen los tipos que concurren idealmente permite la apreciación de todas las circunstancias modificativas presentes en los mismos, sin perjuicio de que su apreciación no podrá nunca ser objeto de una valoración múltiple que pueda vulnerar el principio *ne bis in idem*, o suponga un beneficio injustificado para el reo.

Asimismo, el hecho de que en el concurso ideal se declare la responsabilidad penal de todas y cada una de las infracciones concurrentes determina que sea posible la posterior aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia por cualquiera de ellas.

14.- Respecto de la prescripción de los delitos en concurso ideal, en mi opinión se han de rechazar los criterios que consisten en atender a la suma de las distintas infracciones concurrentes o sólo al plazo previsto para el delito más grave. En el primer caso, porque supondría un alargamiento desmesurado del plazo y en el segundo porque la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 131 del Código penal, supone una aplicación analógica contra reo ya que las consecuencias que de la misma se derivan son perjudiciales para el mismo pues, supone extender el plazo de prescripción del delito más grave al menos grave, lo que ya en sí es una agravación respecto de este último. Y aunque el propio el artículo 131 establezca un criterio de elección de la pena más grave para aquellos supuestos en los que un mismo delito esté sancionado con más de una pena, esto es, cuando hay unidad de delito pero con concurrencia de penas, dicho criterio no puede hacerse extensivo al concurso

ideal en tanto en el mismo lo que se da no es una concurrencia de penas sino de delitos.

Ahora bien, tampoco la pena que se ha de tener como referencia para fijar el plazo de prescripción debe ser la resultante de la aplicación del principio de absorción agravada. Ciertamente es, que el legislador desvalora las conductas que tipifica como delitos o faltas a través de una pena, y que la pena única que prevé para el concurso ideal constituye el reproche total de la concurrencia de las distintas infracciones, y por consiguiente, esta pena única podría ser el referente a fin de fijar un plazo de prescripción común a todas las infracciones en concurso ideal. Sin embargo, creo que si bien el concurso ideal puede ser sancionado con una pena única, la pluralidad de infracciones que lo componen siguen manteniendo su individualidad hasta el momento de la aplicación de dicha pena única, y por tanto los plazos de prescripción de las distintas infracciones concurrentes también mantienen su independencia a todos los efectos.

La prescripción del delito es una causa de extinción de la responsabilidad penal que no debe verse afectada por el hecho de que concurra con otras infracciones cuya responsabilidad sí puede exigirse. Otra afirmación resultaría injusta, pues con un criterio distinto, esto es, creando un nuevo plazo de prescripción conjunto, se exigiría por un lado, responsabilidad por una infracción que está prescrita según lo previsto por el legislador de no concurrir con otro delito o falta, y por otro se estaría exigiendo un plazo mayor a las infracciones que concurren idealmente que a las que concurren realmente, para las que sin embargo se predica que cada infracción dé lugar a su propio plazo de prescripción.

15.- La pena a tener en cuenta para determinar la prescripción de la pena impuesta por el principio de absorción agravada que sanciona el concurso ideal será la pena definitiva que refleje la sentencia firme, en tanto ésta representa la valoración conjunta y definitiva de todos los delitos concurrentes.

## Conclusiones

16.- En un principio los indultos, ya sean totales o parciales, no afectan de forma especial a la concurrencia ideal de delitos en tanto éstos despliegan sus efectos sobre el cumplimiento de la condena. No obstante, un indulto parcial o total que tenga como causa alguna de las infracciones en concurrencia para la que se hubiese aplicado el principio de absorción agravada, obliga al tribunal sentenciador a practicar una nueva individualización de la pena afectada por el indulto pero sólo a efectos extintivos de la condena.

17.- En la medida en que las modalidades concursales determinan la responsabilidad específica de cada sujeto, la calificación jurídica a efectos del principio acusatorio debe comprender la modalidad concursal por la que se acusa, y en consecuencia la sentencia debe ser congruente con la misma, máxime en el concurso ideal cuyo fundamento es la unidad de acción que conforma el hecho que se imputa.

Por consiguiente, cualquier modificación del tribunal sentenciador a favor de un concurso real frente a la acusación de un concurso ideal debe someterse a lo dispuesto por el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo contrario entiendo que limita el derecho de defensa reconocido constitucionalmente y conlleva una vulneración de la contradicción necesaria en todo proceso penal.

Propongo que de *lege ferenda* se incluya en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una referencia a las modalidades concursales.

18.- Tras el análisis de distintos supuestos del Código penal en los que a través de diferentes cláusulas se exceptiona aparentemente la aplicación de las reglas generales de la concurrencia delictiva se concluye que dichas cláusulas deben desaparecer del texto legal por las siguientes razones.

En primer lugar, porque como puse de manifestado al hilo de la exposición del artículo 346 del Código penal, las citadas reglas pueden resultar

inconstitucionales ya que aparentemente imponen la aplicación de un concurso real cuando se da un verdadero supuesto de concurso ideal, y ello supone una vulneración del principio constitucional del *ne bis in idem*, al valorar jurídicamente dos o más veces la misma acción.

En segundo lugar, porque al establecer excepciones a las reglas concursales generales sobre la base de criterios muy dispares se genera un trato sancionador diferente en atención a los delitos que concurren, y ello da lugar a situaciones realmente injustas.

Y en tercer lugar, porque dichas cláusulas lo que introducen por la vía de la excepcionalidad son modificaciones a la naturaleza y fundamento de las distintas figuras concursales, y ello sólo contribuye a desfigurarlas y en consecuencia a provocar un mayor grado de inseguridad jurídica en la aplicación de la teoría concursal.

19.-La cláusula “sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por...” como previsión legal sobre la posibilidad de incurrir en nuevas responsabilidades en contraposición a las que para la concurrencia de leyes se recogen también en el texto legal, debe ser objeto de una interpretación acorde con el fundamento de las distintas formas concursales. Así, si bien las cláusulas a las que me he referido en el punto anterior afectan directamente al concepto de unidad o pluralidad de acciones, éstas inciden en la apreciación de la identidad de los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes. Por ello, deben entenderse única y exclusivamente como un simple recordatorio para los aplicadores del Derecho sobre la alta probabilidad de que determinados delitos puedan concurrir con otros tipos, pero sin que ello suponga que quede determinada la forma concursal aplicable.

La línea interpretativa que defiende que estas cláusulas hacen referencia a la aplicación a las reglas del concurso real no es acertada, pues la modalidad concursal a aplicar vendrá determinada por la existencia o no de identidad entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes.



## *Conclusiones*

La aplicación en estos casos de las reglas del concurso real cuando realmente se da la figura del concurso ideal viene dada por la necesidad de imponer una pena superior a la que correspondería en aplicación del principio de absorción agravada, como sistema sancionador previsto para el concurso ideal. Sin embargo, si el concurso de delitos a aplicar se determina no por la concurrencia que realmente existe sino por la pena a imponer, se está concediendo a los órganos judiciales una competencia que sólo corresponde al poder legislativo, en clara contradicción con la propia configuración de un Estado de Derecho. Y lo que es más, si a la hora de interpretar los tipos penales se otorga un protagonismo extraordinario a la sanción a imponer, prescindiendo de los análisis dogmáticos de los mismos, se estará primando una justicia al caso concreto.

La jurisprudencia de nuestros tribunales, y especialmente la del Tribunal Supremo se decanta mayoritariamente por entender que con las citadas cláusulas se hace referencia a la aplicación de las reglas del concurso real. Lo que conlleva a su vez importantes consecuencias para la configuración del concurso ideal, como es por ejemplo el que nuestro alto tribunal con ello limite la aplicación de esta modalidad concursal únicamente a los supuestos en los que se dé una identidad total entre los procesos ejecutivos de los delitos concurrentes, reduciendo así el ámbito de aplicación del concurso ideal a supuestos muy concretos. No obstante, existe otra corriente jurisprudencial minoritaria que acepta la posibilidad de que la referencia de las cláusulas analizadas sea a las reglas concursales en general, por lo que en dichos casos también cabe la apreciación de un concurso ideal. Es de lamentar que la jurisprudencia no haya asumido a este respecto una línea interpretativa uniforme porque con ello no contribuye a crear una teoría sólida sobre el concurso ideal, sino muy al contrario introduce elementos de inseguridad jurídica en contra de la función que debe desempeñar.

20.- La interpretación de la cláusula: “*los hechos se castigarán separadamente*”, prevista en los artículos 346 y 177 del Código penal de 1995, debe ceñirse a que con ella el legislador tan sólo pretende en dichos casos excluir las reglas del concurso de leyes a favor de las normas concursales en general y, no a las del concurso real. La determinación concreta de la regla concursal tendrá que venir dada por la unidad o pluralidad de acciones como presupuestos de la naturaleza jurídica de cada figura concursal.

21.- Estimo que de *lege ferenda* es necesaria la supresión del artículo 383 del Código penal de 1995 por las soluciones jurídicas injustas a las que conduce. Si bien, de *lege lata* debe entenderse que dicho precepto faculta a los jueces y tribunales a que en los casos en los que del delito de peligro se deriven una pluralidad de resultados procede aplicar la pena más grave utilizando como parámetros para la comparación la pena del delito de peligro correspondiente y la obtenida de aplicar las reglas concursales entre los distintos delitos imprudentes concurrentes.

22.- Se concluye que existen criterios sancionadores previstos para la teoría del concurso a los que les resulta muy difícil determinar una pena proporcional a la gravedad de los hechos y adecuar la misma con las finalidades de la pena. Así, criterios como el de la pena unitaria responde más a un Derecho penal del autor que a un Derecho penal del hecho; el sistema de acumulación aritmética resulta excesivamente retributivo; el sistema de absorción simple carece de efectos preventivos.

Por el contrario, los sistemas de combinación, absorción agravada y exasperación, aunque su aplicación resulte compleja, responden mejor a las finalidades sancionadoras de la teoría del concurso.

No obstante, en mi opinión, no resulta conveniente que las legislaciones opten de forma exclusiva por una fórmula sancionatoria única para cada modalidad concursal, pues la diversidad de grados de concurrencia delictiva

## Conclusiones

que se pueden presentar en el ámbito de los concursos en general, y sobre todo en el concurso ideal aconseja que se atribuya a los jueces y tribunales un cierto margen de flexibilidad en la aplicación de las penas.

Las soluciones jurídicas propuestas para sancionar las distintas modalidades concursales por los diferentes ordenamientos jurídicos analizados y las distintas propuestas que han existido a nivel internacional son muy diferentes. Así, en algunos países se establece un mismo tratamiento para el concurso ideal y el concurso real, optándose por el criterio de absorción o por el exasperación, normalmente complementados por la combinación de marcos penales en orden a la imposición de las penas accesorias y de las medidas de seguridad.

Por otra parte, en aquellos ordenamientos en los que se establece una diferencia punitiva entre ambas modalidades concursales, los sistemas de punición elegidos resultan muy dispares. Es más, cuando la elección se centra en la creación de una nueva pena, cada legislación crea un nuevo marco penal sobre la base de diferentes criterios. Por otra parte, las consecuencias prácticas que se atribuyen al concurso ideal frente al real son bien distintas según cada ordenamiento. Así, en ocasiones se procede a imponer sistemas sancionadores muy próximos entre sí, o por el contrario las diferencias resultan muy acentuadas.

Común a las distintas opciones legislativas es el hecho de que en aquellas legislaciones en las que se ha procedido recientemente a una reforma penal, el sistema sancionador de acumulación desaparece como tal sistema punitivo y se le atribuye una función exclusiva de límite máximo para la punición de la concurrencia delictiva.

23.- Se propone *de lege ferenda* como sistema sancionador del concurso ideal un sistema de absorción agravada con exasperación facultativa. Y para el concurso real un sistema de exasperación obligatoria. El principio de acumulación material tan sólo debe desempeñar una función de límite al

sistema sancionador impuesto, por el que la pena a imponer nunca supere la suma de las penas correspondientes a las infracciones concurrentes.

Resulta preferible la previsión de un sistema sancionador general que permita a los jueces y tribunales una cierta flexibilidad a la hora de sancionar los diversos supuestos de concurso ideal que la creación de determinados tipos cualificados en la Parte Especial. La solución propuesta goza de la ventaja de poder proporcionar una solución global para todos los supuestos de concurso ideal especialmente graves, sin la posibilidad de incurrir en consecuencias jurídicas injustas que se darían en aquellos casos en los que por no existir una previsión legal el juzgador quedase obligado a recurrir al principio sancionador general previsto para el concurso ideal. Constituye además una labor imposible para el legislador tipificar todas las hipótesis de concurso ideal que requieren de una consecuencia jurídica superior al principio de absorción agravada dada la multiplicidad de situaciones que puedan originarse. Los supuestos más graves de concurso ideal vienen dados no sólo porque se atente a bienes jurídicos personalísimos como la vida o la integridad física, sino también por el número de delitos concurrentes y/o el grado de identidad entre los procesos ejecutivos.

La solución punitiva propuesta al ser menos rígida que la actualmente prevista en el Código penal evita que auténticos supuestos de concurso ideal se transformen por vía jurisprudencial y/o doctrinal en concursos reales ante la insuficiencia de la pena resultante como consecuencia de la aplicación del principio de absorción agravada.

La previsión de un principio de absorción agravada con exasperación facultativa y un sistema de exasperación obligatoria para el concurso real se justifica por la necesidad de que los criterios punitivos de ambas modalidades concursales tengan que guardar cierta proximidad pero no sean el mismo.

***APENDICE AL CAPITULO IV***

**ENMIENDAS PRESENTADAS AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO INTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS (BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. VII LEGISLATURA. SERIE A. PROYECTOS DE LEY. N° 129-7 DE 25 DE MARZO DE 2003).**

**ENMIENDA NUM. 1**

Grupo Parlamentario Mixto

**JUSTIFICACIÓN**

“El Bloque Nacionalista Galego formula esta enmienda a la totalidad, con petición de devolución, del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, con la que quiere dejar patente su rechazo a un proyecto de ley oportunista y que, más allá de sus contenidos simbólicos, amenaza con alejar el sistema penal español del paradigma europeo continental para aproximarlos a concepciones puramente retributivas de clara raíz estadounidense y que sólo han logrado, allí donde se han aplicado, multiplicar la población carcelaria, la inhumanidad (y la injusticia), del sistema penal y penitenciario; sin que, a cambio de tan alto precio, se haya producido reducción alguna de la criminalidad. Al contrario, países como El Salvador, Guatemala, Colombia o Argentina, por citar algunos ejemplos significativos donde la penalidad es notoriamente superior a la regulada en el vigente Código Penal, también cuentan con unos índices de delincuencia superiores.

Esta afirmación general se constata a través del análisis pormenorizado del proyecto de ley:

- En cuanto a la introducción de lo que se llama la garantía mínima de cumplimiento (con la consiguiente reducción de las posibilidades de acceder al tercer grado o a la libertad condicional), el proyecto introduce modificaciones difícilmente compatibles con las finalidades de reinserción y reeducación constitucionalmente establecidas en el artículo 25.2.º CE para las penas privativas de libertad, al hacer prevalecer sobre éstas finalidades estrictamente retributivas y securitarias.
- Respecto de la elevación del límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad a 40 años, el proyecto introduce una cadena perpetua encubierta con

una regulación mucho más dura que la establecida en algunos Estados europeos continentales que, como Alemania, recogen esta pena en su legislación. Es conveniente recordar, a estos efectos, que el vigente párrafo 38.2.º del vigente Código Penal alemán establece que el límite de la prisión temporal es de 15 años, al tiempo que el párrafo 57.A del mismo cuerpo legal, al regular la cadena perpetua, establece que el Tribunal sentenciador podrá conceder la libertad al penado a los 15 años, recogiendo de este modo una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (iniciada con la sentencia 187/1967), según la cual la constitucionalidad de la cadena perpetua se condiciona a que ésta no suponga privar al preso de la perspectiva de una salida en libertad a través, incluso, de la libertad condicional.

Así pues, y frente a lo que tantas veces se afirma desde el Gobierno, la reforma que se combate no acerca el ordenamiento español a otros ordenamientos de nuestro entorno y de nuestra tradición jurídica; sino que, al introducir una verdadera cadena perpetua, además de violar abiertamente la vigente CE, nos aleja de la tradición jurídica europea continental para aproximarnos -al igual que sucede en el ámbito de la política exterior- a sistemas como el norteamericano.

- En esta misma línea de endurecimiento, de acento en lo retributivo y de pérdida de vista de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, deben inscribirse otras medidas como, por ejemplo, la reforma propuesta del artículo 78 del Código Penal, que obliga a calcular la concesión de ciertos beneficios penitenciarios -como los permisos ordinarios- sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento. De este modo se olvida que, desde una perspectiva constitucional, los permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional son instrumentos que establecen un itinerario resocializador gradual de los penados a través de su contacto con la vida en libertad.

- Respecto de las reformas introducidas en el artículo 90 del Código Penal relativas al acceso a la libertad condicional, debe destacarse la introducción -a través del llamado arrepentimiento activo- de un nuevo concepto de resocialización alejado de los parámetros propios de un Estado de Derecho y, probablemente, contrario a principios y derechos constitucionalmente reconocidos tales como el libre desarrollo de la personalidad.

Con evidentes similitudes con el Derecho Penal de autor propio de los totalitarismos del siglo XX, el proyecto de ley se aleja del concepto democrático de resocialización -es decir, la resocialización entendida como el respeto a la ley penal- para pretender una verdadera mutación caracteriológica del penado al que se reclama no sólo que repudie -como sería lógico- los medios empleados por la organización criminal de la que formaba parte, sino

también sus fines. En el mismo sentido, el proyecto va más allá de lo ensayado en otros Estados europeos como Italia (de la disociación del penado de la organización criminal a la que pertenecía), al exigir una colaboración activa difícilmente compatible con el principio de inexigibilidad que rige la culpabilidad penal.

- Por otro lado, es difícil entender cuál es el motivo del trato diferenciado que el proyecto de ley dispensa a determinados delitos (delitos de terrorismo y los realizados a través de organizaciones criminales, concepto jurídico por demás indeterminado y cuyo alcance sería necesario precisar), no se extiende a los que el propio Código Penal español vigente valora como los delitos más graves en él tipificados: a saber, los delitos de guerra y los delitos contra el derecho de agentes, en cuya persecución ni el Gobierno ni la Fiscalía se han mostrado especialmente activos.

- Es también reseñable el carácter simbólico y propagandístico de las modificaciones introducidas en el artículo 72.5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (condicionar la concesión del tercer grado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito), cuando en la enumeración que se realiza de determinados tipos en el párrafo segundo del precepto propuesto se olvidan delitos tales como, por ejemplo, el homicidio. Una vez más da la sensación de que el Gobierno actúa de forma oportunista al calor del escándalo provocado por ciertas excarcelaciones.

- Finalmente, es también significativo del oportunismo irresponsable que impregna el proyecto de Ley en su conjunto, el dato de que se prevea su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el "BOE". Se intenta dar una falsa imagen de eficacia olvidando que las normas penales han de contar una "vacatio legis" prolongada debido a su trascendencia y a la necesidad de las mismas sean asumidas e interpretadas por parte de los operadores jurídicos. Recuérdese que, sin llegar al extremo del vigente Código Penal alemán (que contó con una "vacatio legis" de seis años), el Código Penal español de 1995 entró en vigor a los seis meses de su publicación, siendo criticada la fijación de dicho plazo por la doctrina debido a su brevedad.

Por todas estas razones, el Bloque Nacionalista Galego presenta esta enmienda de totalidad, con la que, además, pide la devolución al Gobierno del proyecto de ley”.



## **ENMIENDA NÚM. 2**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

“Ni este Proyecto de Ley Orgánica ni el resto de reformas legales que el Gobierno remitirá en los próximos días a ésta Cámara pueden entenderse sin tener en cuenta, de forma integral, el debate sobre seguridad y penalidad mantenido en nuestro país en los últimos meses.

En esta línea de reflexión hay que citar los que, en estos momentos, son los antecedentes y rasgos fundamentales del modelo dominante en materia de seguridad ciudadana y respuesta policial, penal y penitenciaria pública a la misma.

En primer lugar, se ha creado de forma irresponsable y artificial una sensación subjetiva de inseguridad ciudadana que en nada se corresponde con la realidad. España es en el marco de la Unión Europea un país de violencia e inseguridad ciudadana realmente baja.

Este clima fue impulsado en primer lugar por el PSOE que, emulando al PSF y a L. Jospin, introdujo el tema de la inseguridad ciudadana con fines exclusivamente electorales, alejándose de todos los valores tradicionales del socialismo. Posteriormente, el PP reaccionó y entró en el debate de la inseguridad ciudadana seguro de que, como en Francia, en España también la derecha resultaría siempre victoriosa de un debate con la izquierda sobre esta materia. Paralelamente el PP ha mezclado el tema de la seguridad ciudadana, con la inmigración, con nuestro terrorismo ETA y con el clima creado con posterioridad al 11 de septiembre del 2001. De tal suerte que el PP entra en el debate de la seguridad ciudadana justificando las más extremas medidas contra el delito, contra ETA y su entorno e identificando inmigrante con delincuente, todo ello de forma conjunta, en una especie de "totum revolutum".

El resultado de esta política del Gobierno del PP es un evidente daño a determinados valores constitucionales (v.g.: reinserción del artículo 25 de la Constitución), una especie de racismo gubernamental encubierto y una política de tolerancia cero frente al "pequeño" delito. Todas estas medidas son parte del patrimonio tradicional de la derecha política, pero además el PP entiende que le pueden ser tremendamente rentables en términos electorales.

Al calor de todos estos acontecimientos, el PP ha impulsado una reforma penal integral encubierta bajo la filosofía de que todo es solucionable con mano dura penal (ETA, pequeña delincuencia, violencia doméstica, inmigración, etc.).

Sin embargo, frente a este modelo, hasta la fecha en buena media compartido por el PSOE y por el PP, desde Izquierda Unida queremos poner de relieve algunos hechos que nos parecen claramente reveladores de la degeneración electoralista que se ha alcanzado en esta materia.

España es, en términos relativos, un país seguro y de baja violencia. Todo ello sin negar el evidente rebrote que se ha producido en las estadísticas de delincuencia en los últimos meses. Repunte que sigue sin modificar la posición relativa de España en la Unión Europea en materia de criminalidad y violencia.

España es un país con una ratio policía per capita altísima (de hecho la segunda detrás de Italia en la Unión Europea). Otro asunto es que las diversas policías que tenemos están mal coordinadas, mal retribuidas, deficientemente formadas o dotadas. España es un país con muchos presos (más de 51.000 reclusos) y tenemos una de las ratios presos en relación a la población total más altas de la Unión Europea.

España es un país en el que el Gobierno del PP está consiguiendo privatizar la seguridad, reduciendo la seguridad pública (con una alarmante reducción de la inversión pública en esta materia) y potenciando el sector de la seguridad privada. Es decir, convirtiendo la seguridad en un bien del que se disfruta no en función de la ciudadanía, sino en función de la renta.

España es un país con pocos inmigrantes (en torno al 1% de nuestra población), especialmente si nos comparamos con algunos de nuestros socios europeos que se mueven en la banda del 5 al 10% de la población.

En España, como en el resto de occidente, los inmigrantes legales delinquen en menor proporción que los españoles (por encima de todo quieren que su familia resida legalmente y sin problemas en España).

Por otra parte, los inmigrantes (legales o ilegales) no alcanzan a protagonizar un tercio de los hechos delictivos. Hay que recordar algo que muchas veces el ambiente nos hace perder de vista: la residencia ilegal es una infracción administrativa, pero no una falta o delito penal. Y también conviene recordar que, si sólo un tercio de los delitos son cometidos por inmigrantes, la mayor parte de los delitos y faltas son cometidos por ciudadanos españoles.

En otro orden de cosas, el cacareado Plan Policía 2000 ha sido un fracaso rotundo y total del Gobierno del PP. Pura mercadotecnia sin nada tangible dentro.

Todos estos datos no han sido ponderados ni por el PP ni (de momento) por el PSOE y, de hecho, ni siquiera han sido analizados por el Gobierno que, de forma previa a implementar sus planes en materia seguridad y reforma

penal, se ha negado repetidas veces a elaborar un Libro Blanco de la Seguridad Pública que de forma objetiva y científica analizase las necesidades de España en esta materia. Carecemos de aparato estadístico y analítico científico y el Gobierno del PP no quiere procurarlo. La realidad (origen social y económico de casi todo el crimen) no debe estropearles su bonita plataforma electoral (es necesaria la mano dura para frenar a etarras, terroristas árabes, inmigrantes delincuentes y pequeños chorizos).

De hecho, el Gobierno del PP, con el hasta la fecha inestimable apoyo acrítico del PSOE, se ha limitado a utilizar la pretendida inseguridad ciudadana primero como una forma de captar cierto apoyo electoral (recordemos la pelea electoral Chirac, Jospin y Le Pen en torno a este tema); en segundo lugar, para evitar que el PSOE le abriese un frente electoral con esta materia, sin duda para seguir ganando votos con el discurso duro contra ETA; y finalmente para tapar las vergüenzas del "Prestige" (recordemos que el Presidente Aznar hablo de barrer las calles de pequeños delincuentes en diciembre, pero sólo lanza la cascada de Proyectos de Ley cuando el "Prestige" comienza a hacerles perder fuelle en las encuestas).

En respuesta al clima que hemos descrito someramente en los párrafos anteriores, el Gobierno del PP ha aprobado dos andanadas de política policial y penal represivas de un profundo calado:

1. En primer lugar el Plan contra la Inseguridad Ciudadana en diciembre del 2002.
2. Y en segundo lugar, la Reforma Penal (así y no de otro modo debe concebirse el alud de Proyectos de Ley penales) de enero del 2003.

El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida entiende que ambas reformas deben leerse de forma conjunta e integral. Y por ello debemos considerar como partes de una misma agenda pública las siguientes cuestiones:

- a) Los planes de aumentos espectaculares de las plantillas del Cuerpo Nacional de Policía.
- b) Los planes para aumentar las plantillas fiscales.
- c) La apuesta por la expulsión fulminante de los inmigrantes en situación irregular (incluyendo incluso a menores).
- d) Los juicios rápidos (más celeridad, menos garantías procesales y peor situación relativa frente a la justicia para las clases sociales más débiles; todo ello sin gastar un duro en medios materiales y humanos nuevos al servicio de estos juicios pretendidamente rápidos).

- e) La centralización de la vigilancia penitenciaria (susceptible de acabar en un mayor control ministerial de la misma).
- f) La reforma del estatuto del Ministerio Fiscal (mayor gubernamentalización del mismo).
- g) Y la reforma del Código Penal, de la prisión provisional, sistema de penas (endurecimiento de las mismas) y reforma de las condiciones de cumplimiento carcelario de las penas (dificultar los beneficios penitenciarios).

Estas últimas medidas son, sin duda, las estrellas mediáticas del último mes y medio. Pero entendemos que no se puede comprender estas reformas penales sin ponerlas en relación con el resto de operaciones emprendidas por el Gabinete Aznar en materia de interior y justicia.

El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida entiende que la ultraextensión arbitraria de la prisión provisional, el endurecimiento generalizado de las penas, la obstaculización del acceso a los beneficios penitenciarios o la muerte civil de determinados reclusos son contrarias a varios e importantes preceptos constitucionales. También consideramos que estas medidas ni frenarán la delincuencia (como así lo demuestra la experiencia en sociología criminal comparada) ni reducirán el apoyo a ETA, organización que ante los ataques penales se compacta y endurece, mientras que ante la reinserción de sus ex miembros se debilita.

Sea como fuere, todo este conjunto de medidas, desde nuestro punto de vista regresivas, puede suponer importantes y graves cambios en el modelo penal. El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida quiere destacar los siguientes:

- a) El derecho penal puede pasar de ser la ultima ratio a ser la primera solución para todo (todo se pretende solucionar con penas y cárcel).
- b) El derecho penal parece que se olvida del valor constitucional de la resocialización y se centra única y exclusivamente en la retribución. De hecho, de aprobarse estas normas penales y de ser santificadas por el Tribunal Constitucional, estaríamos ante una verdadera mutación constitucional. La letra de los artículos 9.3, 10 y 25.2 de la Constitución sería la misma, pero su prescriptividad material o práctica sería bien diferente.
- c) Las cárceles españolas, que ya están extremadamente saturadas (de las más saturadas de la Unión Europea), van a recibir nuevas oleadas de presos.

En definitiva, nos adentramos en un discurso penal duro que pretende ofrecer a la ciudadanía más seguridad a cambio de garantías jurídicas y

libertades. Transacción en la que, como es evidente, Izquierda Unida no puede estar, en modo alguno, de acuerdo.

En este punto Izquierda Unida quiere mostrar su oposición ante esta oleada de "tolerancia cero" y del "todos a la cárcel" alentada por el Gobierno del PP. Pero también queremos mostrar nuestra decepción ante la actitud, hasta la fecha, del PSOE que parece estar abandonando valores tradicionales y centrales de la izquierda política y dejando a la intemperie conservadora el Código Penal de 1995 que fue objeto de un consenso generalizado.

En el centro de cualquier discurso de izquierdas sobre seguridad ciudadana debe estar la siguiente idea que el PSOE parece haber abandonado por motivos meramente electorales: a mayor justicia social menor índice de delincuencia y a mayor y mejor Estado social también menor índice de delincuencia. Esta ecuación tan sencilla debe ser el punto de partida de cualquier política progresista en materia penal y de seguridad ciudadana. Desgraciadamente tenemos la impresión de que el PSOE pueda llegar a traicionarse a sí mismo en la lucha por un puñado de votos que, en todo caso, los obtendrá el PP, pues cualquier electorado (ahí está el ejemplo francés) prefiere a la derecha frente a la izquierda para aplicar políticas duras en materia penal, policial y penitenciaria.

Desgraciadamente tenemos la impresión de que Izquierda Unida puede llegar a quedarse sola en la defensa de un modelo social, jurídico y político centrado en la prevención del delito, en la remoción de sus causas sociales y económicas y en la reinserción frente a la retribución. No es una soledad buscada, pero tampoco va a ser rehuida si es necesaria para defender nuestras ideas. Ideas que, por otra parte, entendemos no sólo están animadas por un espíritu moral y humanista o avaladas por la Constitución española, sino que estamos convencidos que son las únicas ideas capaces de garantizar seguridad y libertad de forma armónica, eficaz y justa.

Tenemos el ejemplo de determinados Estados occidentales instalados firmemente en la retribución, la tolerancia cero y las penas privativas de libertad duras. A pesar de tanta dureza en esos países no se han rebajado los índices de delincuencia y esas sociedades no son seguras y de baja violencia.

Frente a un mercado desregulado y un Estado que se dedica a la punición penal protectora del derecho a la propiedad (es decir, frente a un Estado liberal clásico que en el siglo XXI está intentando volver al XIX), desde Izquierda Unida defendemos un Estado Social y Democrático de Derecho avanzado y poderoso capaz de remover las causas de las desigualdades sociales y económicas y en el que lo penal sea sólo la última frontera punitiva y lo penitenciario tenga un componente central resocializador.

No estamos proponiendo nada revolucionario. Simplemente estamos hablando del Estado Social y Democrático de Derecho de mediados del siglo XX. Sólo estamos reivindicando el Estado del Welfare State frente al "laissez faire" neoliberal. Aunque sabemos que en los tiempos de la globalización, la Sociedad de la Información y la "Nueva" Economía dicha defensa del Estado Social y Democrático de Derecho no puede hacerse sólo en sede estatal, sino que debe procurarse su defensa en los foros comunitarios europeos e internacionales. Ciertamente lamentaríamos que en la defensa de un proyecto que no deja de ser meramente socialdemócrata no estemos acompañados por los teóricos socialdemócratas españoles.

Este es, a juicio del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, el contexto en el que debe encuadrarse el debate sobre este Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Entrando ya en el concreto contenido del Proyecto de Ley Orgánica, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida quiere poner de relieve que el Gobierno del PP no le ha dado ni una sola oportunidad al Código Penal de 1995, pues a seis escasos años de su entrada en vigor, y cuando los operadores jurídicos habían empezado a conocer su mecánica interna, se pretende acabar con una obra penal hija del consenso y no precisamente "blanda" en términos punitivos. Desconocemos aún el efecto neto de los actuales artículos 76 y 78 del Código Penal del 95, pues éstos no han hecho más que empezar a andar. Y hay que señalar que los casos que se presentan por parte del Gobierno del PP como alarmantes a la opinión pública no lo son por la aplicación del Código Penal de 1995, sino del anterior. Y cuando el Ministro de Justicia afirma que el Código Penal de 1995 "anima a delinquir", simple y llanamente, miente de forma interesada. La voladura del Código Penal de 1995 tiene un profundo sentido de revancha ideológica de la derecha española que, ahora "sin complejos", pretende imponer una "praxis" retributiva alejada de la apuesta constitucional por la resocialización.

De hecho, este Proyecto de Ley Orgánica (así como la reforma penal integral del Gobierno del PP) nos propone una regresión en materia de penas a tiempos anteriores al Código Penal de 1944 (que ya fijaba el tiempo máximo de cumplimiento efectivo en 30 años). Todo ello, a pesar de la unanimidad científica en torno a los efectos destructivos de la personalidad del recluso por encima de los 15 ó 20 años de condena efectiva. Estamos pues ante un Proyecto de Ley Orgánica que se aparta del espíritu constitucional y que va en contra de la doctrina científica penitenciaria europea más consolidada.

Pero los vicios de este Proyecto de Ley Orgánica son también de orden jurídico constitucional e internacional. En primer lugar, esta reforma atenta, al

menos, contra los artículos 9.3 (seguridad jurídica, arbitrariedad e irretroactividad), 10 (dignidad humana) y 25.2 (resocialización) de la Constitución. Así como contra el artículo 10 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos y contra el Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo relativo a las penas inhumanas y degradantes.

Como consecuencia de todo lo anterior, este Proyecto de Ley Orgánica es también susceptible de contradecir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de resocialización de reclusos (STC 112/96 y siguientes sobre la resocialización como mínimo innegociable de la norma penal y penitenciaria y Sentencias del Tribunal Supremo conexas con las anteriores). Es tal el anacronismo de este Proyecto de Ley Orgánica que hasta infringe el recientemente aprobado Estatuto de la Corte Penal Internacional (ratificado por España) que entre sus apuestas técnico-políticas incorpora como límite máximo los 30 años de pena efectiva para los más abyectos crímenes imaginables por la humanidad.

Pero contra lo que verdaderamente carga este Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno del PP es contra el sistema de individualización científica (que implica, inter alia, la progresión y regresión en el tratamiento penitenciario) en el seno de las instituciones penitenciarias españolas. Se pretende un apartamiento del tratamiento subjetivo e individualizado, introduciendo obstáculos insalvables para la reinserción y resocialización de todos los reclusos en general y de determinados colectivos en particular.

Pero esta opción del Gobierno del PP por hacer, en la práctica, imposible el tercer grado (con su heterogéneo conjunto de medidas-artículos 80, 82, 182, etc. del Reglamento Penitenciario) es, además de inconstitucional y de difícil encaje en la legalidad internacional, ajena a nuestra cultura político-jurídica. El Proyecto de Ley Orgánica opta por la pena más grave y por el régimen menos resocializador, creando incluso una especie de reclusión perpetua encubierta. Esta barbaridad inhumana y cruel no existe, como se nos ha hecho creer, en otros países de nuestro entorno, donde los sistemas de revisión periódica de penas son generales (a los 13 años en Finlandia, 15 en Alemania, 20 en otros Estados de la Unión Europea). Ningún estado civilizado de nuestro entorno se plantea en estos momentos cumplimientos íntegros de condena sin revisión alguna de la pena hasta los 32/35 como se propone en esta reforma. Por lo tanto, este Proyecto de Ley Orgánica bebe claramente en las fuentes liberales y retributivas del siglo XIX, poniendo de relieve su carácter trasnochado, anacrónico, regresivo e inconstitucional.

En lo que a los reclusos terroristas se refiere, amén de no ponderar la mayor capacidad de resocialización de los mismos (contrastada en la práctica de estos últimos 20 años de reinserciones exitosas casi en un 100% de los casos), este Proyecto de Ley Orgánica desconoce que la reinserción le hace un

daño terrible a ETA. La resocialización de ex activistas de ETA después de haber cumplido buena parte de sus condenas es un ataque directo en la línea de flotación social e ideológica del entramado de ETA. Por el contrario, imposibilitar la reinserción de los reclusos de ETA, con una cadena perpetua encubierta, supone dar balones de oxígeno a ETA. No lo afirmaremos nosotros, pero a un observador imparcial le pudiera parecer que el Gobierno del PP prefiere acaparar votos con su lucha (mediática) contra ETA, en vez de acabar con la lacra terrorista etarra.

Por otra parte, el problema en estos momentos no estriba en introducir reformas legales que eviten que a los terroristas «les salga barato» perpetrar su crimen, tal y como defiende en público el Ministro de Justicia, sino en garantizar, desde la ley, que a los terroristas no salga «excesivamente caro» dejar de ser terrorista. Si se institucionalizan formas de ejecución penal que no dejan resquicio alguno la posibilidad de cambio personal se pone en cuestión esa dimensión del ser humano que es la perfectibilidad, o sea, la posibilidad de mejorar, de resocializarse y estos atributos se asientan nada menos que en la dignidad humana.

Además, de aceptarse la lógica intrínseca de este Proyecto de Ley Orgánica en relación a los reclusos etarras, cuando se compruebe que condenas más duras no hacen desaparecer el terrorismo, ¿qué se va a hacer desde el Gobierno? ¿Legalizar la cadena perpetua? ¿Aprobar la pena de muerte? El Gobierno del PP mete a España en un callejón sin salida en materia penal y da varios pasos atrás en la lucha contra ETA. Como es evidente, estas medidas no pueden ser suscritas por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, que quiere luchar contra ETA, pero de forma eficaz y sin atacar a la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero la inutilidad de este Proyecto de Ley Orgánica no sólo se puede predicar de las medidas contra los reclusos de ETA. En general, la doctrina científica nos ha demostrado de forma concluyente que el endurecimiento de las penas no reduce la criminalidad ni aumenta la seguridad ciudadana. Los índices de criminalidad dependen mucho más de la cohesión social y justicia económica que de las penas. Así, países con gran cohesión social tienen bajos índices de delincuencia (v.g.: Escandinavia en su conjunto), mientras que otros profundamente injustos en materia social y económica no reducen su criminalidad a pesar de su severo sistema penal que incluye la pena de muerte (v.g.: los EE.UU.).

El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida no quiere dejar pasar este trámite sin poner de relieve otra serie de asuntos técnicos sobre este Proyecto de Ley Orgánica que tienen indudable relevancia.



En primer lugar, hay que señalar la mala sistemática de este Proyecto, dado que buena parte de su contenido tiene mejor y más lógica ubicación en la Ley Orgánica General Penitenciaria que en el Código Penal.

En segundo lugar, entendemos que es especialmente desafortunada la redacción del artículo 78, pues combina discrecionalidad (quebra el principio de seguridad jurídica) con decisión forzosa, sin margen de maniobra para la jurisdicción y plenamente controlada por el Ejecutivo. Se pasa de la decisión judicial potestativa a la preceptiva. Y se explicita una profunda desconfianza respecto del Poder Judicial impropia de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por otra parte, se procede a suprimir la motivación de la peligrosidad criminal del penado, con lo que se da pie a la aparición de decisiones judiciales no motivadas, en clara contradicción con el espíritu y la letra de nuestra Constitución.

Y finalmente, el Proyecto de Ley Orgánica habla de delitos cometidos en el seno de «organizaciones criminales», cuando tal concepto no existe, en modo alguno, en el Código Penal.

Pero más allá de estas cuestiones técnicas (de innegable trascendencia), el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida quiere reiterar que este Proyecto de Ley Orgánica supone un paso atrás de un siglo en la tarea de humanizar el derecho penal. Estamos ante una reforma que impulsa valores preconstitucionales contrarios a la resocialización y exclusivamente retributivos. Es decir, estamos ante una reforma contraria a nuestra cultura jurídico-política y a nuestra propia Constitución.

Pero por encima de todo lo demás, este tipo de reformas legales ponen en evidencia la absoluta carencia de una política social previa a la represión penal y la alergia del Gobierno del PP al fortalecimiento de la cohesión social como medida preventiva del crimen y de la inseguridad ciudadana. De hecho, este Proyecto de Ley Orgánica pretende instaurar en España un Derecho Penal del Enemigo que criminaliza la pobreza, algo que, nos sentimos en la obligación de recordarlo, ya hizo el nacionalsocialismo en 1933 en Alemania.

Por todo lo anterior, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presenta esta enmienda a la totalidad a este Proyecto de Ley Orgánica solicitando la devolución del mismo al Gobierno”.

### ENMIENDA NÚM. 3

Grupo Parlamentario Mixto

Iniciativa per Catalunya Verds (ICV) rechaza las medidas de reforma de las leyes Orgánica del Código Penal, Orgánica del Poder Judicial, Orgánica General Penitenciaria y la de Enjuiciamiento Criminal, propuestas por el Gobierno.

“Estas medidas responden a una voluntad electoralista para responder de forma simplista a la sensación de inseguridad ciudadana, alimentada por el propio Gobierno en distintas ocasiones. Por ello, las medidas propuestas vulneran -a nuestro entender- el espíritu constitucional al debilitar gravemente la reinserción penal. Se minusvalora el Estado de derecho y puede vulnerarse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Respecto a la modificación de criterios para alcanzar el tercer grado, algunos y algunas miembros del CGPJ advirtieron en su momento que éste abre la puerta a un denominado régimen abierto de cumplimiento y el consiguiente disfrute de medidas parciales de libertad y constituye presupuesto inexcusable para obtener la libertad condicional, posibilidades de acceder a niveles de libertad que por no ser parciales pueden quedar sustraídos al ámbito de cobertura del artículo 17.1 de la Constitución Española. Modificar los criterios de acceso a este tercer grado -prosigue el voto particular de los y las miembros del CGPJ-, en cuanto suponen la modificación de criterios de acceso a parciales medidas de libertad, exige que aquéllos no puedan ser aplicados con carácter retroactivo (artículo 9.3 de la CE), esto es, a actos delictivos y a condenas penales anteriores a la entrada en vigor de la ley.

En el caso del aumento de penas hasta los cuarenta años propuesto para las personas que hayan cometido delitos de terrorismo, estas reformas legislativas pueden tener un efecto contraproducente sobre las políticas de reinserción, puesto que se anula cualquier posibilidad de fundamentar la incorporación de la persona condenada a la sociedad. Creemos que este aspecto vulnera la Constitución puesto que dificulta y disminuye la reinserción social de los penados. Hacemos nuestros los argumentos esgrimidos en el voto particular de parte de los y las miembros del CGPJ, en los que se recuerda que el título de ejecución de una condena es la sentencia y en ese momento debe quedar fijada en todos sus términos la duración de la pena privativa de libertad. Aplicar esta nueva regulación a delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma legal infringe los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

Es inaceptable que los delincuentes habituales con cuatro o más faltas puedan ser encarcelados como autores de un delito. En ningún caso será -como apuntan personas expertas en Derecho Penal- una solución para frenar la reincidencia. Por lo contrario, debe darse un impulso a los juicios rápidos y, en las sentencias condenatorias, establecer medidas preventivas e integradoras adecuadas al perfil de cada delincuente habitual. Asimismo, criticamos el agravante de la reincidencia al agravar la pena del delito que se está juzgando, basándose en hechos y condenas anteriores.

A modo de conclusión, denunciamos una regresión en materia de derechos y libertades y es por ello que pedimos que el Congreso de los Diputados lo retorne al Gobierno. A la vez, cuestiones como el bajo nivel de aplicación de las medidas alternativas a la cárcel deberían llevar a una reflexión sobre los medios con los que cuenta la justicia para poder aplicar esta figura incluida en el Código Penal de 1995”.

#### **ENMIENDA NÚM. 4**

Grupo Parlamentario Mixto

#### **JUSTIFICACIÓN**

“El primer y más importante argumento para oponerse a esta reforma del Código Penal es el de su inutilidad. La reforma es innecesaria porque no significa una mejor protección de la sociedad. La reforma restringe más allá de lo necesario, y más allá de lo constitucionalmente permitido como luego se dirá, un derecho tan esencial como la libertad. La privación de derechos más allá de lo necesario constituye una vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad, de intervención mínima y de adecuación. Se admite de forma unánime por la doctrina penal que todo lo que excede de lo imprescindible necesario es ilegítimo, «todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico» (Beccaria, 1764).

En el Código Penal de 1995 ya existen instrumentos legales para la consecución de los fines que esta reforma pretende. El Proyecto, principalmente la Exposición de Motivos, incurre continuamente en el error de confundir estancia en prisión con cumplimiento de la pena: las penas se cumplen íntegras en la actualidad en la forma prescrita en la ley. El tercer grado no significa que se deje de cumplir la pena, la libertad condicional tampoco; son formas más benignas de cumplir la pena, sometidas a unas condiciones que evidentemente tienen que ver con la ausencia de peligro de reincidencia.

Si esas condiciones no se dan, la persona condenada a 30 años de prisión estará 30 años en prisión. Ya existe la posibilidad de que la pena se cumpla íntegramente dentro de prisión.

El aumento de las penas ha demostrado en diversos tipos de delitos que no es un factor disuasorio, máxime en delitos como los denominados de convicción. Es muy dudoso que 40 años de condena intimiden a los posibles autores más que 30. No es eficacia preventiva lo que se busca por tanto. Tampoco se puede hablar de fortalecimiento de la confianza en el Derecho, si ésta se busca mediante el desmantelamiento de los principios constitucionales de la democracia. Más bien puede calificarse de «utilización meramente simbólica del Derecho Penal», es decir, demagogia.

Aún no han podido ser eficaces las medidas que para el cumplimiento íntegro de las penas prevé el Código Penal de 1995 y ya se quiere reformar éste. La falta de necesidad es tan evidente que no merece mayor comentario.

En definitiva, la falta de necesidad comporta una falta de justificación y, por tanto, de legitimidad para restringir derechos fundamentales como la libertad sin necesidad, sin que vaya a reportar beneficio alguno.

En segundo lugar, cabe apuntar la vulneración de otros principios de orden constitucional que descalifican por completo este Proyecto de Ley: el principio de orientación de las penas a la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE) y el principio de la humanidad de las penas (artículo 15 CE).

El artículo 25.2 de la Constitución establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. En el mismo sentido se pronuncian normas como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 58 de las normas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, entre otras.

Este mandato constitucional significa que la Administración penitenciaria debe intentar que los penados se reinseren en la sociedad lo antes posible en condiciones de no volver a delinquir.

El mandato de reeducar y reinsertar no es sólo, aunque también, una expresión de humanización de la justicia, sino que busca prioritariamente la protección de la sociedad (artículo 58 citado). Mediante la reeducación de la persona penada se busca que se reinsera en la sociedad sin volver a delinquir, es decir, con la finalidad de proteger a la sociedad. Otra manera es la pura «inocuidación», esto es, «que se pudran en la cárcel», que no sólo es una manera inhumana sino contraria a las normas internacionales y constitucionales.

Del conjunto de reformas que se quieren introducir en el Código Penal (incremento del límite a 40 años, «período de seguridad» de la mitad de la condena, cómputo de la libertad condicional sobre el total de la suma de las imponibles) se deriva que para la mayor parte de los concursos de delitos con penas graves, la posibilidad de que una evolución de la persona suponga una «expectativa de puesta en libertad en un tiempo razonable» es absolutamente ilusoria. Se pretende que una persona esté encarcelada durante más de 20 ó 30 años sin posibilidad de que su evolución personal modifique su régimen de libertad. El carácter ilusorio de esta expectativa es precisamente lo que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional conlleva una descalificación constitucional.

Esto evidentemente no es orientar las penas a la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE), sino todo lo contrario: no se busca favorecer la reeducación y se impide la reinserción social aunque aquélla se produzca. La inconstitucionalidad del conjunto de las reformas es más que evidente. La posibilidad de inserción social en un plazo razonable es excluida, por lo que se vulnera el artículo 25.2 según se colige de la jurisprudencia constitucional.

Según afirma la doctrina penal «las penas de larga duración no pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización, que espera ante todo a crear unas expectativas para una futura incorporación pacífica del penado en la sociedad. Un período de reclusión de estas características no da lugar a que el penado una vez cumplida su pena pudiera rehacer su vida, por lo que la condena lleva irremediabilmente unida la destrucción del sujeto como ser social».

Son la legislación vigente, la pena de prisión máxima que se puede imponer es de 30 años, no existen penas superiores. Así se estableció desde los primeros códigos del siglo pasado. Y es así porque siglos de evolución científica y de la sensibilidad social han demostrado la necesidad de poner límites a la barbarie, la necesidad de conciliar la protección de la sociedad con la humanización de las penas, los derechos de las personas presas y el respeto a la dignidad de la persona.

Por tanto, además de ser contrario al artículo 25.2 CE y a los correspondientes textos internacionales, la destrucción de la persona como ser social casi de por vida se puede calificar como pena inhumana, prohibida por el artículo 15 CE.

Anunciar a una persona que va a estar 40 años en prisión, que hay gran probabilidad de que termine sus días en prisión sin que su renuncia a la actividad delictiva pueda devolverle la libertad en un plazo razonable, es una

pena inhumana prohibida por el artículo 15 de la Constitución. Negar casi definitivamente a un ser humano como ser social es negar su dignidad humana.

Así se deduce que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El propio informe del CGPJ apunta a ello. La jurisprudencia constitucional establece que la constitucionalidad de la pena de prisión depende de cómo se configure su ejecución. Configurada como se hace en esta reforma, es decir, que el penado estará obligado a cumplir efectivamente en prisión un mínimo de 30 o 40 años, es claramente una pena inhumana.

Con esta reforma se pretende la consecución de un «Derecho penal del enemigo» contra el que vale todo, en este caso el enemigo terrorista.

Además, según afirma la doctrina penal «las investigaciones recientes demuestran que provocan daños irreversibles en su personalidad, lo que convierte estas penas en inconstitucionales». Aunque nominalmente existen en los ordenamientos jurídicos europeos penas de prisión de duración superior, en la práctica no se cumplen penas superiores a los 20 ó 25 años.

Por último, hay que prever la situación a la que el conjunto de las reformas van a llevar a los centros penitenciarios. Las condiciones de cumplimiento de las penas de prisión, con el gasto actual, la escasez de medios y la tendencia a la masificación que se viene dando y que se dará en las prisiones españolas, conducen a calificar a penas de esa duración y en esas condiciones como claramente atentatorias contra la dignidad de las personas.

En cuarto y último lugar, esta reforma es un atentado contra las funciones constitucionales del Poder Judicial: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE).

Como se decía anteriormente, en el Código Penal de 1995 ya existen instrumentos legales a disposición de los jueces y tribunales para garantizar la protección de la sociedad y el cumplimiento de las penas, íntegramente en prisión si una persona no presenta un pronóstico individualizado favorable de reinserción social. Ausencia que debe valorar el poder judicial, uno de los tres poderes del Estado, el que debe juzgar y hacer cumplir lo juzgado, según establece la Constitución.

Es un denominador común de las distintas reformas el de reducir el ámbito de decisión individualizada al caso y a la persona de los jueces y tribunales. Se quiere determinar a priori y con carácter general el modo de cumplimiento de la pena en función de criterios generales de alarma social, en contra de la esencia del cumplimiento de la pena, que debe ser individualizada y atenta a la evolución de la persona.

El proyecto de reforma transmite una evidente desconfianza en los aplicadores del Derecho hurtándoles capacidad de decisión.

Afirmaciones como la de la Exposición de Motivos, que los beneficios penitenciarios se pueden convertir en «meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes», son un insulto a la inteligencia y a la labor judicial. Que leyes aplicadas por el poder judicial puedan ser un instrumento de los terroristas es algo que debe desaparecer de un texto legal.

La reforma busca por tanto reducir la intervención del poder judicial en la ejecución de las penas desde la acción del poder ejecutivo. Por todo ello, se presenta la siguiente enmienda de totalidad con solicitud de devolución del Proyecto de Ley Orgánica”.

## **ENMIENDA NÚM. 5**

Grupo Parlamentario Mixto

### **JUSTIFICACIÓN**

“Este proyecto carece de legitimación en un Estado social y democrático de Derecho. El conjunto de medidas previsto supone la introducción encubierta de la cadena perpetua, o cuando menos, de penas que comportan la reclusión incondicionada y permanente de los condenados, sin que tenga ninguna relevancia su comportamiento y la evolución de su personalidad. Con ello, se renuncia de antemano a cualquier objetivo resocializador, a «hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal», en palabras de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por consiguiente, el proyecto es contrario al artículo 25.2 de la Constitución, al instituir que por su duración y modelo de ejecución excluyen, desde un principio, cualquier posibilidad de reinserción social del penado. Pero, además, en este proyecto tampoco se persiguen otros objetivos legitimadores de la intervención penal. En efecto, si tenemos en cuenta la magnitud y severidad de las penas la legislación vigente, las medidas propuestas no pueden fundamentarse en un incremento real del efecto disuasorio de las sanciones actuales. En estas condiciones, el endurecimiento que se propone en la reforma queda desprovisto de cualquier finalidad preventiva que lo justifique y se convierte en pura retribución, cuando no en mera canalización de impulsos de venganza.

Este proyecto es, además, innecesario. El Código penal de 1995, con la supresión de la redención de penas, ya supuso un notable incremento punitivo.

Así, por ejemplo, en circunstancias normales, los responsables de los delitos más graves en materia de terrorismo no pueden acceder a la libertad condicional antes de veinte años y, en los casos más recalcitrantes, estarán inexorablemente recluidos durante treinta años. Por otra parte, ante la posible existencia, tanto en los casos de terrorismo como en la delincuencia común, de algún supuesto de instrumentalización o de aplicación defectuosa del tratamiento o del régimen penitenciarios (por cierto, avalada por decisiones judiciales), la respuesta no debe ser un endurecimiento indiscriminado de la ejecución, con medidas como la generalización de «períodos de seguridad», sino garantizar, en el marco de la legislación vigente, una correcta individualización de la ejecución penitenciaria. Todo ello, en última instancia, se traduce en la dotación y organización de los medios necesarios para que tal individualización deje de ser básicamente burocrática para pasar a ser real.

Este proyecto es, por tanto, un intento de instrumentalizar políticamente la desazón social provocada por el terrorismo y la inseguridad (en parte real, en parte inducida) creada por otras formas de delincuencia. Supone también, un paso más en la consolidación en nuestro ordenamiento jurídico de un Derecho penal de corte autoritario, el denominado científicamente «Derecho penal del enemigo», una especie de Derecho de guerra en el que las tradicionales garantías liberales limitadoras del ius puniendi se sacrifican al servicio de objetivos policiales y represivos. En defensa de tales garantías, uno de los más valiosos logros de la «vieja Europa», se solicita la devolución de este proyecto al Gobierno”.

## **ENMIENDA NÚM. 6**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV).

Se propone con la presente enmienda de totalidad la devolución al Gobierno del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

## **JUSTIFICACIÓN**

“El Grupo Parlamentario Vasco se opone en su totalidad al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, cuyo propio título es toda una declaración de principios de la apuesta por un sistema penal regresivo que cuestiona el carácter resocializador de la pena.



Las razones del total rechazo a este proyecto son varias:

1. Primeramente, porque es una reforma que se plantea desde el oportunismo político, con una clara intención electoralista y que pone en cuestión desde un planteamiento unilateral, un consenso amplio en torno a un sistema penal y penitenciario basado entre otros principios, en la reinserción social de los penados.

Cualquier norma debe nacer con una clara vocación de generalidad y de permanencia, y por ello, se debe evitar que responda a coyunturas políticas y sociales concretas, pretendiendo solucionar situaciones particulares, mediante unas reformas que olvidan que la realidad es compleja y que las normas deben dar respuestas globales, que contemplen dicha complejidad.

Por ello, la llamada «alarma social» es la peor consejera del legislador, porque nunca una ley puede venir motivada por la repercusión que en la opinión pública tengan determinadas acciones por condenables que sean, ya que la respuesta normativa se alimentaría más de la demagogia que de la justicia.

No es necesario decir que compartimos la condena inequívoca y rotunda de las prácticas terroristas que vulnera el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la libertad de expresión de tantos ciudadanos y ciudadanas.

La defensa de un sistema penal y penitenciario justo no resta un ápice a compartir la repugnancia que nos produce los crímenes terroristas. Pero la grandeza y a la vez la debilidad del Estado de Derecho es que a la maldad o iniquidad de los criminales se responda con más democracia, con mayor respeto a los derechos humanos.

2. Nos oponemos a la reforma propuesta porque es regresiva.

Es cierto que el sistema penal y penitenciario deberá buscar un sutil equilibrio entre distintas funciones como la punitiva, resocializadora, preventiva o la de satisfacción a la víctima.

Sin embargo, no puede perderse el acento de tal manera en un principio o finalidad hasta el punto de que se difuminen o se eliminen otros principios.

El grado de madurez democrática de una sociedad encuentra un buen termómetro en el nivel de humanización de su sistema penal.

Por ello, resultan tan importantes los principios constitucionales de reeducación y de reinserción social, que deberán inspirar siempre al legislador que regule el sistema penal.

El sistema penal del siglo XXI no puede ser más regresivo a la hora de establecer las penas máximas que el existente en las dictaduras de los Generales Primo de Rivera y Franco.

No podemos apostar por un modelo tan deshumanizado que ni en los momentos de falta de democracia se atrevieron a implantar.

No podemos defender, de ninguna manera, que apostemos para el siglo que nace por un modelo penal que instaura una cadena perpetua «de facto».

3. Nos oponemos a la reforma propuesta porque es una norma de dudosa constitucionalidad.

No deja de sorprender que los que se autodenominan constitucionalistas nos traigan una propuesta que se compadece mal con algunos preceptos constitucionales, el art. 25.2, el 15 o el art. 9.

Sin entrar a discutir si el derecho a la reinserción se trata de un derecho fundamental o no, lo cierto es que debe funcionar como principio inspirador del legislador y también como límite último de cualquier reforma legal que «de facto» excluya toda posibilidad real de reeducación y reinserción social.

La expresa previsión constitucional de inadmitir penas o tratos inhumanos o degradantes, nos lleva a preguntarnos dónde está el límite de una pena para que pueda tener esta consideración.

Hay estudios de psicólogos y penalistas que consideran admitido de manera generalizada que un tiempo de reclusión ininterrumpido superior a quince años provoca en la mayor parte de los penados consecuencias de orden psíquico y social que imposibilitan, en ocasiones, su reinserción social. Así ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias.

Otra cuestión que no puede pasar desapercibida es la pretensión de retroactividad de la norma contenida en la nueva redacción de los artículos 90 y 91 del Código Penal.

Resulta evidente que la irretroactividad de las normas penales, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución es aplicable en el supuesto que nos ocupa.

La reforma que nos ocupa, es, en fin, poco respetuosa con estos principios constitucionales como con el de igualdad o el de proporcionalidad,

además de las dudas de legalidad que sugiere el apaño de separar la pena de su ejecución.

4. Por último, nos oponemos a la reforma propuesta porque no será eficaz.

Si las razones de naturaleza jurídica, política y ética de defensa de un sistema penal más justo y compensador, menos regresivo, en el que la función resocializadora no ceda ante una única función retributiva, no fueran suficientes, nos oponemos con rotundidad a la reforma propuesta porque, en ningún caso, queda demostrado que sea más eficaz para la finalidad que se persigue. Solicitada al efecto información al Gobierno, con apoyo en el artículo 7 del Reglamento de la Cámara, cuando se anunció esta iniciativa, hace dos meses, todavía no hemos recibido respuesta alguna.

El vigente Código Penal de 1995 ya cuenta con instrumentos que permiten graves penas de hasta 30 años, de cuya eficacia aún no podemos saber, porque no han llegado a aplicarse.

Está más que demostrado que el endurecimiento de las penas, incluida la propia existencia de la pena de muerte, no ha servido para erradicar aquellas conductas que se pretendían combatir. De hecho, en países como Estados Unidos, donde sigue vigente la pena de muerte, la población reclusa es cada vez más numerosa. ¿No estaremos restando calidad al Estado de derecho a cambio de una pretendida eficacia que está por demostrar? .

Por todo ello, el Grupo Parlamentario Vasco, se opone a esta reforma, por oportunista, por regresiva, por ser dudosamente constitucional y por ser ineficaz en el objetivo que se pretende”.

## **ENMIENDA NÚM. 7**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero ("Artículo 36 del Código penal")

De supresión.

## **JUSTIFICACIÓN**

“La introducción de un nuevo apartado 2, en el artículo 36 del Código Penal, instituyendo un "período de seguridad", constituiría un paso definitivo en el proceso de liquidación del modelo instituido por la LO General

Penitenciaria, una de las leyes penitenciarias más humanas del mundo pero que ha sido sometida a un acoso constante, hasta conseguir que el Estado español se sitúe a la cabeza de las tasas de encarcelamiento en Europa occidental. De prosperar la propuesta del Gobierno, la custodia e inocuización de reclusos se erigirían en los objetivos principales de unas prisiones, indefectiblemente hacinadas, en las que ya agoniza, falto de recursos y organización adecuada, un tratamiento realmente individualizado. En el caso de los delitos de terrorismo, se sigue confundiendo especialidad con excepcionalidad. Ante el riesgo de instrumentalización o fracasos aislados, la respuesta del legislador no puede ser la restricción generalizada de todo el sistema de tratamiento penitenciario, sino una mejor gestión del mismo”.

### **ENMIENDA NÚM. 8**

Grupo parlamentario Mixto

Al artículo primero ("Artículo 76 del Código penal")

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“En el Código vigente ya existe la posibilidad de cumplir íntegramente penas de reclusión de treinta años, medida extraordinariamente severa si atendemos a los daños irreparables que producen penas tan prolongadas en la personalidad del recluso. La ampliación hasta cuarenta supone profundizar en esta vulneración del principio de humanidad Asimismo, la posibilidad de que durante veinte, treinta o incluso, cuarenta años, se mantenga a una persona a la reclusión incondicionada y permanente, sin que su comportamiento y la evolución de su personalidad pueda incidir en un instrumento de reinserción básico como es el acceso al tercer grado, permisos de salida y beneficios penitenciarios es contrario al artículo 25.2 de la Constitución, que, cuando menos, impone como principio programático de la legislación penal y penitenciaria la reinserción social del penado.

Por otra parte, la experiencia acumulada en el caso de la ejecución de las penas a los responsables de delitos de terrorismo, dejando de lado algunos supuestos, conveniente y tendenciosamente publicitados, demuestra que la gestión de la ejecución de estas penas no ha supuesto en absoluto una disminución de su capacidad intimidatoria y que los niveles de reincidencia no han sido en absoluto significativos. No es procedente en absoluto un régimen de ejecución excepcional”.

**ENMIENDA NÚM. 9**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero ("Artículo 78 del Código penal")

De supresión.

**JUSTIFICACIÓN**

En coherencia con las enmiendas anteriores.

**ENMIENDA NÚM. 10**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero ("Artículo 90.4.<sup>a</sup> del Código penal")

De supresión.

**JUSTIFICACIÓN**

En coherencia con las enmiendas anteriores.

**ENMIENDA NÚM. 11**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero ("Artículo 91 del Código penal")

De supresión.

**JUSTIFICACIÓN**

En coherencia con las enmiendas anteriores.

### **ENMIENDA NÚM. 12**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo tercero ("Artículo 91, apartado 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria").

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Vincular expresamente el acceso al tercer grado de tratamiento penitenciario sólo a los «arrepentidos» supone imponer un discutible régimen de «reinserción moral». Por otra parte, la imposición de este régimen extraordinario supondría la práctica creación de un subsistema penitenciario paralelo, en el que se renuncia de antemano buena parte de los medios resocializadores”.

### **ENMIENDA NÚM. 13**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo tercero ("Artículo 91.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria")

De adición.

e) Delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal.

#### **JUSTIFICACIÓN**

En coherencia con la enmienda anterior.

### **ENMIENDA NÚM. 14**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo 76

De modificación.

Sustituir cuarenta por treinta.

## MOTIVACIÓN

“Por entender que se respeta mejor el sentido de reinserción social de las penas”.

### **ENMIENDA NÚM. 15**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo 78.3 del Código Penal

De supresión.

Suprimir "siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V, del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales,".

## MOTIVACIÓN

“No hacer excepción de los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, pues en los casos de los que el autor de estos graves delitos ofrezca un pronóstico individualizado favorable de reinserción social, y haya satisfecho los presupuestos que para el tercer grado y la libertad condicional se establecen en los artículos 90 y 91 del Código Penal y 72 de la L.O.P.J., esto es, se haya esforzado por reparar el daño y haya colaborado activamente en contra de la organización criminal, si efectivamente tuviera que cumplir el máximo de cuarenta años, el tratamiento dispensado no variaría en relación al autor de los mismos delitos que ofreciera un pronóstico desfavorable de reinserción.

Por ello debe diferenciarse entre los penados que ofrecen un pronóstico de reinserción y los que no. La propia Constitución establece claramente como derecho fundamental que las penas estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, sin hacer distingos entre delitos”.

### **ENMIENDA NÚM. 16**

Grupo Parlamentario Mixto

De adición

Añadir al final de la disposición final segunda: "..., que en todo caso tendrá efectos irretroactivos".

## MOTIVACIÓN

“La Ley no debe aplicable a futuras condenas de delitos pasados, cuando el sentir de la Constitución y del Tribunal Constitucional es que en la ejecución de la pena se aplique también la ley en vigor cuando se cometió el delito, al declarar aquel el carácter irretroactivo de las normas que comportan la restricción de la libertad personal. Declara, igualmente, el Tribunal Constitucional la prevalencia del principio pro libertatis entre el binomio retroactividad y libertad”.

### **ENMIENDA NÚM. 17**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo primero (Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)

De supresión.

## JUSTIFICACIÓN

“Defender el texto vigente en la actualidad, porque el llamado Código de la Democracia aún no se ha aplicado y no se ha podido medir su eficacia. La modificación de los artículos 36, 76, 78 y 90, con la ampliación a cuarenta años del máximo penal de los veinte años, camina hacia la cadena perpetua y debilita el carácter de reinserción y rehabilitación social, primando el de restitución del daño”.

### **ENMIENDA NÚM. 18**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo segundo (Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

De supresión.

## JUSTIFICACIÓN

“Se trasladan los recursos de apelación a la Audiencia Nacional o a la Audiencia Provincial”.



### **ENMIENDA NÚM. 19**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo tercero (Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria).

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Aunque nos parece interesante las modificaciones buscando eficacia en la restitución de lo sustraído en delitos contra el patrimonio, se hace como un parche o como una guinda en otros objetivos entendidos como principales, por tanto creemos que debe ser fruto de una reforma específica de la Ley General Penitenciaria, para ganar en seguridad jurídica y coherencia a las reformas que se abordan”.

### **ENMIENDA NÚM. 20**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Al artículo cuarto (Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“La responsabilidad civil está ya regulada en el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

### **ENMIENDA NÚM. 21**

Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida

Disposición final primera

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Debería ir en una ley la parte de carácter Orgánico y en otra ley complementaria la de naturaleza no Orgánica”.

## ENMIENDA NÚM. 22

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero (Modificación de los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.)

De supresión

### JUSTIFICACIÓN

1. La previsión del "periodo de seguridad" del artículo 36.2.

“La mitad de la duración de la condena es un periodo de seguridad excesivo.

El fundamento es puramente retributivo; se quiere que el condenado a una pena superior a 5 años sufra un mínimo de privación de libertad por razones de proporcionalidad. Máxime si como en el caso del artículo 78 el periodo de seguridad puede llegar a superar los 30 años. Con tales plazos sería calificable como inconstitucional por vulnerar el principio de resocialización (artículo 25.2.º) y la prohibición de penas inhumanas (artículo 15) como se argumenta en la enmienda a la totalidad.

El Derecho francés, que se quiere argüir como razón de derecho comparado, es mucho menos restrictivo de la libertad.

Con el sistema actual ya existen en la regulación vigente los mecanismos para que sean la Administración Penitenciaria y, vía recurso, el poder judicial quienes en el caso concreto puedan valorar las circunstancias concurrentes para la progresión de grado. Es mucho más acorde con los principios de la LOGP que sea la Administración Penitenciaria y el Poder Judicial quien equilibre los fines concurrentes en la ejecución de la pena (retribución, prevención general y resocialización). No debe sustraerse este ámbito de decisión al Poder Judicial en virtud de criterios generales.

En todo caso, el período de seguridad debería limitarse a los delitos más graves, que mayor reproche social merecen, y por un período de tiempo muy inferior, tal como proponen los votos particulares al informe del CGPJ. En ningún caso superior a la cuarta parte de la condena que se establece para los permisos ordinarios y con un límite absoluto que no convierta en ilusoria la

expectativa de reinserción social en un tiempo razonable. Lo contrario es pura venganza.

Si la finalidad es puramente vindicativa, un período desde 2 años y medio a 40 es un plazo a todas luces excesivo e inhumano. Al establecerlo con carácter general se impide tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho y de la persona. Se niega por tanto lo que constituye la piedra angular del sistema penitenciario, que es la individualización científica de la progresión de grado. Se abandona el diseño de la LOGP de 1979 para volver al anterior sistema progresivo. Se niega por tanto que durante un período de tiempo establecido a priori el sujeto pueda cumplir la pena de prisión en un régimen de semilibertad por haber evolucionado, se está negando la eficacia reinsertadora de la reeducación, se renuncia de nuevo a la eficacia del artículo 25.2 CE. No se le mantiene en régimen cerrado porque exista un peligro de reincidencia, que se debe apreciar en cada caso sino por mero deseo de que sufra un mínimo.

Si se quiere alterar las mismas raíces del sistema penitenciario establecido por la LOGP de 1979, esto no puede hacerse con medidas carentes de cualquier tipo de estudio técnico serio.

Por otra parte, medidas de este tipo van a producir una enorme agravación de la conflictividad en las prisiones al privar a muchas personas de cualquier esperanza de reinserción en un plazo razonable.

Por otro lado, la redacción del precepto es confusa. El CGPJ pide que se aplique sobre la pena límite, la realmente impuesta, y no sobre la suma de las que correspondería de no aplicarse el límite de los 20, 25, 30 o 40 años. Con esa base del cálculo el período de seguridad sería completamente excesivo.

Además, que sea revisable por el Juez de Vigilancia al cumplirse la cuarta parte para unos delitos y no para otros (terrorismo y organizaciones criminales) contraviene el principio de igualdad. La diferencia de gravedad de los hechos ya se ha tenido en cuenta al imponer la pena (el Código ya prevé penas más graves para el terrorismo o la delincuencia organizada que para otros delitos), por lo que se estaría castigando de nuevo el mismo desvalor, lo que es contrario al principio constitucional de non bis in idem (artículo 25.1 CE). Dicha aplicación sería recurrible en vía de amparo al Tribunal Constitucional por vulneración de dicho derecho fundamental.

A ello se une que no se define el concepto de organización criminal. El propio CGPJ critica la indefinición del concepto. Dicha indeterminación es contraria al principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución, puesto que la Ley no proporciona un criterio lo suficientemente claro de a qué supuestos se va a aplicar esta regla (principio de tipicidad).

Como ya se ha apuntado, esta reforma pretende de nuevo limitar la intervención del Poder Judicial en las atribuciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le otorga el artículo 117 CE.

Por último, es un síntoma de la falta de rigor con la que se emprende la reforma, que la previsión del «período de seguridad» en el artículo 36.2 está para empezar sistemáticamente mal ubicada. Las normas relativas a la clasificación en tercer grado deben ubicarse en el artículo 72 de la LOGP.

## 2. Modificación del artículo 76 CP: Límite de los 40 años.

Se trata del doble de la máxima prevista en el artículo 36.

Se puede calificar de pena inhumana (artículo 15 CE y artículo 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos), sobre todo unido al cumplimiento íntegro en prisión que produce las reformas del 36 y del 78 CP.

El Tribunal Supremo no puede ser más claro: «El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social llevaría a un trato inhumano a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 76 CP, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años» (STS 7 de julio de 1993).

El CGPJ realiza una prolija argumentación para justificar que no se opone per se a la Constitución (15 y 25), aludiendo a jurisprudencia comparada y europea. Lo justifica en que las «consideraciones humanitarias ceden a favor de la prevención general» positiva, en su proporcionalidad a la gravedad de los delitos (retribución). Lo deja dependiente de la configuración de la ejecución, por lo que hay que unirlo con las críticas que hace el 78 y otros. No hay vulneración del artículo 25.2 CE «si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo», y en la medida en que el régimen ordinario cuenta los plazos sobre el límite. Pero es claramente inconstitucional, hasta para el CGPJ, si se une el resto de previsiones del Proyecto de Ley.

No se justifica la necesidad, es decir, con el que el nuevo punto de equilibrio entre fines de la pena y principios del derecho penal pase de 30 a 40 años, ¿se consigue mayor intimidación, mayor confianza en el derecho, mejor prevención especial, más ajustada retribución? No.

Por otro lado, la diferencia establecida para terrorismo entre las letras c y d del futuro artículo 76 es una nueva excepcionalidad, que además vulnera el principio non bis in idem (artículo 25.1 CE) dado que en la fijación de la pena

en los artículos 571 y siguientes ya se está teniendo en cuenta la mayor gravedad de la delincuencia terrorista.

### 3. Cómputo de beneficios, permisos, tercer grado y libertad condicional (78 CP).

El cómputo sobre el total de las penas (que se habrían impuesto y que se declaran extinguidas a partir de superar los límites) se generaliza y como preceptivo para todos los supuestos de límite máximo, ya no en función del tipo de delito como ocurre en el artículo 78 del CP 1995.

En primer lugar, con el régimen general de las tres cuartas partes de la condena para acceder a la libertad condicional, ya se garantiza que una persona condenada a 40 años, aunque la suma de las penas de los delitos sea superior, no va a poder acceder a la libertad condicional hasta los ¡30 años! Es un período de reclusión efectiva más que suficiente. Respecto a la duración excesiva de la privación de libertad baste reproducir argumentos anteriores.

Por otra parte, se reduce de nuevo la posibilidad de individualización judicial. El actual artículo 78, cuya eficacia todavía no se ha puesto en práctica, ya posibilita el retraso del acceso a la libertad condicional. Estas reformas suponen que una condena que supere los 80 años va a significar 40 años en prisión sin posibilidad de revisión y sin régimen abierto. En estas ocasiones, el retraso de la libertad condicional y del régimen abierto puede ser tan importante que se imposibilite la reinserción social, por lo que es abierta y claramente inconstitucional (artículos 25.2 y 15 CE). Así lo entienden los votos particulares del informe del CGPJ y la inmensa mayoría de la doctrina penal.

No hay ninguna necesidad de esta reforma, salvo la desconfianza en los jueces de vigilancia penitenciaria.

De nuevo se excepciona la posibilidad de revisión a posteriori por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para los casos del terrorismo y organizaciones criminales. Se reproduce lo dicho sobre la vulneración del principio de igualdad, el principio de non bis in idem y la indeterminación del concepto de organización criminal.

### 4. Libertad condicional artículos 90-93.

Se introduce la obligación de haber satisfecho la responsabilidad civil (artículo 90.3.º) (correlativo nuevo artículo 72.5 LOGP).

Para los condenados por terrorismo a penas inferiores a 80 años la aplicación de la libertad condicional depende de su colaboración activa (se crea

un correlativo artículo 72.6 LOGP). Como se ha visto antes a los condenados con pena superior simplemente se les excluye.

En primer lugar, no se considera necesario introducir nuevos criterios para la concesión de la libertad condicional. El instituto de la libertad condicional desde su origen está dirigido a favorecer la inserción social de la persona con un período de prueba. El requisito de que exista un pronóstico individualizado favorable de reinserción social es el núcleo esencial de la libertad condicional. Cualquier otro fin distinto para la libertad condicional es adular el fin de las penas. Conseguir información para la lucha policial es una finalidad completamente espuria.

Respecto al primer inciso (artículo 90.3.º), sería inadmisibles que se privara del acceso a la libertad a alguien por ser insolvente. La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil tiende por un lado a la protección de la víctima, y por otro lado puede ser un indicio objetivo que concrete el pronóstico favorable de reinserción social. Si la persona ha realizado un esfuerzo por reparar no se le puede exigir más (ver artículo 136.2 CP).

Respecto al caso del terrorismo y organizaciones criminales (artículo 90.4.º), la previsión se basa en una incorrecta comprensión del artículo 6 de la Decisión Marco de la UE de 13 de junio de 2002, sobre terrorismo. Dicho artículo no exige delación, no condiciona la libertad a la delación, sino que obliga a prever en las legislaciones la figura del arrepentido y a tener en cuenta la colaboración activa para la determinación de la pena a imponer. Esto existe desde hace tiempo en la legislación española, actualmente en el artículo 579.3.º.

Resulta evidente que no puede convertirse en requisito *sine qua non* para la libertad y que no tiene sentido después de una pena de larga duración. Con las penas a las que nos referimos es muy posible que al cabo de varios años la persona penada no tenga información útil que aportar. Por eso la Decisión de la UE lo refiere al momento posterior a la detención y hasta la imposición de la sentencia.

Con el criterio del artículo 90.2.º, pronóstico favorable de reinserción, es suficiente conforme al espíritu del instituto de la libertad condicional. Se busca con la pena evitar la reincidencia del condenado, no puede convertirse la libertad condicional en una manera de favorecer la confesión o la delación.

Por último, se excluye el terrorismo y organizaciones criminales del adelanto de la libertad condicional a los dos tercios. De nuevo supone una negación del principio de igualdad, del principio *non bis in idem* y de la

individualización de la ejecución de la pena por el Poder Judicial conforme a los fines de reeducación y reinserción social”.

### **ENMIENDA NÚM. 23**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo segundo (Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.)

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Se modifica la Disposición Adicional 5.º de la LOPJ para conceder efecto suspensivo a las resoluciones de los JVP que supongan excarcelación. Nueva intromisión del poder ejecutivo (Ministerio Fiscal) en las decisiones judiciales.

Como dice el vocal del CGPJ Félix Pantoja, «se trata de frustrar mediante un recurso una situación de libertad que procede de manera inmediata por una aplicación judicial del derecho positivo». La superioridad del derecho fundamental a la libertad no debe permitir esta suspensión. Se supone que el Juez que concede la libertad ya ha tenido en cuenta los intereses concurrentes. Conceder esta eficacia a un recurso de parte, sea esta el Ministerio público o no, supone una contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva”.

### **ENMIENDA NÚM. 24**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo tercero (Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.)

De supresión.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“A estas modificaciones de la LOGP cabe hacer las mismas objeciones que al correlativo artículo 90 CP.

En lo referente a la satisfacción de la responsabilidad civil la redacción es enormemente confusa. Lo que es claro es que no puede penalizarse la insolvencia. Otra cosa es que se quiere favorecer la satisfacción a los legítimos intereses económicos de las víctimas, para lo cual en todo caso existen otros mecanismos. Entre ellos la asunción pública del interés de la víctima en virtud del principio de solidaridad social, tal como ocurre en la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Se prevé especialmente para algunos delitos, lo cual parece una discriminación entre víctimas ya que se privilegia al Estado como víctima a costa de la libertad de la persona. En realidad se dirige a calmar la «alarma social» ante algunos hechos noticiosos. Como casi toda la reforma son previsiones normativas a golpe de periódico, no tras un serio y riguroso análisis técnico. Como técnica legislativa es un despropósito señalar a cuáles es «singularmente aplicable». Sería aplicable a todos y punto.

## **ENMIENDA NÚM. 25**

Grupo Parlamentario Mixto

A la Disposición final segunda

De adición.

Se propone añadir la siguiente redacción al final del texto.

"La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y en ningún caso podrá ser de aplicación respecto de hechos realizados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley".

## **JUSTIFICACIÓN**

“Las disposiciones penales son taxativamente irretroactivas. Las disposiciones sobre ejecución de las penas forman parte del contenido de la pena por lo que están sometidas a la misma prohibición de retroactividad, apoyada tanto en el artículo 25.1 como en el 9.3, tal y como recuerdan los votos particulares al informe del CGPJ.



Las condiciones en que se va a cumplir la pena de prisión forman parte del contenido propio de la pena por lo que no pueden aplicarse a una persona modos de cumplir la pena que no estuviesen vigentes en el momento de realización del hecho.

Así se ha reconocido en la doctrina del TS sobre la redención de penas por el trabajo, que se sigue aplicando después de derogada a las penas que fueron impuestas conforme al código derogado.

Dado que la ley no realiza previsiones expresas, y para evitar veleidades interpretativas como la propuesta por el CGPJ, resulta conveniente excluir expresamente desde el mismo texto legal cualquier posibilidad de inconstitucional aplicación retroactiva.

## **ENMIENDA NÚM. 26**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De supresión.

En el apartado 2 del texto reformado del artículo 36 del Código Penal se suprime el siguiente inciso:

"..., siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este código o cometidos en el seno de organizaciones criminales,..."

## **JUSTIFICACIÓN**

“La Ley Penitenciaria obliga a que el tratamiento penitenciario sea personal, caso por caso, prohibiéndose toda consideración que utilice «categorías» o «tipologías» de personas o de delitos, basándose en el principio de «individualización científica». Este inciso supone un recorte en la aplicación de beneficios penitenciarios para ciertas categorías de delitos, medida que se opone frontalmente al citado principio, con lo que además esta reforma del Código Penal afectaría a la legislación penitenciaria”.

## **ENMIENDA NÚM. 27**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De supresión.

Se suprime la letra d) del apartado 1 del texto modificado del artículo 76 del Código Penal.

#### JUSTIFICACIÓN

“La elevación de las penas privativas de libertad hasta los 40 años supone una forma encubierta de consagrar una penalidad perpetua o cadena perpetua, no aceptada constitucionalmente en España, que asimismo pone en entredicho el principio resocializador de las penas privativas de libertad, única finalidad de la pena admitida por el artículo 25.2 de la Constitución Española.

Además, basta recordar la legislación comparada de nuestro entorno, como, por ejemplo, el vigente Código Penal alemán, que establece el límite de la prisión temporal en 15 años, al tiempo que el párrafo 57.A del mismo cuerpo legal, al regular la cadena perpetua, establece que el Tribunal sentenciador podrá conceder la libertad al penado a los 15 años, recogiendo de este modo una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (iniciada con la sentencia 187/1967) según la cual la constitucionalidad de la cadena perpetua se condiciona a que ésta no suponga privar al preso de la perspectiva de una salida en libertad a través, incluso, de la libertad condicional”.

#### ENMIENDA NÚM. 28

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De modificación.

En el apartado 1 del texto modificado del artículo 78 del Código Penal se sustituye la expresión "... se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias...", por la siguiente:

"... se refieran al límite máximo de cumplimiento de las penas previsto en este Código".

#### JUSTIFICACIÓN

“La obligación de calcular la concesión de ciertos beneficios penitenciarios sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento, incide en esa línea de endurecimiento, de acento en lo retributivo y de abandono de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad”.

## **ENMIENDA NÚM. 29**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De supresión.

En el apartado 3 del texto modificado del artículo 78 del Código Penal se suprime el siguiente inciso:

"..., siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este código o cometidos en el seno de organizaciones criminales,..."

### **JUSTIFICACIÓN**

“La Ley Penitenciaria obliga a que el tratamiento penitenciario sea personal, caso por caso, prohibiéndose toda consideración que utilice «categorías» o «tipologías» de personas o de delitos, basándose en el principio de «individualización científica». Este inciso supone un recorte en la aplicación de beneficios penitenciarios para ciertas categorías de delitos, medida que se opone frontalmente al citado principio, con lo que además esta reforma del Código Penal afectaría a la legislación penitenciaria”.

## **ENMIENDA NÚM. 30**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De supresión.

Se suprime la regla 4.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 90 modificado del Código Penal.

### **JUSTIFICACIÓN**

“En coherencia con la enmienda anterior, puesto que la regulación de requisitos específicos para acceder a la libertad condicional a las personas sentenciadas para determinadas categorías de delitos, por muy graves y rechazables que nos parezcan, supone una quiebra de principios de política criminal afianzados en estas dos décadas de democracia”.

### **ENMIENDA NÚM. 31**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De supresión.

Se suprime el siguiente inciso en el texto modificado del artículo 91 del Código Penal:

"..., y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este código o cometidos en el seno de organizaciones criminales,..."

#### **JUSTIFICACIÓN**

“En coherencia con enmiendas anteriores”.

### **ENMIENDA NÚM. 32**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo tercero

De supresión.

Se suprime el apartado 6 introducido al artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

#### **JUSTIFICACIÓN**

“La modificación del Código Penal en este aspecto se aleja del concepto democrático de resocialización, entendida como el respeto a la ley penal, para pretender una verdadera mutación caracteriológica del penado al que se reclama no sólo que repudie -como sería lógico- los medios empleados por la organización criminal de la que formaba parte, sino también sus fines. En este sentido, el proyecto va más allá de lo ensayado en otros Estados europeos como Italia (de la disociación del penado de la organización criminal a la que pertenecía), al exigir una colaboración activa difícilmente compatible con el principio de inexigibilidad que rige la culpabilidad penal”.

### **ENMIENDA NÚM. 33**

Grupo Parlamentario Mixto

A la disposición final segunda

De modificación.

Se sustituye la expresión "... al día siguiente al de su publicación..." por:

"... a los seis meses de su publicación..."

#### JUSTIFICACIÓN

“La previsión de entrada en vigor de este Proyecto de Ley al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" pretende dar una falsa imagen de eficacia olvidando que las normas penales han de contar con una *vacatio legis* prolongada debido a su trascendencia y a la necesidad de que las mismas sean asumidas e interpretadas por parte de los operadores jurídicos”.

#### **ENMIENDA NÚM. 34**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo primero

De supresión.

#### JUSTIFICACIÓN

“Algunos miembros del CGPJ advirtieron que modificar los criterios de acceso al tercer grado (denominado régimen abierto de cumplimiento con medidas parciales de libertad y siendo un presupuesto inexcusable para obtener la libertad condicional), exige que estos criterios no puedan ser aplicados con carácter retroactivo, tal como prevé el art. 9-3 CE ("La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales"), esto es, que pueda ser aplicado a actos delictivos y a condenas penales anteriores a la entrada en vigor de la ley.

La elevación del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión a 40 años en casos de terrorismo pueden tener un efecto contraproducente sobre las políticas de reinserción. Creemos que puede vulnerar la CE (art. 25-2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social..."), al dificultar como hemos dicho la reinserción social de los penados.

En cuanto a la modificación de acceso a la libertad condicional, ésta puede afectar también a la libertad condicional (que es una modalidad de cumplimiento de una condena penal) y consiguientemente al mencionado

artículo 9-3 CE y al art. 17-1 CE ("Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, sino es en la forma que establece este artículo y en los casos y forma prevista en las leyes")".

**ENMIENDA NÚM. 35**

Grupo Parlamentario Mixto

Al artículo segundo

De supresión.

**JUSTIFICACIÓN**

“En coherencia con la enmienda anterior”.

**ENMIENDA NÚM. 36**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 76.1 d), del artículo primero

De supresión.

Procede la supresión del apartado d).

**JUSTIFICACIÓN**

“Establece un régimen de cumplimiento por razón de la naturaleza del delito cuando lo correcto sería no hacer distinción por razón de delito sino en función de la gravedad de la pena impuesta, cualquiera que fuese el delito cometido, tal y como lo hace el art. 76-1 c)”.

**ENMIENDA NÚM. 37**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 78.2 d), del artículo primero

De supresión.

Procede suprimir la letra d).

**JUSTIFICACIÓN**

“En coherencia con la enmienda al art. 76-1 c)”.

### **ENMIENDA NÚM. 38**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 90.1-3, del artículo primero

De modificación.

Se propone el siguiente texto:

"90-1.3 Que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, pudiendo hacerlo en los supuestos y conforme... (resto igual)".

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Si el penado no satisface las responsabilidades civiles provenientes del delito porque es insolvente, tal circunstancia no debe conllevar la privación de la libertad condicional, so pena de revivir la prisión por deudas”.

### **ENMIENDA NÚM. 39**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 90.1.4, del artículo primero

De modificación.

Se propone la siguiente modificación:

"90-1-4 En el caso de personas... o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas."

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Si ha existido tal abandono, ello debe ser suficiente para acceder a la libertad condicional, sin exigencia de nuevos requisitos que harían difícilmente viable la aplicación del referido beneficio a este tipo de penados.

Por otro lado, no alcanza a comprenderse que para los penados a que se refiere este precepto se exijan requisitos adicionales para el otorgamiento de la libertad condicional, que no son contemplados para los restantes penados”.

### **ENMIENDA NÚM. 40**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 90.1.4, del artículo primero

De modificación.

Se propone la siguiente redacción:

"90-1-4 En el caso de personas... o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas, y además se haya acreditado respecto de ellos:

- a) Desvinculación de la organización armada.
- b) Acatamiento de las reglas y principios básicos democráticos.
- c) Reconocimiento del daño causado."

#### JUSTIFICACIÓN

“Además de lo expresado en la enmienda anterior, nos parecen criterios suficientes de reinserción los que se manifiestan en el contenido de la enmienda coincidentes con los que las asociaciones Gestos por la Paz, Denon Artean y Paz y Reconciliación establecieron en el documento denominado reinserción ya en el año 1994”.

#### **ENMIENDA NÚM. 41**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo segundo

De adición.

Añadir en el art. 65.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo apartado (f) del siguiente tenor:

"Delitos de homicidio doloso y asesinato consumados cometidos contra miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando se hallen en concurso con el delito de atentado contra la autoridad o sus agentes."

#### JUSTIFICACIÓN

“La especial protección de la que deben gozar los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, cuando se hallen en el ejercicio de



sus funciones, o con ocasión de éstas, hace aconsejable que el enjuiciamiento de los delitos más graves que puedan cometerse contra ellos quede reservado a la Audiencia Nacional”.

#### **ENMIENDA NÚM. 42**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 72.5, del artículo tercero

De modificación.

Se propone la siguiente modificación:

"72.5 La clasificación o progresión... la responsabilidad civil derivada del delito, pudiendo hacerlo, considerando... (resto igual)."

#### **JUSTIFICACIÓN**

“La misma que la de la enmienda primera al art. 90 del Código Penal”.

#### **ENMIENDA NÚM. 43**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 72.6, del artículo tercero

De modificación.

Se da aquí por reproducida la segunda enmienda al art. 90 del Código Penal:

“72.6 Del mismo modo, la clasificación... o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas.”

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Si ha existido tal abandono, ello debe ser suficiente para acceder a la libertad condicional, sin exigencia de nuevos requisitos que harían difícilmente viable la aplicación del referido beneficio a este tipo de penados.

Por otro lado, no alcanza a comprenderse que para los penados a que se refiere este precepto se exijan requisitos adicionales para el otorgamiento de la libertad condicional, que no son contemplados para los restantes penados”.

#### **ENMIENDA NÚM. 44**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Al artículo 72.6, del artículo tercero

De modificación.

"IV bis. Parece oportuno aprovechar la modificación que se articula en este Proyecto para excluir del conocimiento del Tribunal del Jurado aquellos delitos cometidos por personas que conste, o que racionalmente quepa presumir, que pertenecen, colaboran o están vinculados con grupos terroristas, organizaciones o bandas armadas, atribuyendo su competencia a la Audiencia Nacional, fundamentalmente en el caso de que se trate de homicidio doloso y asesinato consumados cometido contra miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, por lo que se propone la modificación correspondiente de la Ley de Jurado y de la Ley Orgánica del Poder Judicial."

#### **JUSTIFICACIÓN**

“El propio tenor literal del texto propuesto”.

#### **ENMIENDA NÚM. 45**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

Artículo quinto

De adición.

Se adiciona un nuevo artículo quinto para llevar a cabo una modificación del art. 5 de la Ley del Jurado, añadiendo, tras el n 1 de dicho precepto, el siguiente párrafo:

"Tampoco conocerá el Tribunal del Jurado de cualesquiera delitos cometidos por personas que conste, o racionalmente quepa presumir, que pertenecen, colaboran o mantienen vinculaciones con grupos terroristas, organizaciones o bandas armadas".

#### **MOTIVACIÓN**

“Evitar el riesgo de que los miembros del Tribunal del Jurado puedan sentirse presionados, explícita o implícitamente, por los grupos, bandas u organizaciones a las que pertenece, con las que colabora, o mantiene vínculos el acusado. Esta enmienda, u otra de parecido tenor, parece bastante lógica con sólo plantearse dos hipótesis de trabajo: ¿Un Jurado Popular sería capaz de condenar, en el País Vasco, a un sujeto -sea cual sea el delito- sabiendo que dicho individuo pertenece a ETA?, ¿Un Jurado gallego condenaría a un narcotraficante, sea cual sea el delito cometido, sabiendo que detrás del acusado se encuentra una organización criminal sin escrúpulos?”.

#### **ENMIENDA NÚM. 46**

Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

A la disposición final segunda

De modificación.

Se propone la siguiente modificación:

“La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", y no será de aplicación a situaciones jurídicas anteriores a esa fecha.”

#### **JUSTIFICACIÓN**

“Fijar en el texto el ámbito de aplicación, de conformidad con el contenido de los artículos 25 y 9.3 de la Constitución”.

#### **ENMIENDA NÚM. 47**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

A la exposición de motivos, apartado III

De supresión.

En el tercer párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos se suprime el inciso "[...], cumplida la cuarta parte de la pena, [...]" (resto igual).

## JUSTIFICACIÓN

“En coherencia con las enmiendas introducidas”.

### **ENMIENDA NÚM. 48**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

A la exposición de motivos, apartado V (párrafo nuevo)

De adición.

Se añade un último párrafo al apartado V de la Exposición de Motivos:

"Además, se incorporan igualmente los períodos mínimos de cumplimiento efectivo de las condenas que permitirían acceder a los beneficios penitenciarios, siempre que concurren, las condiciones que con carácter general se precisan en la Ley. En los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la concesión de un tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite."

## JUSTIFICACIÓN

“En coherencia con las enmiendas introducidas”.

### **ENMIENDA NÚM. 49**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

A la exposición de motivos, apartado VI (párrafo nuevo)

De adición.

Se añade un último párrafo al apartado VI de la Exposición de Motivos con la siguiente redacción:

"Así mismo, se modifica el artículo 93 del Código Penal, con el fin de que en caso de incumplimiento de las condiciones y reglas de conducta que permitieron obtener la libertad condicional, cuando se trate de delitos de terrorismo, el penado cumpla el tiempo que reste del cumplimiento de condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional".

## JUSTIFICACIÓN

“En coherencia con las enmiendas introducidas”.

### **ENMIENDA NÚM. 50**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

A la exposición de motivos, apartado X (nuevo)

De adición.

Se introduce un apartado X en la exposición de motivos, con el siguiente contenido:

"Por último, mediante la Disposición Transitoria Única, la Ley establece que los criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifique, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios."

## JUSTIFICACIÓN

“En coherencia con las enmiendas introducidas”.

### **ENMIENDA NÚM. 51**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

Al artículo 36.2 del Código Penal

De modificación.

El segundo párrafo del apartado segundo del artículo 36 del Código Penal queda redactado así:

"El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la Sección 2.<sup>a</sup> del capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento."

## JUSTIFICACIÓN

“Se trata de que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria puedan enjuiciar singularmente las circunstancias concurrentes en cada caso, pero sometida la decisión al previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, con el fin de aplicar el régimen general de cumplimiento de las penas”.

### **ENMIENDA NÚM. 52**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

Al artículo 76.2 del Código Penal

De modificación.

El segundo apartado del artículo 76 del Código Penal queda así redactado:

"2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo."

## JUSTIFICACIÓN

“Mejora técnica con objeto de completar el régimen legal”.

### **ENMIENDA NÚM. 53**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

Enmienda al artículo 78.3 del Código Penal

De modificación.

El tercer apartado del artículo 78 del Código Penal tendrá la siguiente redacción:

"En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones

criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

- a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
- b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte de límite máximo de cumplimiento de la condena."

### JUSTIFICACIÓN

“Es necesario exigir y garantizar legalmente que los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales hayan cumplido de forma efectiva unos períodos mínimos de las condenas.

Se trata de garantizar que el número total de años de condena va a tener consecuencias directas en la aplicación del tercer grado y la libertad condicional, especialmente cuando la suma total de penas impuestas exceda del doble del límite máximo de condena”.

### ENMIENDA NÚM. 54

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

Al artículo 90.1 del Código Penal

De modificación.

El primer apartado del artículo 90 tendrá la siguiente redacción:

"1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos

y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que rodean a la misma y su colaboración con las autoridades."

## **JUSTIFICACIÓN**

“Con la enmienda se pretende objetivar, como medida de garantía y de seguridad jurídica, las circunstancias que permiten apreciar un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del reo”.

## **ENMIENDA NÚM. 55**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

Al artículo 91 del Código Penal

De modificación.

El artículo 91 del Código Penal pasa a tener la siguiente redacción:

"Artículo 91. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los



sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales y ocupacionales."

#### JUSTIFICACIÓN

“Por coherencia con la enmienda anterior”.

#### **ENMIENDA NÚM. 56**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

A los artículos 93.2 y 3 del Código Penal

De adición.

El actual artículo 93 del Código Penal se convierte en apartado 1, y se adicionan los apartados 2 y 3 con la siguiente redacción:

"2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquire, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional."

#### JUSTIFICACIÓN

“Se trata de que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria puedan verificar la conducta del reo que accede a la libertad condicional, estableciéndose las consecuencias oportunas en caso de incumplimiento de las condiciones y reglas de conducta”.

## **ENMIENDA NÚM. 57**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

Al artículo 72.6 de la Ley General Penitenciaria

De modificación.

El apartado sexto del artículo 72 de la Ley General Penitenciaria queda así redactado:

"Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la Sección 2.ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signo inequívoco de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades; bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que rodean a la misma y su colaboración con las autoridades."

## **JUSTIFICACIÓN**

“En coherencia con la enmienda anterior, se trata de objetivar las condiciones de acceso al tercer grado, como medida de garantía y de seguridad jurídica”.

## **ENMIENDA NÚM. 58**

Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso y Socialista

A la disposición transitoria única (nueva)

De adición.

Se adiciona una Disposición Transitoria Única del siguiente tenor:

"Disposición Transitoria Única. Lo dispuesto, conforme a esta Ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena."

#### JUSTIFICACIÓN

“Se trata de explicitar las reglas de aplicación de los preceptos que se modifican de acuerdo con las reglas generales del Código Penal”.

#### **ENMIENDA NÚM. 59**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al apartado 2 del artículo 36 contenido en el artículo primero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

"Artículo 36. (...)

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a ocho años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. (...)."

#### JUSTIFICACIÓN

“En la medida que el artículo contiene una institución novedosa en nuestro derecho penal y penitenciario, debe considerarse la cautela suficiente a fin de que, de su aplicación, no se produzcan efectos no deseados.

Asimismo, la ampliación del período de seguridad es necesaria ya que la realidad penitenciaria nos muestra que los condenados a más de cinco años de reclusión son una gran mayoría de los penados y, en muchas ocasiones, no se utiliza la violencia en la comisión del delito”.

### **ENMIENDA NÚM. 60**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al apartado 2 del artículo 36 contenido en el artículo primero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

"Artículo 36. (...)

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable... (resto igual)..."

### **JUSTIFICACIÓN**

“En la medida que el artículo contiene una institución novedosa en nuestro derecho penal y penitenciario, debe considerarse la cautela suficiente a fin de que, de su aplicación, no se produzcan efectos no deseados”.

### **ENMIENDA NÚM. 61**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al apartado 2 del artículo 36 contenido en el artículo primero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

"Artículo 36.(...). El juez de vigilancia... (resto igual, redacción propuesta en las anteriores enmiendas)... del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general del cumplimiento.

La aplicación del sistema recogido en el párrafo anterior a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V, del Título XXII, del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, además deberá tenerse en cuenta que el penado presente signos inequívocos de haber abandonado los medios y fines terroristas, colaborando activamente con las Autoridades, en la medida de sus posibilidades, con su aportación para impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización u en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones a las que haya pertenecido y con las que haya colaborado, que podrá acreditarse por medio de la oportuna declaración expresa del condenado de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas, además del necesario informe técnico en el que se acredite la efectiva desvinculación de la organización terrorista."

#### JUSTIFICACIÓN

“Las especialidades que del derecho penitenciario se derivan respecto de los delitos del terrorismo ya se consideran en atención a la futura creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria, así como pretende la enmienda, en la descripción de los supuestos que permiten efectuar el correspondiente pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del penado”.

#### **ENMIENDA NÚM. 62**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al artículo 76 contenido en el artículo primero

De supresión.

## JUSTIFICACIÓN

“La actual regulación penal respecto al límite máximo de cumplimiento efectivo de condena, en los casos en que no se observe el oportuno arrepentimiento sincero y expreso del sujeto condenado por delitos graves, parece una medida suficiente y cumple las funciones expresadas por la Constitución, máxime si se tiene en cuenta que, en la práctica, hasta este momento, la media de cumplimiento efectivo de las condenas no llega a los diecisiete años.

El incremento de este límite que contiene el proyecto se aproxima peligrosamente a la cadena perpetua, más aún cuando los efectos del arrepentimiento del penado y los beneficios penitenciarios son tan limitados. Nuestra concepción de la persona humana y de la dignidad de los hombres hace que se rechace el aumento previsto.

Por ello se considera que el incremento del límite máximo de cumplimiento de penas dispuesto en el proyecto de ley respecto a delitos muy graves y de terrorismo no es adecuado para orientar la pena de libertad hacia la reeducación y reinserción social, como dispone la Constitución”.

### **ENMIENDA NÚM. 63**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al apartado 1 del artículo 78 contenido en el artículo primero.

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

(...) "Artículo 78.

1. Si a consecuencia de las limitaciones en el artículo 76, la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para

la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias o a cualquiera de entre éstas y el límite máximo legal, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

En cualquier caso, la aplicación de este criterio no podrá dar lugar a un aumento de permanencia en el régimen general de cumplimiento superior a la diferencia entre la pena efectivamente impuesta y el límite máximo legal."

## JUSTIFICACIÓN

"Solucionar el error técnico que supone la aplicación del supuesto previsto en el precepto".

### **ENMIENDA NÚM. 64**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

A los apartados 2 y 3 del artículo 78 contenido en el artículo primero.

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

(...) "Artículo 78.

2. En estos casos, el juez de vigilancia, previo diagnóstico individualizado y favorable de reinserción social, y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

En la aplicación del sistema recogido en el párrafo anterior a los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V, del Título XXII, del Libro II de este Código o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, además deberá tenerse en cuenta que el penado presente signos inequívocos de haber abandonado los medios y

finés terroristas, colaborando activamente con las Autoridades, en la medida de sus posibilidades, con su aportación para impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización o en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones a las que haya pertenecido y con las que haya colaborado, que podrá acreditarse por medio de la oportuna declaración expresa del condenado de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas, además del necesario informe técnico en el que se acredite la efectiva desvinculación de la organización terrorista."

### JUSTIFICACIÓN

“En coherencia con la enmienda formulada al apartado 1 del artículo 90 del Código Penal”.

### ENMIENDA NÚM. 65

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al apartado 1 del artículo 90 contenido en el artículo primero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

(...) "Artículo 90.

1. Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para todos aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:
  - a. Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
  - b. Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.



- c. Que el penado se haya esforzado para la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos en los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- d. Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica Penitenciaria.

Además, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales deberá tenerse en cuenta que el penado presente signos inequívocos de haber abandonado los medios y fines terroristas, colaborando activamente con las Autoridades, en la medida de sus posibilidades, con su aportación para impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización u en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones a las que haya pertenecido y con las que haya colaborado, que podrá acreditarse por medio de la oportuna declaración expresa del condenado de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas, además del necesario informe técnico en el que se acredite la efectiva desvinculación de la organización terrorista."

## JUSTIFICACIÓN

“Por un lado, la reparación del daño es un signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado, pero debe ser observado desde una perspectiva preventiva especial y exigir que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta con respecto a la norma y a la víctima del delito.

Asimismo, respecto a los delitos terroristas y los delitos cometidos en organizaciones criminales, se instrumentan los medios para reconocer el arrepentimiento sincero, expreso y activo de los penados, en aras a recoger la reinserción de estos condenados de conformidad a los principios generales del ordenamiento jurídico en sede de política penitenciaria y como instrumento de lucha contra el terrorismo”.

## ENMIENDA NÚM. 66

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al artículo 91 contenido en el artículo primero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Se modifican los artículos 36, 76, 78, 90 y 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

(...) "Artículo 91. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal y a propuesta de la Administración Penitenciaria, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido la mitad de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, educativas, culturales, ocupacionales y cualesquiera otras relacionadas con su tratamiento penitenciario.

A tales efectos, el juez de vigilancia podrá adelantar el período de libertad condicional hasta un máximo de ciento ochenta días por cada año de cumplimiento efectivo de condena, incluidos los períodos de prisión provisional.

En cualquier caso, el juez de vigilancia penitenciaria podrá subordinar el disfrute de la libertad condicional a la participación del condenado en programas de reparación a las víctimas y en trabajos en beneficio de la comunidad. La autoridad judicial competente comprobará el cumplimiento efectivo de la medida impuesta."

#### JUSTIFICACIÓN

“A fin de potenciar las aptitudes de los penados a adecuar su conducta con respeto a la norma y a la reparación de daño, y también como elemento de drenaje del sistema penal, se propone este sistema que motive a los penados a avanzar la libertad condicional durante el cumplimiento de la condena.

Por otro lado, se propone la realización de diversas actividades que complementen la concesión de libertad condicionada, bajo el control de la autoridad competente”.

## **ENMIENDA NÚM. 67**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al apartado Uno del artículo segundo

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Uno. Se añade ... (resto igual) ... "5. Cuando la resolución objeto de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional, sea contraria o difiera del parecer manifestado por la Administración Penitenciaria y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente y, en todo caso, deberán ser resueltos en el plazo máximo de un mes. El incumplimiento de ese plazo producirá la pérdida del efecto suspensivo del recurso de apelación excepto que la dilación no fuera imputable a la Administración de Justicia."

## **JUSTIFICACIÓN**

"El sistema previsto se limita a los casos en que el recurso de apelación sea promovido por el Ministerio Fiscal, cuya actuación está presidida por los principios de legalidad e imparcialidad, cuando exista discrepancia entre la resolución del juez de vigilancia y el criterio manifestado por la administración penitenciaria.

Asimismo, el carácter preferente y urgente no otorga, por sí mismo, la rapidez que debe imperar en un punto tan sensible como es el de la libertad de una persona. Se exceptúa el caso de dilaciones ajenas a la Administración de Justicia por razones obvias y para evitar retrasos de parte".

## **ENMIENDA NÚM. 68**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al artículo tercero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo Tercero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

(...) 5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos establecidos por el Código Penal, que el penado haya observado buena conducta y exista respecto a estas personas un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y se haya esforzado para la satisfacción de la responsabilidad ... (resto igual)".

#### JUSTIFICACIÓN

En concordancia con la redacción que contempla el proyecto de ley para el artículo 90 del Código Penal y la enmienda formulada.

#### **ENMIENDA NÚM. 69**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

Al artículo tercero

De modificación.

Redacción que se propone:

"Artículo Tercero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

(...)

6. Del mismo modo, la clasificación ... (resto igual) ... requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y de esforzarse para reparar el daño causado en los términos del apartado anterior, haber observado buena conducta y exista respecto a estas personas un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y que el penado presente signos inequívocos de haber abandonado los medios y fines terroristas, colaborando activamente con las Autoridades, en la medida de sus posibilidades, con su aportación para impedir la producción de otros delitos, atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización u en la obtención de

pruebas sobre las referidas organización a las que haya pertenecido y con las que haya colaborado, que podrá acreditarse por medio de la oportuna declaración expresa del condenado de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas, además del necesario informe técnico en el que se acredite la efectiva desvinculación de la organización terrorista."

#### JUSTIFICACIÓN

"En coherencia con la enmienda anterior y la formulada en el apartado 1 del artículo 90 del Código Penal".

#### **ENMIENDA NÚM. 70**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

De adición de una nueva disposición adicional

Redacción que se propone:

"Disposición adicional (nueva).

El Gobierno, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley remitirá al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por el que se regule la tramitación del indulto particular, a propuesta de la administración penitenciaria competente, para todos aquellos penados en los que concurren, con los requisitos pertinentes, las circunstancias de buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal y participación en las actividades de reeducación y reinserción social."

#### JUSTIFICACIÓN

"Esta medida de individualización de la pena, en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, tendentes a conseguir su reeducación y reinserción social, como fin principal de la pena privativa de libertad, debe desarrollarse en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 206 del Reglamento penitenciario, que regula el indulto particular, no ha tenido aplicación en el régimen penitenciario dada su escasa concreción procedimental para su concesión".

**ENMIENDA NÚM. 71**

Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió)

De adición de una mera disposición transitoria

Redacción que se propone:

"Disposición transitoria (nueva).

El incremento del límite máximo de cumplimiento efectivo de condena dispuesto en la presente Ley no será aplicable a hechos delictivos cometidos antes de la entrada en vigor de la misma."

**JUSTIFICACIÓN**

“De conformidad con los votos particulares formulados por diversos vocales del Consejo General del Poder Judicial y de las enmiendas formuladas”.

**PROPUESTA DE VETO DEL SENADO AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO INTEGRAL Y EFECTIVO DE LAS PENAS (BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. SENADO. VII LEGISLATURA. SERIE II. PROYECTOS DE LEY. Nº 130 (b) DE 9 DE JUNIO DE 2003).**

La propuesta de veto nº 1 se presentó por el Grupo Mixto justificándolo de la siguiente manera: “El primer y más importante argumento para oponerse a esta reforma del Código Penal es el de su inutilidad. La reforma es innecesaria porque no significa una mejor protección de la sociedad. La reforma restringe más allá de lo necesario, y más allá de lo constitucionalmente permitido como luego se dirá, un derecho tan esencial como la libertad. La privación de derechos más allá de lo necesario constituye una vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad, de intervención mínima y de adecuación. Se admite de forma unánime por la doctrina penal que todo lo que excede de lo imprescindible necesario es ilegítimo, << todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico >> (BECCARIA, 1764).

En el Código Penal de 1995 ya existen instrumentos legales para la consecución de los fines que esta reforma pretende. El proyecto, principalmente la Exposición de Motivos, incurre continuamente en el error de confundir estancia en prisión con cumplimiento de la pena: las penas se cumplen íntegras en la actualidad en la forma prescrita en la ley. El tercer grado no significa que se deje de cumplir la pena, la libertad condicional tampoco; son formas más benignas de cumplir la pena, sometidas a unas condiciones que evidentemente tienen que ver con la ausencia de peligro de reincidencia.

Si esas condiciones no se dan, la persona condenada a 30 años de prisión estará 30 años en prisión. Ya existe la posibilidad de que la pena se cumpla íntegramente dentro de prisión.

El aumento de las penas ha demostrado en diversos tipos de delitos que no es un factor disuasorio, máxime en delitos como los denominados de convicción. Es muy dudoso que 40 años de condena intimide a los posibles autores más que 30. no es eficacia preventiva lo que se busca por tanto. Tampoco se puede hablar de fortalecimiento de la confianza en el derecho, si esta se busca mediante el desmantelamiento de los principios constitucionales de la democracia: Más bien puede calificarse de << utilización meramente simbólica del Derecho penal >>, es decir, demagogia.

Aún ni han podido ser eficaces medidas que para el cumplimiento íntegro de las penas prevé el Código Penal de 1995 y ya se quiere reformar éste. La falta de necesidad es tan evidente que no merece mayor cometario.

En definitiva, la falta de necesidad comporta una falta de justificación y por tanto de legitimidad para restringir derechos fundamentales como la libertad sin necesidad, sin que vaya a reportar beneficio alguno.

En segundo lugar, cabe apuntar la vulneración de otros principios de orden constitucional que descalifican por completo este Proyecto de Ley: el principio de orientación de las penas a la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE) y el principio de humanidad de las penas (artículo 15 CE).

El artículo 25.2 de la Constitución establece que las penas privativas de libertad están orientadas a la reeducación y reinserción social. En el mismo sentido se pronuncian normas como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 58 de las Normas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, entre otras.

El mandato constitucional significa que la Administración penitenciaria debe intentar que los penados se reinseren en la sociedad lo antes posible en condiciones de no volver a delinquir.

El mandato de reeducar y reinsertar no es sólo, aunque también, una expresión de humanización de la justicia, sino que busca prioritariamente la protección de la sociedad (artículo 58 citado). Mediante la reeducación de la persona penada se busca que se reinsera en la sociedad sin volver a delinquir, es decir, con la finalidad de proteger a la sociedad. Otra manera es la pura <<inocuidad >>, esto es, << que se pudra en la cárcel >>, que no sólo es una manera inhumana sino contraria a las normas internacionales y constitucionales.

Del conjunto de reformas que se quieren introducir en el Código Penal (incremento del límite a 40 años, «período de seguridad» de la mitad de la condena, cómputo de la libertad condicional sobre el total de la suma de las imponibles) se deriva que para la mayor parte de los concursos de delitos con penas graves, la posibilidad de que una evolución de la persona suponga una «expectativa de puesta en libertad en un tiempo razonable» es absolutamente ilusoria. Se pretende que una persona esté encarcelada durante más de 20 ó 30 años sin posibilidad de que su evolución personal modifique su régimen de libertad. El carácter ilusorio de esta expectativa es precisamente lo que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional conlleva una descalificación constitucional.



Esto evidentemente no es orientar las penas a la reeducación y reinserción social (artículo 25.2 CE) sino todo lo contrario: no se busca favorecer la reeducación y se impide la reinserción social aunque aquella se produzca. La inconstitucionalidad del conjunto de las reformas es más que evidente. La posibilidad de inserción social en un plazo razonable es excluida, por lo que se vulnera el artículo 25.2 según se colige de la jurisprudencia constitucional.

Según afirma la doctrina penal «las penas de larga duración no pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización, que espera ante todo a crear unas expectativas para una futura incorporación pacífica del penado en la sociedad. Un período de reclusión de estas características no da lugar a que el penado una vez cumplida su pena pudiera rehacer su vida, por lo que la condena lleva irremediamente unida la destrucción del sujeto como ser social».

Con la legislación vigente, la pena de prisión máxima que se puede imponer es de 30 años, no existen penas superiores. Así se estableció desde los primeros códigos del siglo pasado. Y es así porque siglos de evolución científica y de la sensibilidad social han demostrado la necesidad de poner límites a la barbarie, la necesidad de conciliar la protección de la sociedad con la humanización de las penas, los derechos de las personas presas y el respeto a la dignidad de la persona. Por tanto, además de ser contrario al artículo 25.2 CE y a los correspondientes textos internacionales, la destrucción de la persona como ser social casi de por vida se puede calificar como pena inhumana, prohibida por el artículo 15 CE. Anunciar a una persona que va a estar 40 años en prisión, que hay gran probabilidad de que termine sus días en prisión sin que su renuncia a la actividad delictiva pueda devolverle la libertad en un plazo razonable, es una pena inhumana prohibida por el artículo 15 de la Constitución.

Negar casi definitivamente a un ser humano como ser social es negar su dignidad humana.

Así se deduce que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El propio informe del CGPJ apunta a ello. La jurisprudencia constitucional establece que la constitucionalidad de la pena de prisión depende de cómo se configure su ejecución. Configurada como se hace en esta reforma, es decir, que el penado estará obligado a cumplir efectivamente en prisión un mínimo de 30 ó 40 años, es claramente una pena inhumana. Con esta reforma se pretende la consecución de un «derecho penal del enemigo» contra el que vale todo, en este caso el enemigo terrorista. Además, según afirma la doctrina penal «las investigaciones recientes demuestran que provocan daños irreversibles en su personalidad, lo que convierte estas penas en inconstitucionales». Aunque nominalmente existen en los ordenamientos jurídicos europeos penas de

prisión de duración superior, en la práctica no se cumplen penas superiores a los 20 ó 25 años.

Por último, hay que prever la situación a la que el conjunto de las reformas van a llevar a los centros penitenciarios. Las condiciones de cumplimiento de las penas de prisión, con el gasto actual, la escasez de medios y la tendencia a la masificación que se viene dando y que se dará en las prisiones españolas, conducen a calificar a penas de esa duración y en esas condiciones como claramente atentatorias contra la dignidad de las personas. En cuarto y último lugar, esta reforma es un atentado contra las funciones constitucionales del Poder Judicial: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117 CE). Como se decía anteriormente, en el Código Penal de 1995 ya existen instrumentos legales a disposición de los jueces y tribunales para garantizar la protección de la sociedad y el cumplimiento de las penas, íntegramente en prisión si una persona no presenta un pronóstico individualizado favorable de reinserción social. Ausencia que debe valorar el poder judicial, uno de los tres poderes del Estado, el que debe juzgar y hacer cumplir lo juzgado, según establece la Constitución. Es un denominador común de las distintas reformas el de reducir el ámbito de decisión individualizada al caso y a la persona de los jueces y tribunales. Se quiere determinar a priori y con carácter general el modo de cumplimiento de la pena en función de criterios generales de alarma social, en contra de la esencia del cumplimiento de la pena, que debe ser individualizada y atenta a la evolución de la persona. El proyecto de reforma transmite una evidente desconfianza en los aplicadores del Derecho hurtándoles capacidad de decisión. Afirmaciones como la de la Exposición de Motivos, que los beneficios penitenciarios se pueden convertir en «meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes», son un insulto a la inteligencia y a la labor judicial. Que leyes aplicadas por el poder judicial puedan ser un instrumento de los terroristas es algo que debe desaparecer de un texto legal. La reforma busca por tanto reducir la intervención del poder judicial en la ejecución de las penas desde la acción del poder ejecutivo.

Por todo ello, se presenta la siguiente enmienda de totalidad con solicitud de devolución del Proyecto de Ley Orgánica.

**PROPUESTA DE VETO NUM. 2** Del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV).

El Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente propuesta de veto.

## JUSTIFICACION

El Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, encierra en su propio título toda una declaración de principios de la apuesta por un sistema penal regresivo que cuestiona el carácter resocializador de la pena. Pero más concretamente las razones que vienen a sustentar la presente Propuesta de Veto, y por ende el rechazo del Proyecto de Ley Orgánica, son las siguientes:

--Se trata de una reforma planteada desde el oportunismo político y que pone en cuestión, desde un posicionamiento unilateral, un amplio consenso en torno a un sistema penal y penitenciario, basado, entre otros principios, en la reinserción social de los penados.

Cualquier norma debe nacer con una clara vocación de generalidad y de permanencia y, por ello, debe evitarse que responda a coyunturas políticas y sociales concretas, pretendiendo solucionar situaciones particulares mediante reformas que olviden que la realidad es compleja y que las normas deben dar respuestas globales que contemplen precisamente esa complejidad. De ahí que la llamada «alarma social» sea la peor consejera del legislador, pues nunca una ley debe venir motivada por la repercusión que en la opinión pública tengan determinadas acciones, por condenables que sean, ya que la respuesta normativa se alimentaría más de la demagogia que de la justicia. La defensa de un sistema penal y penitenciario justo no resta un ápice a compartir la repugnancia que nos produce cualquier crimen terrorista y la condena inequívoca y rotunda de toda práctica terrorista que vulnere el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de tantos ciudadanos y ciudadanas. Pero la grandeza del Estado de Derecho es que a la maldad o iniquidad de los criminales se responda con la democracia y con el mayor respeto a los derechos humanos.

--Se trata de una reforma regresiva.

Ciertamente el sistema penal y penitenciario debe buscar un equilibrio entre la función punitiva, la resocializadora, la preventiva o la de satisfacción a la víctima, pero precisamente ello obliga a no poner todo el acento en una sola finalidad o principio hasta el punto de difuminar o eliminar los otros. El grado de madurez democrática de una sociedad encuentra un buen termómetro en el nivel de humanización de su sistema penal. Por eso resultan tan importantes los principios constitucionales de reeducación y de reinserción social que deben inspirar siempre al legislador que regule el sistema penal.

Sistema este que no puede ser en el siglo XXI más regresivo que el existente en las dictaduras de los Generales Primo de Rivera o Franco.

No podemos apostar y defender un modelo tan deshumanizado y que viene a instaurar una cadena perpetua «de facto».

--Se trata de una reforma de dudosa constitucionalidad.

Una reforma que se compadece mal con el artículo 25.2, el artículo 15 o el mismo artículo 9.3 de la CE. El derecho a la reinserción debe funcionar, en todo caso, como principio inspirador del legislador y también como límite último de cualquier reforma legal que «de facto» excluya toda posibilidad real de reeducación y reinserción social. Además la expresa previsión constitucional de inadmitir penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE), nos lleva a preguntarnos dónde está el límite de una pena para que no tenga tal consideración.

--Se trata de una reforma innecesaria y que el tiempo se encargará de demostrar que no será eficaz.

Está más que demostrado que el endurecimiento de las penas, incluida la propia existencia de la pena de muerte, no ha servido en otros países para erradicar aquellas conductas que se pretendían con ello combatir.

Por otra parte el vigente Código Penal de 1.995 ya cuenta con instrumentos que permiten imponer penas de hasta treinta años, y de cuya eficacia aún no podemos saber porque no han llegado todavía a aplicarse.

Las explicitadas razones nos parecen más que suficientes a la hora de sustentar la presente Propuesta de Veto.

Los Senadores Manuel Cámara Fernández y José Cabrero Palomares, IU (Mixto), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formulan un veto al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Palacio del Senado, 4 de junio de 2003.--Manuel Cámara Fernández y José Cabrero Palomares.

PROPUESTA DE VETO NUM. 3 De don Manuel Cámara Fernández y don José Cabrero Palomares (GPMX) Los Senadores Manuel Cámara Fernández y José Cabrero Palomares, IU (Mixto), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formulan la siguiente propuesta de veto.

## JUSTIFICACION

Ni este Proyecto de Ley Orgánica ni el resto de reformas legales que el Gobierno remitirá en los próximos días a esta Cámara pueden entenderse sin tener en cuenta, de forma integral, el debate sobre seguridad y penalidad mantenido en nuestro país en los últimos meses. En esta línea de reflexión hay que citar los que, en estos momentos, son los antecedentes y rasgos fundamentales del modelo dominante en materia de seguridad ciudadana y respuesta policial, penal y penitenciaria pública a la misma. En primer lugar, se ha creado de forma irresponsable y artificial una sensación subjetiva de inseguridad ciudadana que en nada se corresponde con la realidad, España es en el marco de la Unión Europea, un país de violencia e inseguridad ciudadana realmente baja. Este clima fue impulsado en primer lugar por el PSOE que, emulando al PSF y a L. Jospin, introdujo el tema de la inseguridad ciudadana con fines exclusivamente electorales, alejándose de todos los valores tradicionales del socialismo. Posteriormente el PP reaccionó y entró en el debate de la inseguridad ciudadana seguro de que, como en Francia, en España también la derecha resultaría siempre victoriosa de un debate con la izquierda sobre esta materia. Paralelamente el PP ha mezclado el tema de la seguridad ciudadana, con la inmigración, con nuestro terrorismo ETA y con el clima creado con posterioridad al 11 de septiembre del 2001. De tal suerte que el PP entra en el debate de la seguridad ciudadana justificando las más extremas medidas contra el delito, contra ETA y su entorno e identificando inmigrante con delincuente, todo ello de forma conjunta, en una especie de totum revolutum.

El resultado de esta política del Gobierno del PP es un evidente daño a determinados valores constitucionales (vg reinserción del artículo 25 de la Constitución), una especie de racismo gubernamental encubierto y una política de tolerancia cero frente al «pequeño» delito. Todas estas medidas son parte del patrimonio tradicional de la derecha política, pero además el PP entiende que le pueden ser tremendamente rentables en términos electorales. Al calor de todos estos acontecimientos el PP ha impulsado una reforma penal integral encubierta bajo la filosofía de que todo es solucionable con mano dura penal (ETA, pequeña delincuencia, violencia domestica, inmigración, etc.).

Sin embargo, frente a este modelo, hasta la fecha en buena medida compartido por el PSOE y por el PP, desde Izquierda Unida queremos poner de relieve algunos hechos que nos parecen claramente reveladores de la degeneración electoralista que se ha alcanzado en esta materia. España es, en términos relativos, un país seguro y de baja violencia. Todo ello sin negar el evidente rebrote que se ha producido en las estadísticas de delincuencia en los últimos meses. Repunte que sigue sin modificar la

posición relativa de España en la Unión Europea en materia de criminalidad y violencia.

España es un país con una ratio policía per cápita altísima (de hecho la segunda detrás de Italia en la Unión Europea). Otro asunto es que las diversas policías que tenemos están mal coordinadas, mal retribuidas, deficientemente formadas o dotadas.

España es un país con muchos presos (más de 51.000 reclusos) y tenemos una de las ratios presos en relación a la población total más altos de la Unión Europea.

España es un país en el que el Gobierno del PP está consiguiendo privatizar la seguridad, reduciendo la seguridad pública (con una alarmante reducción de la inversión pública en esta materia) y potenciando el sector de la seguridad privada. Es decir, convirtiendo la seguridad en un bien del que se disfruta no en función de la ciudadanía, sino en función de la renta.

España es un país con pocos inmigrantes (en torno al 1% de nuestra población), especialmente si nos comparamos con algunos de nuestros socios europeos que se mueven en la banda del 5 al 10% de la población. En España, como en el resto de occidente, los inmigrantes legales delinquen en menor proporción que los españoles (por encima de todo quieren que su familia resida legalmente y sin problemas en España). Por otra parte, los inmigrantes (legales o ilegales) no alcanzan a protagonizar un tercio de los hechos delictivos. Hay que recordar algo que muchas veces el ambiente nos hace perder de vista: la residencia ilegal es una infracción administrativa, pero no una falta o delito penal. Y también conviene recordar que, si sólo un tercio de los delitos son cometidos por inmigrantes, la mayor parte de los delitos y faltas son cometidos por ciudadanos españoles.

En otro orden de cosas, el cacareado Plan Policía 2000 ha sido un fracaso rotundo y total del Gobierno del PP. Pura mercadotecnia sin nada tangible dentro. Todos estos datos no han sido ponderados ni por el PP ni (de momento) por el PSOE y, de hecho, ni siquiera han sido analizados por el Gobierno que, de forma previa a implementar sus planes en materia seguridad y reforma penal, se ha negado repetidas veces a elaborar un Libro Blanco de la Seguridad Pública que de forma objetiva y científica analizase las necesidades de España en esta materia. Carecemos de aparato estadístico y analítico científico y el Gobierno del PP no quiere procurarlo. La realidad (origen social y económico de casi todo el crimen) no debe estropearles su bonita plataforma electoral (es necesaria la mano dura para frenar a etarras, terroristas árabes, inmigrantes delincuentes y pequeños chorizos). De hecho, el Gobierno del PP, con el hasta la fecha inestimable apoyo acrítico del PSOE, se ha limitado a utilizar la pretendida inseguridad ciudadana primero como una forma de captar

cierto apoyo electoral (recordemos la pelea electoral Chirac, Jospin y Le Pen en torno a este tema); en segundo lugar para evitar que el PSOE le abriese un frente electoral con esta materia; sin duda para seguir ganando votos con el discurso duro contra ETA; y finalmente para tapar las vergüenzas del «Prestige» (recordemos que el Presidente Aznar habló de barrer las calles de pequeños delincuentes en diciembre, pero sólo lanza la cascada de Proyectos de Ley cuando el «Prestige» comienza a hacerles perder fuelle en las encuestas).

En respuesta al clima que hemos descrito someramente en los párrafos anteriores el Gobierno del PP ha aprobado dos andanadas de política policial y penal represivas de un profundo calado:

1. En primer lugar el Plan contra la Inseguridad Ciudadana en diciembre del 2002.

2. Y en segundo lugar la Reforma Penal (así y no de otro modo debe concebirse el alud de Proyectos de Ley penales) de enero del 2003. El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida entiende que ambas reformas deben leerse de forma conjunta e integral. Y por ello debemos considerar como partes de una misma agenda pública las siguientes cuestiones:

- a) Los planes de aumentos espectaculares de las plantillas del Cuerpo Nacional de Policía.
- b) Los planes para aumentar las plantillas fiscales.
- c) La apuesta por la expulsión fulminante de los inmigrantes en situación irregular (incluyendo incluso a menores).
- d) Los juicios rápidos (más celeridad, menos garantías procesales y peor situación relativa frente a la justicia para las clases sociales más débiles; todo ello sin gastar un duro en medios materiales y humanos nuevos al servicio de estos juicios pretendidamente rápidos).
- e) La centralización de la vigilancia penitenciaria (susceptible de acabar en un mayor control ministerial de la misma).
- f) La reforma del estatuto del Ministerio Fiscal (mayor gubernamentalización del mismo).
- g) Y la reforma del Código Penal, de la prisión provisional, sistema de penas (endurecimiento de las mismas) y reforma de las condiciones de cumplimiento carcelario de las penas (dificultar los beneficios penitenciarios).

Estas últimas medidas son, sin duda, las estrellas mediáticas del último mes y medio. Pero entendemos que no se pueden comprender estas reformas penales sin ponerlas en relación con el resto de operaciones emprendidas por el Gabinete Aznar en materia de interior y justicia.

El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida entiende que la ultraextensión arbitraria de la prisión provisional, el endurecimiento generalizado de las penas, la obstaculización del acceso a los beneficios penitenciarios o la muerte civil de determinados reclusos son contrarias a varios e importantes preceptos constitucionales. También consideramos que estas medidas ni frenarán la delincuencia (como así lo demuestra la experiencia en sociología criminal comparada) ni reducirán el apoyo a ETA, organización que ante los ataques penales se compacta y endurece, mientras que ante la reinserción de sus ex miembros se debilita.

Sea como fuere, todo este conjunto de medidas, desde nuestro punto de vista regresivas, puede suponer importantes y graves cambios en el modelo penal. El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida quiere destacar los siguientes:

- a) El derecho penal puede pasar de ser la ultima ratio a ser la primera solución para todo (todo se pretende solucionar con penas y cárcel).
- b) El derecho penal parece que se olvida del valor constitucional de la resocialización y se centra única y exclusivamente en la retribución. De hecho, de aprobarse estas normas penales y de ser santificadas por el Tribunal Constitucional, estaríamos ante una verdadera mutación constitucional. La letra de los artículos 9.3, 10 y 25.2 de la Constitución sería la misma, pero su prescriptividad material o práctica sería bien diferente.
- c) Las cárceles españolas, que ya están extremadamente saturadas (de las más saturadas de la Unión Europea), van a recibir nuevas oleadas de presos.

En definitiva, nos adentramos en un discurso penal duro que pretende ofrecer a la ciudadanía más seguridad a cambio de garantías jurídicas y libertades. Transacción en la que como es evidente Izquierda Unida no puede estar, en modo alguno, de acuerdo. En este punto Izquierda Unida quiere mostrar su oposición ante esta oleada de «tolerancia cero» y del «todos a la cárcel» alentada por el Gobierno del PP. Pero también queremos mostrar nuestra decepción ante la actitud, hasta la fecha, del PSOE que parece estar abandonando valores tradicionales y centrales de la izquierda política y dejando a la intemperie conservadora el Código Penal de 1995 que fue objeto de un consenso generalizado.



En el centro de cualquier discurso de izquierdas sobre seguridad ciudadana debe estar la siguiente idea de que el PSOE parece haber abandonado por motivos meramente electorales: a mayor justicia social menor índice de delincuencia y a mayor y mejor Estado Social también menor índice de delincuencia. Esta ecuación tan sencilla debe ser el punto de partida de cualquier política progresista en materia penal y de seguridad ciudadana. Desgraciadamente tenemos la impresión de que el PSOE pueda llegar a traicionarse a sí mismo en la lucha por un puñado de votos que, en todo caso, los obtendrá el PP, pues cualquier electorado (ahí está el ejemplo francés) prefiere a la derecha frente a la izquierda para aplicar políticas duras en materia penal, policial y penitenciaria.

Desgraciadamente tenemos la impresión de que Izquierda Unida puede llegar a quedarse sola en la defensa de un modelo social, jurídico y político centrado en la prevención del delito, en la remoción de sus causas sociales y económicas y en la reinserción frente a la retribución. No es una soledad buscada, pero tampoco va a ser rehuida si es necesaria para defender nuestras ideas. Ideas que, por otra parte, entendemos no sólo están animadas por un espíritu moral y humanista o avaladas por la Constitución española, sino que estamos convencidos que son las únicas ideas capaces de garantizar seguridad y libertad de forma armónica, eficaz y justa. Tenemos el ejemplo de determinados estados occidentales instalados firmemente en la retribución, la tolerancia cero y las penas privativas de libertad duras. A pesar de tanta dureza en esos países no se han rebajado los índices de delincuencia y esas sociedades no son seguras y de baja violencia. Frente a un mercado desregulado y un Estado que se dedica a la punición penal protectora del derecho a la propiedad (es decir, frente a un estado liberal clásico que en el siglo XXI esta intentando volver al XIX); desde Izquierda Unida defendemos un Estado Social y Democrático de Derecho avanzado y poderoso capaz de remover las causas de las desigualdades sociales y económicas y en el que lo penal sea sólo la última frontera punitiva y lo penitenciario tenga un componente central resocializador.

No estamos proponiendo nada revolucionario. Simplemente estamos hablando del Estado Social y Democrático de Derecho de mediados del siglo XX. Sólo estamos reivindicando el Estado del Welfare State frente al *laissez faire* neoliberal. Aunque sabemos que en los tiempos de la globalización, la Sociedad de la Información y la «Nueva» Economía dicha defensa del Estado Social y Democrático de Derecho no puede hacerse sólo en sede estatal, sino que debe procurarse su defensa en los foros comunitarios europeos e internacionales. Ciertamente lamentaríamos que en la defensa de un proyecto que no deja de ser meramente socialdemócrata no estemos acompañados por los teóricos socialdemócratas españoles.

Este es, a juicio del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, el contexto en el que debe encuadrarse el debate sobre este Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Entrando ya en el concreto contenido del Proyecto de Ley Orgánica, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida quiere poner de relieve que el Gobierno del PP no le ha dado ni una sola oportunidad al Código Penal de 1995, pues a seis escasos años de su entrada en vigor, y cuando los operadores jurídicos habían empezado a conocer su mecánica interna, se pretende acabar con una obra penal hija del consenso y no precisamente «blanda» en términos punitivos. Desconocemos aún el efecto neto de los actuales artículos 76 y 78 del Código Penal del 95, pues éstos no han hecho más que empezar a andar. Y hay que señalar que los casos que se presentan por parte del Gobierno del PP como alarmantes a la opinión pública no lo son por la aplicación del Código Penal de 1995, sino del anterior. Y cuando el Ministro de Justicia afirma que el Código Penal de 1995 «anima a delinquir», simple y llanamente, miente de forma interesada. La voladura del Código Penal de 1995 tiene un profundo sentido de revancha ideológica de la derecha española que, ahora «sin complejos», pretende imponer una praxis retributiva alejada de la apuesta constitucional por la resocialización.

De hecho, este Proyecto de Ley Orgánica (así como la reforma penal integral del Gobierno del PP) nos propone una regresión en materia de penas a tiempos anteriores al Código Penal de 1944 (que ya fijaba el tiempo máximo de cumplimiento efectivo en 30 años). Todo ello, a pesar de la unanimidad científica en torno a los efectos destructivos de la personalidad del recluso por encima de los 15 ó 20 años de condena efectiva. Estamos pues ante un Proyecto de Ley Orgánica que se aparta del espíritu constitucional y que va en contra de la doctrina científica penitenciaria europea más consolidada. Pero los vicios de este Proyecto de Ley Orgánica son también de orden jurídico constitucional e internacional. En primer lugar, esta reforma atenta, al menos, contra los artículos 9.3 (seguridad jurídica, arbitrariedad e irretroactividad), 10 (dignidad humana) y 25.2 (resocialización) de la Constitución. Así como contra el artículo 10 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos y contra el Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo relativo a las penas inhumanas y degradantes.

Como consecuencia de todo lo anterior este Proyecto de Ley Orgánica es también susceptible de contradecir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de resocialización de reclusos (STC 112/96 y siguientes sobre la resocialización como mínimo innegociable de la norma penal y penitenciaria y Sentencias del Tribunal Supremo conexas con las anteriores). Es tal el anacronismo de este Proyecto de Ley Orgánica que hasta

infringe el recientemente aprobado Estatuto de la Corte Penal Internacional (ratificado por España) que entre sus apuestas técnico-políticas incorpora como límite máximo los 30 años de pena efectiva para los más abyectos crímenes imaginables por la humanidad. Pero contra lo que verdaderamente carga este Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno del PP es contra el sistema de individualización científica (que, implica, inter alia, la progresión y regresión en el tratamiento penitenciario) en el seno de las instituciones penitenciarias españolas.

Se pretende un apartamiento del tratamiento subjetivo e individualizado, introduciendo obstáculos insalvables para la inserción y resocialización de todos los reclusos en general y de determinados colectivos en particular. Pero esta opción del Gobierno del PP por hacer, en la práctica, imposible el tercer grado (con su heterogéneo conjunto de medidas --artículos 80, 82, 182, etc., del Reglamento Penitenciario), es además de inconstitucional y de difícil encaje en la legalidad internacional, ajena a nuestra cultura político-jurídica. El Proyecto de Ley Orgánica opta por la pena más grave y por el régimen menos resocializador, creando incluso una especie de reclusión perpetua encubierta. Esta barbaridad inhumana y cruel no existe, como se nos ha hecho creer, en otros países de nuestro entorno, donde los sistemas de revisión periódica de penas son generales (a los 13 años en Finlandia, 15 en Alemania, 20 en otros Estados de la Unión Europea). Ningún estado civilizado de nuestro entorno se plantea en estos momentos cumplimientos íntegros de condena sin revisión alguna de la pena hasta los 32/35 como se propone en esta reforma. Por lo tanto, este Proyecto de Ley Orgánica bebe claramente en las fuentes liberales y retributivas del siglo XIX, poniendo de relieve su carácter trasnochado, anacrónico, regresivo e inconstitucional. En lo que a los reclusos terroristas se refiere, amén de no ponderar la mayor capacidad de resocialización de los mismos (contratada en la práctica de estos últimos 20 años de reinserciones exitosas casi en un 100% de los casos), este Proyecto de Ley Orgánica desconoce que la reinserción le hace un daño terrible a ETA. La resocialización de ex activistas de ETA después de haber cumplido buena parte de sus condenas es un ataque directo en la línea de flotación social e ideológica del entramado de ETA. Por el contrario, imposibilitar la reinserción de los reclusos de ETA, con una cadena perpetua encubierta, supone dar balones de oxígeno a ETA. No lo afirmaremos nosotros, pero a un observador imparcial le pudiera parecer que el Gobierno del PP prefiere acaparar votos con su lucha (mediática) contra ETA, en vez de acabar con la lacra terrorista etarra. Por otra parte, el problema en estos momentos no estriba en introducir reforma legales que evite que a los terroristas «les salga barato» perpetrar su crimen, tal y como defiende en público el Ministro de Justicia, sino en garantizar, desde la ley, que a los terroristas no les salga «excesivamente caro» dejar de ser terrorista. Si se institucionalizan formas de ejecución penal que no dejan resquicio alguno a la posibilidad de cambio personal se pone en cuestión esa dimensión del ser

humano que es la perfectibilidad, o sea la posibilidad de mejorar, de resocializarse y estos atributos se asientan nada menos que en la dignidad humana.

Además, de aceptarse la lógica intrínseca de este Proyecto de Ley Orgánica en relación a los reclusos etarras, cuando se compruebe, que condenas más duras no hacen desaparecer el terrorismo ¿qué se va a hacer desde el Gobierno? ¿Legalizar la cadena perpetua? ¿Aprobar la pena de muerte? El Gobierno del PP mete a España en un callejón sin salida en materia penal y da varios pasos atrás en la lucha contra ETA. Como es evidente, estas medidas no pueden ser suscritas por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida que quiere luchar contra ETA, pero de forma eficaz y sin atacar a la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero la inutilidad de este Proyecto de Ley Orgánica no sólo se puede predicar de las medidas contra los reclusos de ETA. En general, la doctrina científica nos ha demostrado de forma concluyente que el endurecimiento de las penas no reduce la criminalidad ni aumenta la seguridad ciudadana. Los índices de criminalidad dependen mucho más de la cohesión social y justicia económica que de las penas. Así países con gran cohesión social tienen bajos índices de delincuencia (vg, Escandinavia en su conjunto), mientras que otros profundamente injustos en materia social y económica no reducen su criminalidad a pesar de su severo sistema penal que incluye la pena de muerte (vg, los EEUU).

El Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida no quiere dejar pasar este trámite sin poner de relieve otra serie de asuntos técnicos sobre este Proyecto de Ley Orgánica que tienen indudable relevancia. En primer lugar, hay que señalar la mala sistemática de este Proyecto, dado que buena parte de su contenido tiene mejor y más lógica ubicación en la Ley Orgánica General Penitenciaria que en el Código Penal. En segundo lugar, entendemos que es especialmente desafortunada la redacción del artículo 78 pues combina discrecionalidad (quiebra el principio de seguridad jurídica) con decisión forzosa, sin margen de maniobra para la jurisdicción y plenamente controlada por el Ejecutivo. Se pasa de la decisión judicial potestativa a la preceptiva. Y se explicita una profunda desconfianza respecto del Poder Judicial impropia de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por otra parte, se procede a suprimir la motivación de la peligrosidad criminal del penado, con lo que se da pie a la aparición de decisiones judiciales, no motivadas, en clara contradicción con el espíritu y la letra de nuestra Constitución. Y finalmente, el Proyecto de Ley Orgánica habla de delitos cometidos en el seno de «organizaciones criminales», cuando tal concepto no existe, en modo alguno, en el Código Penal.

Pero más allá de estas cuestiones técnicas (de innegable trascendencia), el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida quiere reiterar que este Proyecto de Ley Orgánica supone un paso atrás de un siglo en la tarea de humanizar el derecho penal. Estamos ante una reforma que impulsa valores preconstitucionales contrarios a la resocialización y exclusivamente retributivos. Es decir, estamos ante una reforma contraria a nuestra cultura jurídico-política y a nuestra propia Constitución. Pero por encima de todo lo demás, este tipo de reformas legales ponen en evidencia la absoluta carencia de una política social previa a la represión penal y la alergia del Gobierno del PP al fortalecimiento de la cohesión social como medida preventiva del crimen y de la inseguridad ciudadana. De hecho, este Proyecto de Ley Orgánica pretende instaurar en España un Derecho Penal del Enemigo que criminaliza la pobreza algo que, nos sentimos en la obligación de recordarlo, ya hizo el nacionalsocialismo en 1933 en Alemania.

Por todo lo anterior el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presenta esta Enmienda a la Totalidad a este Proyecto de Ley Orgánica solicitando la devolución del mismo al Gobierno.

El Senador Anxo Manuel Quintana González, BNG (Mixto), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula un veto al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Palacio del Senado, 4 de junio de 2003.--Anxo Manuel Quintana González.

#### PROPUESTA DE VETO NUM. 4 De don Anxo Manuel Quintana González (GPMX)

El Senador Anxo Manuel Quintana González, BNG (Mixto), al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formula la siguiente propuesta de veto.

#### JUSTIFICACION

El Bloque Nacionalista Galego formula este veto al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, con la que quiere dejar patente su rechazo a un proyecto de ley oportunista y que, más allá de sus contenidos simbólicos, amenaza con alejar el sistema penal español del paradigma europeo continental para aproximarlos a concepciones puramente retributivas de clara raíz estadounidense y que sólo han logrado, allí donde se han aplicado, multiplicar la población carcelaria, la inhumanidad (y la injusticia) del sistema penal y penitenciario; sin que, a

cambio de tan alto precio, se haya producido reducción alguna de la criminalidad.

Esta afirmación general se constata a través del análisis pormenorizado del proyecto de ley, como se expondrá a continuación. En cuanto a la introducción de lo que se llama la garantía mínima de cumplimiento, el proyecto introduce modificaciones difícilmente compatibles con las finalidades de reinserción y reeducación constitucionalmente establecidas en el art. 25.2<sup>o</sup> CE para las penas privativas de libertad, al hacer prevalecer sobre estas finalidades estrictamente retributivas y securitarias. Respecto de la elevación del límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad a 40 años, el proyecto introduce una cadena perpetua encubierta con una regulación mucho más dura que la establecida en algunos Estados europeos continentales que, como Alemania, recogen esta pena en su legislación, estableciendo un límite máximo de 15 años.

En esta misma línea de endurecimiento, de acento en lo retributivo y de pérdida de vista de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, deben inscribirse otras medidas como, por ejemplo, la reforma propuesta del artículo 78 del Código Penal que obliga a calcular la concesión de ciertos beneficios penitenciarios --como los permisos ordinarios-- sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre el límite máximo de cumplimiento.

De este modo, se olvida que, desde una perspectiva constitucional, los permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional son instrumentos que establecen un itinerario resocializador gradual de los penados a través de su contacto con la vida en libertad.

Respecto de las reformas introducidas en el artículo 90 del Código Penal relativas al acceso a la libertad condicional, debe destacarse la introducción --a través del llamado arrepentimiento activo-- de un nuevo concepto de resocialización alejado de los parámetros propios de un Estado de Derecho y, probablemente, contrario a principios y derechos constitucionalmente reconocidos tales como el libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente, es también ilustrativo del oportunismo irresponsable que impregna el proyecto de ley en su conjunto, el dato de que se prevea su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Se intenta dar una falsa imagen de eficacia olvidando que las normas penales han de contar una *vacatio legis* prolongada debido a su trascendencia y a la necesidad de que las mismas sean asumidas e interpretadas por parte de los operadores jurídicos.

En suma, frente a lo que tantas veces se afirma desde el Gobierno, la reforma propuesta no acerca el ordenamiento español a otros ordenamientos de

nuestro entorno y de nuestra tradición jurídica; sino que introduce elementos que violan abiertamente la vigente Constitución, y nos aleja de la tradición jurídica europea continental para aproximarnos a sistemas como el norteamericano, de profunda inspiración y talante represivos.

Los Senadores don Carles Josep Bonet i Revés y doña Marta Cid Pañella, al amparo de lo previsto en el Reglamento del Senado, formulan un veto al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Palacio del Senado, 4 de junio de 2003.--Carles Josep Bonet i Revés y Marta Cid Pañella.

PROPUESTA DE VETO NUM. 5 De don Carles Josep Bonet i Revés y doña Marta Cid Pañella (GPECP)

Los Senadores don Carles Josep Bonet i Revés y doña Marta Cid Pañella, al amparo de lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Senado, formulan la siguiente propuesta de veto.

#### JUSTIFICACION

El proyecto presentado carece de legitimación en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. El conjunto de medidas previsto supone la introducción encubierta de la cadena perpetua, o cuando menos, de penas que comportan la reclusión incondicionada y permanente de los penados, sin que tenga ninguna relevancia la evolución de su personalidad y comportamiento.

En ello, se renuncia de antemano a cualquier objetivo resocializador, a «hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal», en palabras de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por consiguiente, el proyecto es contrario al artículo 25.2 de la Constitución, al instituir penas que por su duración y modelo de ejecución excluyen, desde un principio, cualquier posibilidad de reinserción social del penado. Pero, además, en este proyecto tampoco se persiguen otros objetivos legitimadores de la intervención penal. En efecto, si tenemos en cuenta la magnitud y severidad de las penas ya recogidas en la legislación vigente, las medidas propuestas no pueden fundamentarse en un incremento real del efecto disuasorio de las sanciones actuales. En estas condiciones, el endurecimiento que se propone en la reforma queda desprovisto de cualquier finalidad preventiva que lo justifique y se convierte en pura retribución, cuando no en mera canalización de impulsos de venganza.

Este proyecto es, además, innecesario. El Código Penal de 1995, con la supresión de la redención de penas, ya supuso un notable incremento de los efectos punitivos. Así, por ejemplo, en circunstancias normales, los responsables de los delitos más graves en materia de terrorismo no pueden acceder a la libertad condicional antes de veinte años y, en los casos más extremos, estarán inexorablemente reclusos durante treinta años. Por otra parte, ante la posible existencia, tanto en los casos de terrorismo como en la delincuencia común, de algún supuesto de instrumentalización o de aplicación defectuosa del tratamiento o del régimen penitenciarios (por cierto, avalada por decisiones judiciales), la respuesta no debe ser un endurecimiento indiscriminado de la ejecución, con medidas como la generalización de «períodos de seguridad», sino garantizar, en el marco de la legislación vigente, una correcta individualización de la ejecución penitenciaria. Todo ello, en última instancia, debería traducirse en la dotación y organización de los medios necesarios para que tal individualización deje de ser básicamente burocrática para pasar a ser efectivamente.

Este proyecto es, por tanto, un intento de instrumentalizar políticamente la desazón social provocada por el terrorismo y la inseguridad, ya sea real o inducida, creada por otras formas de delincuencia. Supone también, un paso más en la consolidación en nuestro ordenamiento jurídico de un Derecho penal de corte autoritario, el denominado científicamente «Derecho penal del enemigo», una especie de Derecho de guerra en el que las tradicionales garantías liberales limitadoras del «ius puniendi» se sacrifican al servicio de objetivos policiales y represivos.

En defensa de tales garantías, uno de los más valiosos logros de la «vieja Europa», solicitamos la devolución al Gobierno del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.



**BIBLIOGRAFÍA.**

- ABELS, P.:** *Die “Klarstellungsfunktion” der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991.
- ALIMENA, B.:** “Del concorso dei reati e di pene”, en *Enciclopedia Pessina*, t. V, Milán, 1904.
- *Principios de Derecho penal*, t. I. vol. I, traducción y anotado por E. Cuello Calón, Madrid, 1915.
- ALONSO ESCAMILLA, A.:** “Tratamiento penitenciario del llamado arresto sustitutorio”, en *Actualidad Penal*, 1988.
- *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, coordinado por C. Lamarca Pérez, Madrid, 2001.
- ALONSO PÉREZ, F.:** *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Madrid, 2001.
- ALVAREZ CID, J. /ALVAREZ CID, T.:** *El Código penal de 1870, estudiado y explicado con la misma jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo hasta la ley de 3 de enero de 1907 y del artículo 90*, t. I, Córdoba, 1908.
- ALVAREZ GARCÍA, F. J.:** “Delitos compuestos y delitos complejos: Problemas concursales en el artículo 242 del Código penal”, en *La Ley*, t. 1, 1997.
- ANTOLISEI, F. /CONTI, L.:** *Manuale di Diritto penale, parte generale*, 12<sup>a</sup> ed., aggiornata e integrata da L. Conti, Milán, 1991.
- ANTÓN ONECA J.:** *Derecho penal*, t. I, Madrid, 1949.
- “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *ADPCP*, 1965.
- *El Derecho penal de la Ilustración y Don Manuel de Lardizabal*, Madrid, 1967.
- “El Código penal de 1870”, en *ADPCP*, 1970.
- “Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, en *ADPCP*, 1972.
- *Derecho penal, parte general*, 2<sup>a</sup> ed., anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino, Madrid, 1986.
- ARAMBURU Y ARREGUI, J. D. (DE):** *Instituciones de Derecho penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, Oviedo, 1860.
- ARCE AGGEO, M. I.:** *Concurso de delitos en materia penal*, Buenos Aires, 1996.
- AROYO DE LAS HERAS, A.:** *Manual de Derecho penal. El delito*, Pamplona, 1985.

- ARROYO ZAPATERO, L.:** “Las propuestas político-criminales del Proyecto Alternativo alemán”, en *Cuadernos de política criminal*, nº 14, 1981.
- AURIOLES MONTERO, I.:** *Instituciones del Derecho penal en España escritas con arreglo al nuevo Código*, Madrid, 1849.
- AYO FERNÁNDEZ, M.:** *Las penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Pamplona, 1997.
- AZCUTIA, M.:** *La ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870 en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*, Madrid, 1876.
- BACHAS, J. M.:** “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”, en *Cárcel y Derechos Humanos*, Barcelona, 1992.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.:** “Notas sobre la propuesta de Anteproyecto de Código penal”, en *RFDUC*, nº 6, 1983.
- *Principios de Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Madrid, 1994.
  - *Principios de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., Madrid, 1997.
  - *Principios de derecho penal, parte general*, 5ª ed., Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.:** *Manual de Derecho penal, parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, 1993.
- BANACLOCHE PALAO, J.:** “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1997.
- BARQUÍN SANZ, J.:** en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, t. VI, Madrid, 1999.
- BAUMANN, J. / WEBER, U.:** *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Bielefeld, 1985.
- BAUMGARTEN, A.:** “Die Idealkonkurrenz” en *Festgabe für R.v. Frank*, t. II, Tübingen, 1930.
- *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Frankfurt, 1977, en la colección *Strafrechtliche Abhandlungen*, nº 103.
- BELING, v. E.:** *Esquema de Derecho penal*, 11ª ed., Tübingen, 1930.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L. / GARCÍA RIVAS, N. / FERRÉ OLIVEÉ, J.C. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. :** *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Barcelona, 1999.
- BERISTÁIN IPIÑA, A.:** “El delito de peligro por conducción temeraria, notas al artículo 340 bis, a (núm. 2)”, en *Revista de Derecho de la Circulación*, noviembre-diciembre, 1970.
- BETTIOL, G. / MANTOVANI, L. P.:** *Diritto penale, parte generale*, 12ª ed., Padua, 1986.
- BINDING, K. :** *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Leipzig, 1885.

- BLANCO LOZANO, C.:** *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2003.
- BLEI, H.:** “Die natürliche Handlungseinheit”, en JA, 1972 y 1973.  
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 18ª ed., Munich, 1983.
- BOCKELMANN, K.:** “Zur Lehre von der Idealkonkurrenz”, en ZAK, 1941.
- BOCKELMANN, P. / VOLK, K.:** *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, 1987.
- BOIX REIG, J.:** “Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 3, 1977.  
- “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/199”, en *Actualidad Penal*, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. / GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, M. C.:** *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal*, Valencia, 1996.  
- *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, Coordinador GRACIA MARTÍN, L., 3ª ed., Valencia, 2004.
- BONA R.:** “El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código penal” en *Jueces para la democracia*, nº 25, marzo 1996.
- BOSCARELLI, M.:** *Programma di Dirritto penale, parte generale*, 7ª ed., Milán, 1991.
- BOUZAT, P. / PINATEL J.:** *Traité de droit Pénal et de Criminologie. Droit pénal general*, t. I, 2ª ed., París, 1970.
- BUENO ARÚS, F.:** “A propósito de la reinserción social del delincuente (art. 25.2 de la Constitución Española)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 25, 1985.  
- “¿Hacia una revisión del sistema penitenciario español?”, en *Homenaje a la Memoria del prof. Juan del Rosal, Política Criminal y Reforma penal*, 1993.
- BURI, v.:** *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Frankfurt, reimpresión de la edición de 1879, 1968.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J.:** *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2ª ed., Barcelona, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ J. J. / HORMAZABAL MALARÉE, H.:** *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1994.  
- *Lecciones de Derecho penal, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*, vol. I, Valladolid, 1997.
- CANDIL JIMÉNEZ, F.:** “Observaciones sobre la intervención de D. Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848”, en *ADPCP*, 1975.  
- “Manuel de Seijas Lozano, miembro de la Comisión General de Códigos”, en *ADPCP*, 1981.

**CALDERÓN CEREZO, A.:** “El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas”, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1995.

**CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO J. A.:** *Derecho penal, Parte especial, (Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en la Carreras Judicial y Fiscal)*, 2ª ed., 2001.

- *Derecho penal. Parte general, (adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso a las Carreras Judicial y Fiscal)*, t. I., 2ª ed., Barcelona, 2001.

**CANTARERO BANDRÉS, R.:** *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona, 1990.

**CARBONELL MATEU, J. C. / VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.:** *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia 1996.

**CARDENAL MONTRAVETA, S.:** “Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo ¿concurso de leyes o concurso de delitos?”, en *ADPCP*, 1995.

**CARMONA SALGADO, C.:** “La responsabilidad penal en la conducción temeraria”, en *III Jornadas de Derecho y Tráfico*, Granada, 1988.

- “Infracciones y sanciones de carácter penal”, en *IX Jornadas de Derecho y Tráfico*, Granada, 1994.

- “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, en *Cuadernos de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1997.

- Comentarios a los artículos 163 a 168 y 177 del Código penal, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, t. VI, Madrid, 1999.

**CARRANCA Y TRUJILLO, R. / CARRANCA Y RIVAS, R.:** *Derecho penal mexicano*, México, 1991.

**CARRARA, F.:** *Programma di Diritto criminale*, vol. I y II, 5ª ed., Lucca, 1877.

**CARPZOV, B.:** “Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium”, Lipsiae, 1635.

**CASABÓ RUIZ, J. R.:** “Los orígenes de la Codificación en España: El Plan de Código Criminal de 1787”, en *ADPCP*, 1969.

- *El Proyecto de Código Criminal de 1830. Estudio preliminar y edición*, publicado por la Universidad de Murcia, 1978.

- *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sáinz Andino. Estudio preliminar y edición*, publicado por la Universidad de Murcia, 1978.

- *El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio preliminar y edición*, publicado por la Universidad de Murcia, 1978

- *El Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. Estudio preliminar y edición*, publicado por la Universidad de Murcia, 1978.

**CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F.:** “Génesis y breve comentario del Código penal de 23-XII.1944”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 9, 1944, y t. 10, 1945.

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

**CASTRO Y OROZCO J. (DE) / ORTIZ DE ZÚÑIGA, M.:** *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, t. I., Granada, 1848.

**CEREZO MIR, J.:** “Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código penal, de octubre de 1990”, en *Actualidad penal*, nº 20, semana 13, 1991.

- *Consideraciones político criminales sobre el Proyecto de Código penal de 1992*, Zaragoza, 1993.

- *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito I/*, 4ª ed., Madrid, 1994.

- “Consideraciones Político-criminales sobre el Nuevo Código penal de 1995”, en *La Ley*, t. 3, 1996.

- “El delito como acción culpable”, en *ADPCP*, 1996.

- *Curso de Derecho penal español, Parte general*, t. II, 5ª ed., Madrid, 1997.

- *Derecho penal. Parte General (lecciones 26-40)*, Madrid, 1997.

- *Curso de Derecho Penal español, Parte general, II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1998.

- *Curso de Derecho penal español, Parte general, III Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001.

**CERVELLÓ DONDERIS, V.:** “Restricción de beneficios penitenciarios en el Código penal de 1995”, en *Cuadernos Jurídicos*, nº 42, 1996.

**CID MOLINÉ, J.:** “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”, en *ADPCP*, 1994.

**COBO DEL ROSAL, M.:** “Significación general del penúltimo párrafo del artículo 340 bis a) del Código penal para los Delitos contra la Seguridad del tráfico”, en *Delitos para la seguridad del tráfico y su prevención*, Valencia, 1999.

- *Caso Marey*, Madrid, 2003.

**COBO DEL ROSAL, M / BOIX REIG, J.:** “Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social”, en *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, 1982.

**COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T. S.:** *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1984.

- *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 1987.

- *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 1990.
- *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M. (Director) / CARMONA SALGADO, C / GONZÁLEZ RUS, J. J. / MORILLAS CUEVA, L. / POLAINO NAVARRETE, M. / PORTILLA CONTRERAS, G. / SEGRELLES DE ARENAZA, I:** *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, t. I, 1996 y t. II 1997.
- COBO DEL ROSAL, M. (Director) / CARMONA SALGADO, C / GONZÁLEZ RUS, J. J. / MORILLAS CUEVA, L. / QUINTANAR DÍEZ, M. / DEL ROSAL BLASCO, B / SEGRELLES DE ARENAZA, I:** *Compendio De Derecho penal español (Parte especial)*, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, M. (Director) y otros:** *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1999 (t. IV) y 2000 (t. I).
- CONDE PUMIDO FERREIRO, C.:** *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, 1990.
- *Código penal comentado*, Madrid, 1990.
- *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1997.
- *Código penal Comentado*, t. I y II, Barcelona, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, M.:** *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos–penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de los tipos penales clásicos*, Valencia, 1999.
- *Manual Práctico de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Valencia, 2002.
- CÓRDOBA RODA, J.:** *Notas al Tratado de Derecho penal de Maurach*, t. II, Barcelona, 1962.
- “El delito de detenciones ilegales”, en *ADPCP*, 1965.
- *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1972.
- *Comentarios al Código penal*, t. II, 2ª ed., Barcelona, 1976.
- CUELLO CALÓN, E.:** *El proyecto de Código penal alemán de 1919*, Madrid, 1924.
- *Exposición del Código penal reformado de 1932*, Barcelona, 1933.
- *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932*, Barcelona, 1941.
- *Derecho penal, parte general*, t. I, 13ª ed., Barcelona, 1960.
- *Derecho penal, parte general*, 16ª ed., t. I, vol II, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Barcelona, 1974.
- *Derecho penal, parte general*, t. I, vol II, 18ª ed., Barcelona, 1981.
- CUELLO CALÓN, E. / CAMARGO HERNÁNDEZ, C.:** *Derecho penal*, t. I, vol II, 18ª ed., Barcelona, 1980.
- CUELLO CONTRERAS, J. :** *La conspiración para cometer el delito*, Barcelona, 1978.
- “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito *sui generis*”, en *ADPCP*, 1978.

## Bibliografía

- “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)” en *ADPCP*, 1979.
- “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)”, en *ADPCP*, 1979.
- CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> L.:** *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia, 2003.
- CUERDA RIEZU, A.:** “El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, en *ADPCP*, 1991.
- Concurso de delitos y determinación de la pena. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1992.
- “La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código penal de 1992”, en *Política Criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- Voz “concurso de delitos” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, t. I.
- “La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.
- “El rotundo fracaso legislativo del llamado cumplimiento efectivo de las penas y otros aspectos del concurso de delitos”, en *La Ley*, t. 1, 1997.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L.(DE LA):** “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1922”, en *Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Política Criminal y Reforma penal*, 1993.
- CHIAROTTI, F.:** *Teoria del reato – mezzo e del reato determinato*, Roma, 1946.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.:** “Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones”, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, en *La Ley*, t. 6, 1996.
- *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997.
- “El concurso de infracciones en la reforma penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 61, 1997.
- “La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos (a propósito de la STS de 11 de junio de 1997 (RJ 1997/4677))”, en *Poder Judicial*, nº 49, 1998.

**DELGADO GARCÍA, J.:** “Los concursos en el Derecho penal”, en *La Ley*, t. 1, 1996.

**DELMAS MARTY, M.:** *Corpus Iuris*, Dirección General del Control Financiero de la Comisión Europea, París, 1997.

**DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J.:** “Concurso de delitos o delito único: la pluralidad de armas de fuego en el delito de tenencia” en *Poder Judicial* nº 5, marzo 1987.

- “El delito de extorsión”, en *La Ley*, t. 2, 1997.

**DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.:** *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

**DITHMAR, U.:** *Der Grundsatz “ne bis in idem” und das fortgesetzte Delikt*, Aquisgran, 1995.

**DOHNA, A. GRAF zu.:** “Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen”, en ASCHROTT / LISZT, *Reform des Reichstrafgesetzbuchs*, t. I AT, Berlín, 1910.

**DORADO MONTERO, P.:** *Valor social de las leyes y autoridades*, Barcelona, 1903.

-Voz “Código penal”, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, Barcelona, 1910.

**DOVAL PAIS, A.:** “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Código Penal de 1995 (comentarios y Jurisprudencia)*, Coordinador I. Serrano Butrageño, Granada, 1999.

**EHRHARDT, I.:** *Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im geltenden strafrecht und im Recht des amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1925*, Frankfurt, 1977, en la colección Srafrechtliche Abhandlungen, nº 214.

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

**ESPINA RAMOS, A.:** “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 11, t. I, 2004.

**FEIJÓO SÁNCHEZ, B.:** “Comentarios a artículo 346 del Código penal”, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por G. Rodríguez Mourullo, Madrid, 1997.

-“Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativa imprudentes?”, en *La Ley*, t. 1, 1997.

-“Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999 (I))”, en *La Ley*, t. 6, 1999.

**FERRER SAMA, A.:** *Comentarios al Código penal*, t. II, Murcia, 1947.

**FERRINI, C.:** “Intorno al concorso de piú reato”, en “Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano”, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano* de E. Pessina, vol. I, Milán, 1905.



- FEUERBACH, v. P.A.:** *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª ed, Giessen, 1847.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (DE):** *Direito penal português. Parte gas. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, 1993.
- FLORA, G.:** “Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1º libro Codice penale”, en *Revista italiana di Diritto penale*, fasc. 2ª , 1975.
- FONTAN BALESTRA, C.:** *Derecho penal, introducción y parte general*, Buenos Aires, 1993.
- FONTECILLA RIQUELME, R.:** *Concurso de delinquentes, de delito y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos*, Santiago de Chile, 1956.
- FRANK, R.:** *Das Strafgesetzbuch für das Duetsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., Tübingen, 1931.
- GALLEGO DÍAZ, M.:** *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, Madrid, 1985.
- GARCÍA ALBERO, R.:** “Sobre la denominada <<Unidad natural de acción>>”, en *ADPCP*, 1994.
- “*Non bis in idem*” *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995.
- *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigidos por Quintero Olivares, 2ª ed., 2001.
- GARCÍA ARÁN, M.:** *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982.
- GARCÍA ARÁN, M. / DE SOLA DUEÑAS, A.:** *Legislación penitenciaria europea comparada*, Barcelona, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, J. :** “Efectos de la vida en prisión: investigación e intervención”, en *Presó I Comunitat*, Departament de Justicia, Barcelona, 1988.
- “El cumplimiento de las penas privativas de libertad: Repercusiones de la Parte General del Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 53, 1994.
- GARCÍA GOYENA, F.:** *Código criminal español: según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el Código penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, vol I, 1843.
- GARCÍA VALDÉS, C.:** *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, 1982.
- “Aspectos más importantes de la reforma que justifican la aparición del nuevo Código penal”, en *Estudios penales y Criminológicos*, nº XVI, 1993.
- GEERDS, F.:** *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo, 1961.

- GEPPERT, K.:** “Grundzüge der konkurrenzlehre (§§ 52bis 55 StGB)” en *Jura*, 1982.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.:** *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979.
- Autor y cómplice*, Madrid, 1966.
- “El ocasionamiento de muerte que impieza como asesinato y acaba en homicidio”, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990.
- “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)”, en *ADPCP*, 1990.
- “Concurso de leyes, error y participación en el delito. (A propósito del libro del mismo título del prof. E. Peñaranda)”, en *ADPCP*, 1992.
- GIMENO SENDRA, V. / GARBERÍ LLOBREGAT, J.:** *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*, Madrid, 1996.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J.:** “El cómputo temporal en la duración de la penas y en la prescripción de las infracciones penales”, en *ADPCP*, 1995.
- GÓMEZ PAVON, P.:** “La prescripción del delito en el Código Penal”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología. Libro Homenaje a Rodríguez Devesa*, t. I, Madrid, 1989.
- El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*”, 3ª ed, Barcelona, 1998.
- GÓMEZ RIVERO, Mª C.:** *La inducción a cometer un delito*, Valencia, 1995.
- GONZÁLEZ CANO, Mª I.:** *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, 1994.
- GONZÁLEZ CASSO, J.:** “La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código penal”, en *Actualidad Penal*, nº 38, oct. 1998.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.:** “Paradoja del caso Amedo”, en *Poder Judicial*, nº 27, 1992.
- Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996.
- GONZÁLEZ PASTOR, C. P.:** “Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad”, en *Actualidad Penal*, 2003.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.:** *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Madrid, 1996.
- Comentarios a los artículos 73 y 75 al 78 del Código penal en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, t. III, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ Y SERRANO, J.:** *Apéndice a los comentarios del Código Penal de Joaquín Francisco Pacheco ó sea el nuevo Código*, 2ª ed., Madrid, 1876.

- GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I.:** *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, coordinado por C. Lamarca Pérez, Madrid, 2001.
- GÖSSEL K. H. / MAURACH, R. / ZIPF, H.:** *Derecho penal, parte general*, vol II, 7ª ed., alemana, por Jorge Bofia Genzsch, Buenos Aires, 1955.
- GRACÍA MARTÍN, L.:** *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996.  
- *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, coordinador, 3ª ed, Valencia, 2004.
- GRANADOS Y AGUIRRE, M.:** *El Código penal de 1932. Código penal interpretado por el Tribunal Supremo*, Madrid, 1936.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.:** *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. II, Burgos 1872, y 2ª ed., 1902.
- GUIDICE, P. (DEL):** “Concorso nel reato e favoreggiamento” y “Concorso di reati” en *Enciclopedia di Diritto penale italiano*, de E. Pessina, vol. I, Milán, 1905.
- GUINARTE CABADA, G.:** “El concurso medial de delitos” en *Estudios penales y criminológicos*, t. XIII, 1990.
- GUISASOLA LERMA, C.:** “Principio de legalidad y estructura de los delitos de peligro abstracto a propósito de la STC 42/1999”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 7, 2002.  
- “La identidad de sujeto sancionado como presupuesto del derecho al *Ne Bis In Idem*”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 10, t. I, 2003.
- GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, M.:** *Código penal de 1870*, Madrid, 1902.
- HABERMAAS, H.:** *Die Idealkonkurrenz der Delikte*, Stuttgart, 1882.
- HAFT, F. :** *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Munich, 1996.
- HARTUNG, F.:** “Tateinheit und künstliche Verbrechenseinheiten in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts”, en *SJZ*, 1950.
- HEINEMANN, H.:** *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, Frankfurt, 1979, reimpresión de 1893.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.:** “Delitos de peligro con verificación de resultado ¿concurso de leyes?”, en *ADPCP*, 1994.
- HIDALGO GARCÍA, H.:** *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, t. 1, Madrid, 1908.
- HIPPEL v. R.:** *Deutsches Strafrecht*, t. I, Berlín 1925  
- *Das Verbrechen. Allgemeiner Lehren*, t. II, Berlín, 1930.
- HUERTA TOCILDO, S.:** *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984.  
- “Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”, en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987.
- IMPALLOMENI, J. B.:** *Istituzioni di Diritto penale*, Torino, 1908.

- JAKOBS, G.:** *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995.
- *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. 1997.
- JARAMILLO GARCÍA, A.:** *Novísimo Código penal comentado y cotejado en el de 1870*, t. 1, Salamanca, 1928.
- JAREÑO LEAL, A.:** *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Madrid, 1994.
- “El cumplimiento íntegro de las condenas por delito de agresiones sexuales en el proyecto de Código penal de 1994”, en *Mujer y Derecho penal*, Valencia, 1995.
- JESCHECK, H.:** “Die Konkurrenz”, en ZStW n° 67, 1955.
- *Tratado de Derecho penal, Parte general vol II.*, traducción y adiciones en Derecho penal español de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- *Tratado de Derecho penal, parte general*, traducción a la 4ª ed. alemana (1988), corregida y ampliada por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.:** *Programa de Derecho penal y cuestionario para el acto del examen*, 2ª ed., Madrid, 1931.
- *Principios de Derecho penal. La Ley y el Delito*, 3ª ed., 1958, reimpresión 1990.
- JORGE BARREIRO, A.:** Comentario a los artículos 163 a 172 en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por G. Rodríguez Mourullo, Madrid, 1997.
- JOSHI JUBERT, U.:** “Robo con toma de rehenes, utilización ilegítima de vehículos a motor y detenciones ilegales. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1988)”, en *ADPCP*, 1992.
- “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en *ADPCP*, 1992.
- KAUFMANN, H.:** *Ejecución penal y terapia social*, traducción de Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires, 1979.
- KINDHÄUSER, U.:** *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Baden – Baden, 2002.
- KLEINSCHROD:** *Systematische Entwicklung des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, 1794-1796.
- KOCH, J. C.:** *Institutiones juris criminalis*, 3ª ed., Jena, 1758.
- KÖHLER, M.:** *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1997.
- KÜHL, K.:** *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Munich, 1994.
- KURT, W.:** *Wirkliche und scheinbare Konkurrenz von Verletzungs- und gefährdungsverbrechen gegen Leben und Lieb*, Frankfurt, 1977, en la colección *Strafrechtliche Abhandlungen*, n° 145.
- LACKNER, K.:** *Strafgesetzbuch*, 20ª ed., Munich, 1993.

**LAMARCA PÉREZ, C. :** *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Madrid, 2001.

**LAMO RUBIO, J., (DE):** *El Código penal de 1995 y su ejecución*, en Colección de Comentarios al Código penal de 1995, coordinada por C. Garzenmüller Roig, Barcelona, 1997.

- *Las penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, en Colección de Comentarios al Código penal de 1995, coordinada por C. Garzenmüller Roig, Barcelona, 1997.

**LANDECHO VELASCO, C. M. / MOLINA BLÁZQUEZ, C.:** *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, 1996.

**LANDROVE DÍAZ, G.:** “El arresto sustitutorio (art. 91 del Código penal)”, en *Comentarios a la Legislación penal*, t. V, vol. II, 1985.

- *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1991.

- *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Madrid, 1996.

- *Detenciones ilegales y secuestros*, Valencia, 1999.

**LANGE RUBIO, E.:** *Código penal de 17 de junio de 1870. Reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día*, Madrid, 1915.

**LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.:** “Comentario al artículo 177 del Código penal”, en *Comentarios al Código penal*, dirigido por G. Rodríguez Mourullo, Madrid, 1997.

**LASSO GAITE, J. F.:** *Crónica de la Codificación española*, nº 5. Codificación penal, vol. I y II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

**LEON VILLALBA, F. J.:** *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del “principio ne bis in idem”*, Barcelona, 1998.

**LILIENFELD, I.:** *Die Sraftlose vortat*, Scramberg, 1933.

**LIPPOLD, R.:** *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten las Prüfstein der Lehre von den Konkurrenz*, Heidelberg, 1985.

**LIZT, F. v.:** “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch, 1886”, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, Berlín, 1905.

- *Tratado de Derecho Penal*, adicionado con Historia del Derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, 18ª ed., alemana, t. I, vol. XI, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Madrid, 1926.

- *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., alemana, 4ª ed., española, en biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, t. III, 1999.

**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.:** *Teoría de la pena*, Madrid, 1991.

**LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M.:** *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

**LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G.:** *Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado (concordancias, referencias jurisprudenciales y de memorias y circulares de Fiscalía y síntesis gráficas)*, Madrid, 1995.

- LÓPEZ REY Y ARROJO, M.:** “Análisis político criminal del proyecto oficial de Código penal español”, en *ADPCP*, 1980.
- LUZÓN CUESTA, J. M.:** *Compendio de Derecho penal*, 4ª ed., Madrid, 1990.
- *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., Valencia, 1994.
  - *Código penal, comentarios y jurisprudencia*, Madrid, 1996.
- LUZÓN DOMINGO, M.:** *Derecho penal del Tribunal Supremo, (Síntesis crítica de la moderna Jurisprudencia Criminal)*, parte general, t. I, Barcelona, 1964.
- LUZÓN PEÑA, D. M.:** *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- *Curso de Derecho penal, parte general*, Madrid, 1996.
- LLORCA ORTEGA, J.:** *Manual de determinación de la pena. Cuestiones técnicas y jurisprudencia*, 3ª ed., Valencia, 1990.
- *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 4ª ed., Valencia, 1996.
  - *La Ley de indulto. (Comentarios, jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, 3ª ed., Valencia, 2003.
  - *Manual de determinación de la pena*, 5ª ed., Valencia, 2005.
- MACIÁ GÓMEZ, R.:** *Delitos y faltas relacionadas con la circulación de vehículos a motor en el Código de 1995. Aspectos generales. La responsabilidad civil*, Barcelona, 1996.
- MAIA CONÇALVES, M.:** *Código penal portugués, anotado e comentado e legislação complementar*, Coimbra, 1994.
- MAIL-FOUILLEUL, S.:** *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, París, 2002.
- MAIWALD, M.:** *Die Natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964.
- MANTOVANI, F.:** *Diritto penale, parte generale*, 3ª ed., Padua, 1992.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. / ALBACAR LÓPEZ, J. L.:** *Código penal, comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1987.
- *Código penal, comentarios y jurisprudencia*, 2ª ed., Granada, 1990.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.:** “Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español”, en *ADPCP*, 1975.
- “Inhabilitación (art. 41 C.P.)”, en *Comentarios a la legislación penal* dirigida por M. Cobo del Rosal, t. V, vol. I.
  - “La libertad condicional y los beneficios penitenciarios”, en *Cursos*, Centro de Estudios Judiciales, nº 1, 1988.
  - “Apuntes sobre responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, en relación con el sistema de individualización científica y la libertad condicional”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología*. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, t. II, Madrid, 1989.
  - “La pena de multa”, en *La Ley*, t. 2, 1996.
  - “El artículo 78 del nuevo Código Penal”, en *Actualidad Penal*, nº 30, 1997.

- “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *La Ley*, 2003.
- MANZINI, V.:** *Istituzioni di Diritto penale italiano, parte generale*, vol I, 9ª ed., Padua, 1958.
- MAQUEDA ABREU, M. L. :** “La relación << Dolo de peligro- Dolo eventual de lesión >>. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 << sobre el aceite de colza >>”, en *ADPCP*, 1995.
- MAPELLI CAFFARENA, B.:** “Sistema progresivo y tratamiento”, en *Lecciones de Derecho penitenciario*, Salamanca, 1989.
- “Normas penitenciarias en el Proyecto de Código penal de 1992”, en Homenaje a la memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal, *Política Criminal y Reforma penal*, 1993.
- MAPELLI CAFFARENA, B. / TERRADILLOS BASOCO, J.:** *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1996.
- MARAÑÓN, J. L. / MARAÑÓN J.:** *Leyes penales de España, conforme a los textos oficiales. La Constitución, el Código Penal, La Ley de Enjuiciamiento Criminal, y La Ley del Jurado, (con notas y concordancias e índices completísimos)*, Madrid, 1923.
- MARES ROGER, F. / MORA ALARCÓN, J. A.:** *Comentarios a la Ley del Jurado*, Valencia, 1996.
- MARCHENA GÓMEZ, M.:** *Código penal de 1995, un año de vigencia en la doctrina del Tribunal Supremo, Audiencia Provincial y Fiscalía General del Estado*, Granada, 1997.
- MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E.:** “La continuidad delictiva: un análisis comparado con el sistema alemán”, en *La Ley*, t. 1, 2002.
- MARINUCCI, G.:** *El delito como “acción”, crítica de un dogma*. Traducción de Eduardo Sáinz-Cantero Caparros, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.:** *Código Penal de 27 de octubre de 1932*, Madrid, 1933.
- MAURACH, R.:** *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Derecho penal español de J. Córdoba Roda, t. II, Barcelona, 1962.
- MAYER, H.:** *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1953.
- MEDINA CEPERO, J. R.:** “El inadecuado tratamiento procesal penal de la cosa juzgada”, en *La ley*, 2001.
- “*Algunas cuestiones sobre la prescripción en Derecho penal*”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2004.
- MESTRE DELGADO, E.:** *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, coordinado por C. Lamarca Pérez, Madrid, 2001.
- MEZGER, E.:** *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. I, Madrid, 1935.
- *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. I, 2ª ed., Madrid, 1955.
- MIGUEL PÉREZ, I. (DE):** “Código penal Tipo para Latinoamérica”, en *ADPCP*, 1983.

- MIR PUIG, S.:** “Consideraciones actuales sobre la investigación de la personalidad en Derecho penal español”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972.
- La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974.
  - Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976.
  - “Los términos ‘delito’ y ‘falta’ en el Código penal”, en *ADPCP*, 1976.
  - “El delito de coacciones en el Código penal”, en *ADPCP*, 1977.
  - “Adiciones de Derecho español” al Tratado de Derecho penal de Hans H. Jescheck, vol. II, Barcelona, 1981.
  - Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982.
  - Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito*, Barcelona, 1983.
  - “El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983”, en *Documentación Jurídica* nº 37 a 40.
  - “ Sobre el tipo subjetivo en el concurso de delitos. Comentario a la Sentencia del Tribunal supremo de 20 de abril de 1985”, en *ADPCP*, 1987.
  - “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *ADPCP*, 1987.
  - “Sobre la relación entre parricidio y asesinato”, en *Libro Homenaje al Profesor Beristain*, 1989.
  - *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1990.
  - “Alternativas a la prisión en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, en *Homenaje a la memoria del profesor Dr. D. Juan del Rosal, Política Criminal y Reforma Penal*, 1993.
  - *Derecho penal, parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1996.
  - *Manual de Derecho penal*, 6 ed., Barcelona, 2002.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C.:** *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996.
- MOMMSEN, T.:** *Derecho penal romano*, t. I y II, versión castellana por D. Dorado Montero, Bogotá, 1991.
- MONTES, J.:** *Derecho penal español, parte general*, vol II, Madrid, 1917.
- MORA ALARCÓN, J. A.:** *Suma de Derecho Penal. Parte General y especial (Adaptado al temario de ingreso a la carrera judicial)*, Madrid, 1996.
- MORALES GARCÍA, O.:** “Cuestiones sobre la constitucionalidad del cumplimiento íntegro de las penas en el Proyecto de nuevo Código penal”, en *Actualidad y Derecho*, nº 26, 1993.
- MORALES Y ALONSO, J. P.:** *Instituciones de Derecho Canónico*, t. II, Madrid, 1985.
- MORENO ALCÁZAR, M. A.:** *Los delitos de conducción temeraria, (criterios para la coordinación de los artículos 381 y 384 del Código Penal)*, Valencia, 2003.



- MORILLAS CUEVAS, L.:** *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, 1980.
- MORO, A.:** *Unitá e pluralitá di reati. Principi*, 2ª ed., Padua, 1954.
- MUÑOZ CLARES, J.:** *El robo con violencia o intimidación*, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F. :** *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975.
- Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989.
- Derecho penal, parte especial*, 11ª ed., Valencia, 1996.
- Derecho penal, parte especial*, 12ª ed., Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.:** *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1993.
- Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Valencia, 1996.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.:** *El delito de detención*, Madrid, 1992.
- *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999.
- NAVARRO CARDOSO, F.:** “El principio *Ne Bis In Idem* a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: Exposición y Crítica”, en el *Libro In Memoriam al Dr. Mariano Barbero Santos*, vol. I, Cuenca, 2001.
- NAUCKE, W.:** *Strafrecht, Eine Einführung*, 6ª ed, Berlin, 1991.
- NIEDERREUTHER, K.:** *Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz im geltenden und künftigen Recht*, Frankfurt, en la colección *Strafrechtliche Abhandlungen*, nº 278.
- NINO, C. S.:** *El concurso en Derecho penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, Buenos Aires, 1972.
- NÚÑEZ DE CEPEDA, H.:** *Código penal de 1932*, La Coruña, 1932.
- NUVOLONE, P.:** “Pluralitá di delitti e pluralitá di delinquenti”, en *Revista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1959.
- *Il sistema del Diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1982.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S.:** *Derecho penal, parte general*, 2ª ed., Madrid, 1986.
- OLAIZOLA NOGALES, I.:** “La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos”, en *Actualidad penal*, nº 37, 1998.
- OLIVA SANTOS, A. (DE).:** *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972.
- OLLENDORF, F.:** *Die Wegnahme von Sparkassenbüchern zum Zwecke der Erhebung von Teilberträgen (ein Beitrag zur Lehre vom Diebstahl, insbesondere vom furtum usus, vom Betrüge und vor der Verbrechenskonkurrenz)*, Frankfurt, 1977, en la colección *Strafrechtliche Abhandlungen*, nº 185.
- ORTIZ ARCE, D.:** “Crónica judicial”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 112, 1908.

- ORTS BERENGUER, E.:** - “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999”, en *Actualidad penal*, nº 35, 1999.
- *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Valencia, 2001.
- PACHECO, J. F.:** *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, 1848.
- *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 3ª ed., Madrid, 1867.
- *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 6ª ed., Madrid, 1888.
- PADOVANI, T.:** *Diritto penale*, Milán, 1990.
- PASTOR ALCOY, F.:** *La prescripción del delito, la falta y la pena: análisis jurisprudencial sistematizado: comentarios y formularios*, Madrid, 1995.
- *La prescripción en el Código penal de 1995 y su aplicación retroactiva: comentarios y formularios*, Valencia, 1996.
- PEGO, F.:** Voz “Código de Justicia Militar”, en *Enciclopedia jurídica española*, t. VI, Barcelona, 1910.
- PELLETIER, H. / AZIBERT, G.:** *Code Pénal*, 8ª ed., París, 1995.
- PEÑARANDA RAMOS, E.:** *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990.
- *Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, 1991.
- PÉREZ MANZANO, M.:** *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.
- *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, dirigido por Bajo Fernández, Madrid, 1998.
- *La prohibición constitucional de incurrir en Bis in idem*, Valencia, 2002.
- PESSINA, E.:** *Elementos del Derecho penal*, traducción del italiano por H. González del Castillo, prologado y adicionado con arreglo al Derecho penal de entonces por Felix Aramburu y Zuloaga, 4ª ed., vol IV, anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por E. Cuello Calón, Madrid, 1936.
- PISANI, M.:** “Per un nuovo Codice penale. Schema di diregno di legge-delega al governo”, en *Quaderni de L'indice penale*, nº 9, Padua, 1993.
- PISAPIA, G. D.:** *Istituzioni di Diritto penale. Parte generale e parte speciale*, 3ª ed., Padua, 1975.
- POLAINO NAVARRETE, M.:** “Notas sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla segunda del artículo 70 del Código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 13, 1981.
- *Estudios penitenciarios*, Córdoba, 1988.
- PONCELA, P.:** “Nouveau Code pénal”, en *Revue de science criminelle et de Droit pénal comapré*, nº 3, 1993.

- PRADEL, J.:** *Le nouveau Code Pénal. Partie Générale*, París, 1994.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J. I.:** “Reflexiones en torno al Borrador de Anteproyecto de parte general del Código penal”, en *Actualidad Penal*, nº 47, 1991.
- “Hacia una reinterpretación de la prescripción penal”, en *Actualidad Penal*, nº 20, 1998.
- PROSDOCIMI, S.:** “Concorso di reati e di pene”, en *Digesto delle Discipline penalistiche*, vol. II, 4ª ed., Torino, 1992.
- PUIG PEÑA, F.:** Voz, “Concurso de delito”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, 1952.
- PUIG PEÑA, F. / ORTIZ RICOL, G.:** *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Madrid, 1988.
- PULIDO ABELARDO, G.:** “El efecto cierre en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos. Su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado”, en *Poder Judicial*, nº 14, 1989.
- PUPPE, I.:** *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (Logische Studien zum Verhältnis von Tabestand und Handlung)*, Berlín, 1979.
- “Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz”, en GA, 1982.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.:** *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, G.:** “Determinación de la pena y política criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 4, 1979.
- *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1986.
- *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996.
- *Manual de Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Navarra, 2000.
- *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª ed, Pamplona, 2001.
- RANIERI, S.:** *Manuale di Diritto penale, parte generale*, vol. I, 4ª ed, Padua, 1968.
- REQUEJO CONDE, Mª C.:** “Ámbito y aplicación del artículo 78 del Código Penal”, en *La Ley*, 2000.
- REY GONZÁLEZ, C.:** *La prescripción de la infracción penal*, 2ª ed., Barcelona, 1999.
- RÍOS MARTÍN, J. C.:** “La limitación de penas del artículo 70.2 del Código penal”, en *Poder Judicial*, nº 33, 1994.
- RIPPICH, F.:** *Die verfahrensrechtlichen Auswirkungen der Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz nach geltendem und künftigen Recht*, Frankfurt, 1977, en la colección Srafrechtliche Abhandlungen, nº 352.
- RIVERA BEIRAS, I. (Coordinador):** *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, 2ª ed., Barcelona, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.:** *Derecho penal español*, 7ª ed., Madrid, 1979.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A.:** *Derecho penal español, parte general*, 16ª ed., Madrid, 1993.  
- *Derecho penal español, parte general*, 18ª ed., Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.:** *Comentarios al Código penal*, t. I., 1972.  
- *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.:** *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de Mezger*, Madrid, 1955.
- RODRÍGUEZ NAVARRO, M.:** *Doctrina penal del Tribunal Supremo, Incluye las resoluciones recaídas en recurso de casación por infracción de ley, desde 30 de septiembre de 1870 hasta 31 de octubre de 1946 y articuladas conforme al código penal t. II*, Madrid, 1947.  
- *Doctrina penal del Tribunal Supremo, Incluye las resoluciones recaídas en los recursos de casación por infracción de ley desde 1 de enero de 1948 a 31 de diciembre de 1949 del Código penal*, Apéndice, Madrid, 1948-1950.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.:** *Derecho penal, parte especial*, t. I, Madrid, 1996.  
- “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes. Exégesis crítica del artículo 8 del Código penal”, en *AJA* nº 330, 1998.
- ROIG TORRES, M.:** *El delito de atentado*, publicada en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº II, Navarra, 2004.
- ROMEO CASABONA, C. M.:** “*Los delitos culposos en la reforma penal*” en *ADPCP*, 1990.  
- “Los delitos contra la salud pública: ¿Ofrecen una protección adecuada de los consumidores”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 4, 2001.
- ROSAL, J. (DEL) :** *Derecho penal español*, vol. II, Madrid, 1962.  
- *Tratado de Derecho penal español, parte general*, t. II, Madrid, 1972.
- ROSAL, J. (DEL) / RODRÍGUEZ RAMOS, L.:** *Compendio de Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1974.
- ROXIN, C.:** *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10ª ed., Munich, 1985.  
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, Munich, 2003.
- RUEDA, R.:** *Parte artística del Código penal vigente. Estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*, Santiago, 1890.  
- *Elementos de Derecho penal*, t. II, 4ª ed., Santiago, 1898.
- RUIZ ANTÓN, L. F.:** *El agente provocador en Derecho penal*, Madrid, 1982.
- RUIZ VADILLO, E.:** “Limitación legal de las penas”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 695, 1996.  
- *Lecciones de técnica judicial penal*, 1976.  
- “Problemas derivados de la aplicación de la regla 2ª del artículo 70 del Código penal”, en *Poder Judicial*, especial nº 3, 1986.

- SALCEDO VELASCO, A.:** “La refundición de condenas: acumulación de penas”, en *La ejecución de la sentencia penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo del Poder Judicial*, Madrid, 1994.
- SALDAÑA, Q.:** “Adicionado con Derecho penal español” al Tratado de Derecho penal de v. Lizst, traducción a la 20ª alemana, 3ª ed., t. III, Madrid, 1917.
- SÁNCHEZ TEJERÍA, I.:** *Derecho penal español, Parte general, La ley penal. El Delito, la pena y otras medidas*, t. I, 5ª ed., Madrid, 1950.
- SANTANIELLO, G. / MARUOTTI, L.:** *Manuale di Diritto penale, parte generale*, Milán, 1990.
- SANZ MORÁN, A. J.:** *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986.
- “Concurso de delitos y pluralidad de procesos”, en *Revista jurídica de Asturias*, nº 18, 1994.
- “Unidad y Pluralidad de delitos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995.
- “Propuesta para la Reforma de los delitos contra la vida”, en *ADPCP*, 1995.
- “El concurso de delitos en la reforma penal” en *Cuadernos de Derecho procesal*, 1995.
- “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995”, en el *Libro Homenaje al Profesor Torío López*, 1999.
- Voz “Concurso de delitos: real e ideal”, en *Enciclopedia Penal Básica*, dirigida por D. M. Luzón Peña, Granada, 2002.
- Voz “Concurso de leyes o normas”, en *Enciclopedia Penal Básica*, dirigida por D. M. Luzón Peña, Granada, 2002.
- “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, nº 8, 2003.
- SAÍNZ CANTERO, J. A.:** *Lecciones de Derecho penal, parte general*, t. III, Barcelona, 1985.
- *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1990.
- SAVIGNY, v. F. C.:** *Dissertatio de convrsu delictorum formali*, Marbug, 1800.
- SAUER, G.:** *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1956.
- SCHIAPPOLI, D.:** “Unitá e pluralitá di azione relativamente all”unitá o pluralitá di lesione giuridica” en “Diritto penale canonico” en *Enciclopedia di Diritto penale italiano*, de E. Pessina, vol. I, Milán, 1905.
- SCHMITT, R.:** “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Gleichzeitig eine Besprechung von Geerds: Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht”, en *ZStW*, nº 75, 1963.

- SEGURA GARCÍA, M<sup>a</sup> J.:** “Reflexiones de urgencia sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios a reclusos terroristas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 42, 1990.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I.:** “Las penas en el Código Penal de 1995”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 1, 3<sup>a</sup> época, 1996.
- Las penas en el nuevo Código penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Doctrina, Jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos*, Granada, 1996.
- Código penal de 1995, Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, 1998.
- “El castigo o punición de los delitos y faltas imprudentes con múltiples resultados lesivos, solos y en concurso con delitos de peligro inherentes”, en *La Ley*, t. 1, 2002.
- SERRANO GÓMEZ, A.:** *Derecho penal, parte especial (II), Delitos contra el patrimonio (I)*, Madrid, 1996.
- “Prescripción de delitos”, en *Economista & Jurist*, (noviembre-diciembre), 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.:** “Límites en la responsabilidad por imprudencia. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2<sup>a</sup> de 27 de enero de 1984)”, en *La Ley*, 1984.
- “Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida”, en *La Ley*, t. 3, 1988.
- *Aproximación al Derecho penal*, Barcelona, 1992.
- SILVELA, L.:** *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2<sup>a</sup> ed., parte primera y segunda parte, Madrid, 1903.
- SOLA DUEÑAS, A. (DE):** “Concurso real de delitos y cumplimiento de las penas”, en *ADPCP*, 1994.
- STRATENWERTH, G.:** *Derecho penal, parte general I. El hecho punible*, 2<sup>a</sup> ed. alemana (1976), 1<sup>a</sup> ed., española, Madrid, 1982.
- STREE, W. / SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H.:** *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24<sup>a</sup> ed., Munich, 1991.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.:** Comentario a los artículos 73 a 78 y 242 del Código penal, en *Comentarios al Código penal*, dirigido por G. Rodríguez Mourullo, Madrid, 1997.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M.:** *El concurso real de delitos*, Madrid, 2001.
- “La unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento como límite a la aplicación del criterio de acumulación jurídica”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 79, 2002.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.:** *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Valencia, 2001.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.:** en *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigido por Quintero Olivares, Pamplona, 1996.

- En *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigido por Quintero Olivares, 2ª ed., Pamplona, 2001.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. / SAPENA GRAU, F. / GARCÍA ALBERO, R.:** *Curso de Derecho penitenciario. Adoptado al nuevo Reglamento penitenciario de 1996*, Barcelona, 1996.
- TERUEL CABALLERO, D.:** “La sanción de las faltas”, en *ADPCP*, 1954.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.:** “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, en *La Ley*, 2003.
- TORÍO LÓPEZ, A.:** “Prólogo” al libro de Sanz Morán, *El concurso de delitos*, Valladolid, 1986.
- TORRES DULCE LIFANTE, E.:** “El concurso ideal de delitos: una aproximación doctrinal y jurisprudencial”, en *Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- TRÖNDLE, H. / FISCHER, T.:** *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Munich, 1999.
- VALLE MUÑIZ, J. M.:** en *Comentarios al nuevo Código penal*, dirigido por Quintero Olivares, Pamplona, 1996.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.:** *Nuevo Código penal comentado*, Madrid, 1996.
- VERCHER NOGUERA, A.:** “Terrorismo y reinserción social. Nuevas perspectivas”, en *La Ley*, t. 2, 1996.
- VIADA Y VILASECA, S.:** *Código penal reformado de 1870*, con las variaciones introducidas por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado, t. II, Madrid, 1894.
- VICENTE MARTÍNEZ, R. (DE):** “La reincidencia en el Código penal de 1995”, en *ADPCP*, 1997.
- “El delito de robo con intimidación en las personas: interpretación y aplicación jurisprudencial”, en el *Libro In Memoriam al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. II, Cuenca, 2001.
- VIVES ANTÓN, T. S.:** “Métodos de determinación de la peligrosidad”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1996.
- “La determinación de la pena en la imprudencia punible”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 3, 1977.
- La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981.
- *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996.
- VIZMANOS Y ÁLVAREZ, T.:** *Comentarios al nuevo Código penal de 1848*, tt. I y II, Madrid, 1848.
- WARDA, G.:** “Grunfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre” en *JuS*, cuaderno 3º, 1964.

**WELZEL, H.:** *Derecho penal alemán, parte general*, traducción del alemán por J. Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., alemana, 4ª ed., castellana, Santiago de Chile, 1993.

**WESSELS, J.:** *Derecho penal. Parte general*, exposición del texto legal reformado en vigor desde el 1/1/1975, Buenos Aires, 1980.

**WOLF, J.:** *Die Idealkonkurrenz zwischen Mord und Raub mit Todesfolge: (Raubmord)*, Frankfurt, 1977, en la colección Srafrechtliche Abhandlungen, n° . 262.

**ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.:** “Los delitos contra la seguridad del tráfico en el nuevo Código penal español”, en *XII Jornadas nacionales de Derecho y Tráfico*, Granada, 1997.