



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Concursos de normas y de delitos en el Código Penal

Presentado por:

Isabel Medina-Bocos Lorenzo

Tutelado por:

Ángel José Sanz Morán

Valladolid, 18 de junio de 2018

Índice.

1. Introducción (página 3).
2. Supuestos de unidad delictiva (página 3).
 - 2.1. Caracterización y clases (página 3).
 - 2.2. Concurso de normas (página 6).
 - 2.2.1. Caracterización (página 6).
 - 2.2.2. Criterios del artículo 8 CP (página 8).
 - 2.3. Delito continuado (página 17).
 - 2.3.1. Supuesto de hecho (página 17).
 - 2.3.2. Consecuencia jurídica (página 27).
3. Supuestos de pluralidad delictiva (página 30).
 - 3.1. Caracterización (página 30).
 - 3.2. Unidad de acción (página 32).
 - 3.3. Tratamiento penológico (página 33).
 - 3.4. Concurso ideal (página 40).
 - 3.4.1. Supuesto de hecho (página 40).
 - 3.4.2. Consecuencia jurídica (página 43).
 - 3.4.3. Concurso de concursos (página 47).
 - 3.5. Concurso medial (página 48).
 - 3.5.1. Supuesto de hecho (página 48).
 - 3.5.2. Consecuencia jurídica (página 53).
 - 3.6. Concurso real (página 56).
 - 3.6.1. Supuesto de hecho (página 56).
 - 3.6.2. Consecuencia jurídica (página 57).

3.6.3. Concurso posterior (página 66).

4. Bibliografía (página 70).

5. Relación de sentencias (página 72).

1. Introducción.

La teoría de la concurrencia delictiva se ocupa de los supuestos en los que el comportamiento de un sujeto puede enjuiciarse como la realización de varios delitos, planteándose el problema de cómo determinar la sanción finalmente aplicable. Previamente, no obstante, es necesario dilucidar si en los casos límite, pese a la apariencia de una pluralidad de delitos, hay un solo delito -caso del concurso aparente de normas penales- o si, efectivamente, concurren varios delitos, en cuyo caso se habla de concurso de delitos, con las diferentes modalidades que se irán analizando a lo largo del trabajo.

A tal efecto, comenzaré el análisis de esta materia refiriéndome a los supuestos de unidad delictiva, entre los que se encuentran el concurso de leyes (o concurso aparente de normas penales), el delito continuado y el delito masa, para posteriormente analizar los supuestos de pluralidad delictiva, esto es, casos de concursos de delitos, en sus diferentes modalidades: concurso ideal (cuando un solo hecho puede calificarse como delitos distintos), concurso medial (cuando hay varios hechos y uno es medio para cometer otro u otros) y concurso real (cuando varios hechos con entidad propia dan lugar a los correspondientes delitos). Es en estos supuestos de concursos de delitos donde entran en consideración las reglas que, bajo la rúbrica “*Reglas especiales para la aplicación de las penas*”, se encuentran recogidas en la Sección segunda del Capítulo II del Título III del Libro I del Código penal (CP) y que también serán objeto de estudio.

2. Supuestos de unidad delictiva.

2.1. Caracterización y clases.

Siguiendo a Sanz Morán¹, cabe comenzar señalando que todos los supuestos de unidad delictiva tienen un denominador común: hay una infracción única y basta con la aplicación de un tipo penal, y de la consecuencia jurídica en ese tipo determinada, para colmar el total desvalor del hecho, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*.

Esto sucede en tres grupos de casos:

¹ Véase Sanz Morán, A.J., “*Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho penal*”, 1ª ed., Del. Azcapotzalco (México D.F.), 2015 (Ubijus), págs. 11 a 16.

1. En las denominadas “unidades típicas en sentido estricto”, donde la formulación del tipo capta actos singulares desde el punto de vista naturalístico, convirtiéndolos en una unidad valorativa o legal. Dentro de esta categoría se pueden distinguir varias situaciones:
 - a. Los delitos “complejos”, formados a partir de otros, en el sentido de que los elementos que constituyen el tipo penal son ya de por sí tipos delictivos autónomos, resultando así un nuevo tipo destinado a la protección de diferentes bienes jurídicos. Esto sucede, por ejemplo, en el robo con violencia o intimidación, recogido en el artículo 242 CP y en el que se unifican el hurto (art. 234 CP) y las coacciones (art. 172 CP) o las amenazas (art. 169 CP).
 - b. Los delitos “permanentes”, como los de detenciones ilegales y secuestros, donde la constricción del bien jurídico tutelado se prolonga en el tiempo (y, por tanto, también el periodo consumativo).
 - c. Los delitos “habituales”, constituidos por una serie de acciones que individualmente no tienen carácter delictivo, como el caso del artículo 173.2 CP, que hace referencia a *“quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica...”*. Es el propio artículo quien define en el apartado tercero lo que se entiende por habitualidad (definición que a su vez es interpretada por la doctrina). También entra en este apartado el antiguo artículo 299.1 CP, suprimido en la reforma penal de 2015 (LO 1/2015), que castigaba a quien *“habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables”* de faltas contra la propiedad, dando a entender que un único acto de auxilio no era constitutivo de delito.
 - d. Los delitos “de varios actos”, como sucede con el artículo 197.3 CP, que recoge la conducta de quien, además de descubrir secretos ajenos, los difunda, revele o ceda a terceros.
 - e. Los tipos que contienen conceptos globales, como la falsificación de moneda, de los artículos 386 y ss., que se refieren a un delito singular sea cual sea el número de piezas o billetes falsificados.
 - f. Los tipos mixtos alternativos, que hacen referencia a supuestos en los que la conducta descrita en el tipo penal puede llevarse a cabo mediante

diversas conductas, o los casos en los que, en relación con un tipo básico determinado, se establece un catálogo de modalidades agravadas. Puede distinguirse entre tipos mixtos “alternativos”, que será el supuesto normal, en el sentido de que esas modalidades de comisión son permutables entre sí, de manera que la realización de más de una de ellas no rompe la unidad delictiva; o de tipos mixtos “acumulativos”, cuando la concurrencia, en el supuesto concreto, de varias de las formas concretas de ejecución en él previstas da lugar a otros tantos delitos. Para decidir ante qué modalidad nos encontramos hay que interpretar el tipo concreto.

2. En los casos de concurso aparente de leyes (o normas) penales, donde, como se analizará detalladamente, de la interpretación de la conexión existente entre los tipos formalmente concurrentes, se determina la aplicación de un solo tipo, lo que supone apreciar un solo delito.
3. En las denominadas “unidades típicas en sentido amplio”, donde se realiza de forma sucesiva un mismo tipo penal, no multiplicándose el número de delitos sino dándose simplemente una intensificación cuantitativa del injusto del hecho, persistiendo la misma motivación o culpabilidad. Cabe distinguir dos grupos de casos, dependiendo de la mayor o menor contextualidad de las acciones singulares:
 - a. Supuestos de “unidad natural de acción”, como en el caso de un sujeto que vierte una multitud de expresiones injuriosas, constituyendo un único delito de injurias, o las sucesivas puñaladas lesivas, permaneciendo un único delito de lesiones.
 - b. El delito continuado, que se analizará posteriormente.

Una cuestión que ha sido objeto de debate es la intervención del legislador en esta materia. En el Derecho español sí existe una regulación establecida por el legislador, en la que se distinguen los supuestos de unidad delictiva de los supuestos de pluralidad delictiva; no obstante, la doctrina mayoritaria se inclina en el sentido de que sea el juzgador quien, interpretando el caso concreto, dilucide si se trata de un supuesto de unidad o de pluralidad delictiva.

Una vez realizada esta breve introducción de los supuestos de unidad delictiva, pasaré a analizar más a fondo los casos de concurso de normas (o concurso aparente de leyes penales) y los casos de delito continuado, para pasar posteriormente a ocuparme de los casos de pluralidad delictiva.

2.2. Concurso de normas.

2.2.1. Caracterización.

El concurso de normas, o concurso aparente de leyes penales, hace referencia a situaciones en las que la conducta de un sujeto integra los requisitos típicos de varias figuras delictivas, de las que finalmente se aplica solo una, que es suficiente para captar el desvalor de la conducta. Esta característica permite su distinción de los casos de concurso de delitos, donde es preciso estimar cada uno de los delitos concurrentes para captar plenamente la gravedad de un hecho.²

Así lo determina el Tribunal Supremo en su STS núm. 615/2016, de 8 de julio (Nº de Recurso: 19/2016; RJ 2016\3720), que recoge lo ya establecido en su STS 430/2009, de 29 de abril, señalando que *“la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos”*. Por esta razón, la doctrina denomina al concurso de leyes concurso aparente o inauténtico, mientras que se refiere al concurso ideal y real de delitos como concurso auténtico.

El hecho delictivo es subsumible a priori en más de un tipo penal, pero basta con uno solo de ellos para valorar la total gravedad de lo acontecido, por lo que, en el caso de aplicar más de uno de los preceptos en principio concurrentes, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*. Y, según algunos autores, es precisamente este su fundamento.

Así, la reciente STS núm. 13/2018, de 16 de enero (Recurso núm. 10286/2017; RJ 2018\238), en materia de terrorismo, explica que *“el concurso aparente de normas tiene lugar cuando una única acción con relevancia penal -real o material- aparece tipificada aparentemente en varios preceptos del Código, si bien uno de ellos es capaz de recoger toda la antijuricidad del comportamiento, de manera que la aplicación de todas las normas con previsión sancionadora supondría quebrantar el*

² Véase Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A., *“Derecho penal. Parte general. Introducción teoría jurídica del delito”*, 2ª ed., Granada, 2016 (Comares), pág. 336.

tradicional principio del "non bis in ídem" (...) En definitiva, y siguiendo nuestra sentencia 379/2011, de 19 de mayo, «cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 del Código Penal».

La misma sentencia recoge una distinción del concurso de normas y del concurso ideal y real (que se analizarán posteriormente) indicando: *“Un concurso de normas difiere del concurso ideal de delitos en que, éste, partiendo también de una unidad de hecho, acontece cuando no se excluyen entre sí los distintos preceptos punitivos que lo contemplan (SSTS 1182/2006, de 29 de noviembre o, la ya citada 1323/09, de 30 de diciembre); y del concurso real de delitos, que concurre cuando existe una pluralidad de hechos y cada uno de ellos está tutelado por un precepto penal diferente, pero con una significación antijurídica no coincidente, de modo que para responder al diverso contenido del injusto de los hechos, deben ser aplicadas las diversas normas que resultan de referencia”.*

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que el concurso de normas, regulado en el artículo 8 CP, dentro del título preliminar *“De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal”*, es en realidad un problema de interpretación de la ley aplicable a un caso concreto. Dispone el precepto:

«Artículo 8:

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:

- 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor».*

Existen en la doctrina dos concepciones distintas del concurso de leyes. Según la doctrina mayoritaria, el concurso de leyes presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, aunque solo uno de ellos resultará aplicable. Otros autores, como

Sanz Morán³, entienden que esta concurrencia de distintos tipos penales es solo formal o aparente, por lo que de la interpretación de los mismos se conoce cuál es el aplicable. Mir Puig⁴ se decanta por la primera opción al entender que de esta manera los preceptos desplazados pueden ser tenidos en cuenta en combinación con el precepto preferente, e incluso podría aplicarse el precepto desplazado cuando el precepto preferente dejase de ser aplicable.

A la hora de determinar qué ley penal de todas las *aparentemente* concurrentes es aplicable, la mayor parte de la doctrina española sigue cuatro criterios, dirigidos a la interpretación de la ley penal, que están recogidos en ese mismo artículo 8 CP y que no ofrecen soluciones automáticas. No existe una concepción uniforme respecto a los criterios y varían las opiniones tanto entre sectores de la doctrina de un mismo país, como de diversos países. Así, por ejemplo, para algunos autores es suficiente con el principio de especialidad mientras que otros se refieren a dos principios (bien sea el de especialidad y consunción, o bien el de especialidad y subsidiariedad); el sector mayoritario de la doctrina en Alemania e Italia hace referencia conjuntamente al principio de especialidad, consunción y subsidiariedad; y la mayor parte de la doctrina española, y algunos autores alemanes del siglo XX, añaden el criterio de alternatividad. A estos cuatro principios se podrían añadir otros criterios secundarios, afirmados por algún autor, como los de absorción o especialidad recíproca.⁵

2.2.2. Criterios del artículo 8 CP:

Continuaré analizando cada uno de los cuatro criterios recogidos en el citado artículo (ciertos autores los denominan criterios, pero algún autor, como Cuello Contreras⁶, se refiere a distintos casos de concurso de leyes, cada uno de ellos regido por una relación de especialidad, de subsidiariedad, etc.).

1. Principio de especialidad:

Se regula en el artículo 8.1 CP y se expresa en el aforismo *lex specialis derogat legi generali*, o lo que es lo mismo, el precepto especial se aplica con preferencia al general. Se

³ Véase Mir Puig, S., “Derecho penal. Parte general”, 10ª ed., Barcelona, 2015 (Reppertor), pág. 682.

⁴ Véase Mir Puig, S., “Derecho penal. Parte general”, op. cit., pág. 682.

⁵ Véase Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad...”, op. cit., pág. 18.

⁶ Véase Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., “Curso de Derecho penal. Parte general”, 3ª ed., Madrid, 2015 (Tecnos), pág. 237.

representa con dos círculos concéntricos y es el único principio que se admite por toda la doctrina (hasta el punto de que muchos autores entienden que es el único admisible). Hace referencia a que uno de los preceptos aplicables a una situación fáctica contiene todos los elementos de otro precepto, pero además contiene alguna especialidad que no comparte con aquel, por lo que el precepto especial (el más específico) desplaza al general; de esta forma, todo hecho subsumido en el tipo del precepto especial también se subsume en el tipo del precepto general, pero no a la inversa.⁷

Así sucede entre el tipo básico (ley general) y sus modalidades cualificadas o privilegiadas (leyes especiales), como en el caso del asesinato, recogido en el artículo 139 CP, que se comporta como ley especial frente al homicidio, recogido en el artículo 138 (el asesinato es también un homicidio y, si no estuviera especialmente tipificado en el Código Penal, podría ser castigado como un delito de homicidio, pero lo cierto es que se tipifica, añadiendo alguna característica, como la alevosía)⁸, por lo que se aplica el artículo 139 CP. También se da esta relación de especialidad en el caso del hurto (art. 234 CP) -ley general- y robo (art. 237 CP) -ley especial-.

Es indiferente en este punto que los preceptos aparentemente concurrentes estén recogidos en textos legales distintos.⁹

2. Principio de subsidiariedad:

Lex principalis derogat legi subsidiariae, esto es, el precepto penal subsidiario se aplica solo en defecto del principal. Se regula en el artículo 8.2 CP y hace referencia a que los dos tipos penales poseen algún o algunos elementos comunes, pero también otros elementos que no comparten.¹⁰ La relación de subsidiariedad se establece entre dos preceptos penales, uno de los cuales -el subsidiario- solo resultará aplicable en caso de que no entre en juego otro -el principal- y, según algún autor (Sanz Morán, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez o García Albero), es una relación de tipo abstracto, pues se obtiene por comparación de los distintos preceptos entre sí, sin necesidad de concretar en supuestos fácticos específicos y, por consiguiente, la solución es válida para todas las hipótesis previstas en las normas (esto permite distinguir la relación de subsidiariedad de la relación de consunción). Se representa

⁷ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 684.

⁸ Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., “*Derecho penal. Parte general*”, 9ª ed., Valencia, 2015 (Tirant lo Blanch), pág. 504.

⁹ Véase Sanz Morán, A.J., “*Unidad y pluralidad...*”, op. cit., pág. 19.

¹⁰ Véase Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., “*Curso de Derecho penal...*”, op. cit., pág. 237.

como dos círculos secantes, pues ambas normas tienen su ámbito de aplicación, pero coinciden en un determinado número de casos.¹¹

Tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen dos clases de subsidiariedad, expresa y tácita. La subsidiariedad expresa se da cuando esa prevalencia del tipo principal viene determinada por el propio legislador, bien remitiéndose a otro precepto concreto (caso de los artículos 342 y 415 CP, donde se expresa “*sin estar comprendido en el artículo anterior*”, o el caso del artículo 18.2.2 CP, que dice que la provocación al delito, si el delito se ha comenzado a perpetrar, se convierte en inducción, dejando así de castigarse como provocación y pasando a castigarse como inducción) o bien determinándolo en términos generales, con expresiones tales como “*si el hecho no constituye un delito más grave*” o expresiones análogas.¹²

Por su parte, la subsidiariedad tácita se da cuando la relación de subsidiariedad se determina por medio de la interpretación del sentido de los preceptos penales, entendiendo que el precepto que queda desplazado no pretendía ser aplicado cuando concurriese otra posible calificación más grave del hecho. Así sucede, según Cuello Contreras¹³, cuando distintos tipos penales protegen al mismo bien jurídico en distintos estadios o comprenden ataques de diversa gravedad contra el mismo bien jurídico, en cuyo caso no es necesario acudir a la ley, entendiéndose que el ataque producido en un estadio posterior y el ataque más grave absorben al anterior y menos grave, que solo se aplican subsidiariamente. Por ejemplo, en el caso de las lesiones que preceden al homicidio, aquellas constituyen el tipo subsidiario respecto a este.

El criterio de la subsidiariedad, además de en los casos de ataques a un mismo bien jurídico en diversos estadios, como se ha referido anteriormente, se utiliza también a la hora de determinar la autoría y las distintas formas de participación, pues el sujeto que coopera en la realización de un tipo delictivo solo será partícipe como cómplice (art. 29) subsidiariamente, cuando no pueda ser calificada su participación como cooperación necesaria (art. 28), pues este último precepto es de aplicación preferente; y además, en la relación entre los casos de delitos de peligro o delitos de lesión concreta del bien jurídico cabe distinguir según se trate de delitos de peligro concreto o delitos de peligro abstracto, puesto que, en el segundo caso, no se admite la subsidiariedad respecto del delito de lesión,

¹¹ Véase Gómez Tomillo, M., "artículo 8", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), “*Comentarios al Código Penal*”, 1ª ed. Cizur Menor, (Aranzadi) 2015, tomo I, pág. 120.

¹² Véase Sanz Morán, A.J., “*Unidad y pluralidad...*”, op. cit., pág. 19.

¹³ Véase Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., “*Curso de Derecho penal...*”, op. cit., pág. 238.

ya que los delitos de peligro abstracto afectan a bienes jurídicos de la generalidad, por lo que tienen un significado propio.¹⁴

Al fin y al cabo, el principio de subsidiariedad, como señala Francisco Muñoz Conde, es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige esos requisitos.¹⁵

3. Principio de consunción o absorción:

Lex consumens derogat legi consumpta, es decir, el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los preceptos que tipifiquen infracciones consumidas en aquel. De acuerdo con este principio, recogido en el artículo 8.3 CP, un precepto desplaza a otro cuando por sí solo ya incluye (o consume) el desvalor que el precepto desplazado supone, por razones distintas a la especialidad y subsidiariedad (pues en este caso la relación de consunción no puede resolverse a través de la comparación abstracta de los tipos concurrentes, sino que la operación de consunción opera de manera concreta, a la vista de los hechos concretos que realmente han acaecido; se trata de comparar hechos y no normas, aunque estas ofrezcan pautas sobre cómo deben valorarse aquellos).

Su definición coincide con la del propio concurso de leyes: el desvalor (el contenido de injusto y culpabilidad) captado por una de las figuras delictivas aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por otra figura.

La doctrina dominante (posición seguida por la jurisprudencia española) reconduce a este ámbito los casos de “hecho acompañante típico” (los daños en la ventana quedan normalmente consumidos en el robo con fractura; o las lesiones dolosas quedan consumidas por el delito de homicidio doloso) y los hechos anteriores o posteriores impunes (o “copenados”). Así, un desplazamiento espacial mínimo de la víctima hasta el cajero donde llevar a cabo el robo violento (“hecho anterior impune”) o el desatender la orden del guardia civil al ladrón de detenerse, cuando le sorprende en flagrante delito (“hecho posterior impune”).

Cabe señalar que, siguiendo el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo - criterio que es muy discutido-, se aprecia consunción o absorción cuando el ataque lo es a un mismo bien jurídico y concurso de delitos cuando la lesión es de bienes jurídicos

¹⁴ Véase Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A., “*Derecho penal...*”, op. cit., pág. 338.

¹⁵ Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., “*Derecho penal...*”, op. cit., pág. 505.

distintos. Así, el Tribunal Supremo considera que entre la falsificación de documentos públicos y la estafa no hay concurso de leyes sino de delitos, ya que los bienes jurídicos son distintos. No obstante, si la falsificación es de documento privado, se entiende que queda consumida en el delito de estafa.

Se da también la consunción en los delitos complejos, como el delito de atentado terrorista, pues desde el momento en que se aprecia, dejan de tener autonomía el atentado y el homicidio de forma separada.

Como señala la STS núm. 361/2017, de 19 de mayo (Recurso núm. 2287/2016, RJ 2017\3825), *“el bien jurídico protegido es único, lo que nos aleja del concurso de delitos y nos aproxima indicativamente al territorio propio del concurso de normas”*.

La jurisprudencia ha aplicado este criterio en múltiples ocasiones. Hasta la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1088/1997, de 1 de diciembre (Recurso núm. 1539/1996-P, RJ 1997\8761), existía confusión a la hora de determinar si ante una situación concreta se daba un concurso de delitos o si un delito se encontraba consumido en otro. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo resuelve en el caso de los delitos de contrabando y tráfico de drogas (hasta entonces penados como concurso ideal de delitos), cambiando el criterio anterior y entendiendo que el delito de contrabando (como forma de “autoencubrimiento”) quedaba consumido en el delito de tráfico de drogas, que era más grave. Así, siguiendo el mismo criterio, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 20/2001, de 28 de marzo (Recurso de Casación núm. 4234/1998; RJ 2001\751), determinó la consunción del delito fiscal (en que se incurre al no declarar a Hacienda las cantidades ilícitamente obtenidas) en el previo delito de cohecho. Otro supuesto es el del robo y detención ilegal, sobre el que se pronunció la STS núm. 372/2003, de 14 de marzo (Recurso de Casación núm. 373/2002-P; RJ 2003\2907), y posteriormente la Sentencia núm. 337/2004, de 12 marzo (Recurso de Casación núm. 623/2003; RJ 2004\2267) y la Sentencia núm. 163/2015, de 24 de marzo (Recurso de Casación núm. 10738/2014; RJ 2015\1162), en el sentido de que el precepto más amplio o complejo -el robo- consume en su seno el otro más simple -la detención ilegal-.¹⁶

Y más recientemente, la ya citada STS núm. 13/2018, de 16 de enero (Recurso núm. 10286/2017; RJ 2018\238), en materia de terrorismo, se pronuncia sobre la concurrencia aparente de los artículos 575 y 577 CP y sostiene que *“el adoctrinamiento pasivo*

¹⁶ Véase Gómez Tomillo, M., "artículo 8", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *“Comentarios al Código Penal”*, op. cit., págs. 122 y 123.

del artículo 575 del Código Penal, queda absorbido en la antijuricidad contemplada por el legislador respecto de las conductas de captación o adoctrinamiento activo recogidas en el artículo 577.2 del Código Penal”.

4. Principio de alternatividad:

Recogido en el artículo 8.4 CP, este principio se utiliza en aquellos casos en los que, debido a un olvido o error del legislador (casos en los que no es posible aplicar los otros tres criterios), un mismo hecho aparece recogido, con todas sus características, en dos preceptos distintos, de suerte que el precepto penal más grave excluye el precepto que castiga el hecho con una pena menor. En palabras de Binding, existe una doble valoración jurídica de un mismo hecho.

Esto sucedía, por ejemplo, con la presentación en juicio de un documento falso, hecho previsto tanto en el ámbito de las falsedades como en el de los delitos contra la Administración de Justicia, hasta la supresión de este último precepto en la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Aunque algunos autores entienden que debe tenerse en cuenta este criterio para evitar que un hecho quede impune o evitar errores a la hora de castigar (así, Muñoz Conde)¹⁷, otros autores, como Sanz Morán, entienden que no tiene que sufrir el reo los errores del legislador y que parece más acorde con el principio de intervención mínima acudir al criterio opuesto *in dubio benignus*. Mir Puig señala que debería regularse el caso en que dos preceptos penales tengan previstas penas iguales y entiende que debería resolverse atendiendo al principio de *non bis in idem*, que el TC vincula al de legalidad¹⁸.

Según Cuello Contreras,¹⁹ la alternatividad no quiere decir que el tipo excluido deje de aplicarse en su totalidad, pues en ciertos casos, como aquellos en los que el tipo excluido contiene penas accesorias o medidas que el principal no contiene, o cuando el tipo excluido tiene un marco penal con límite mínimo inferior más severo que el del tipo que predomina, podría llegar a aplicarse el precepto en principio excluido. Además, si el tipo predominante no se puede aplicar por cualquier razón (por ejemplo, porque es un delito perseguible a instancia de parte y la víctima no hace uso de su facultad de denunciar), se podría castigar con el tipo penal excluido. Esto sucede también en los casos en los que el reo es indultado del delito preferente, o en los casos en los que la falta de dolo impide apreciar el delito

¹⁷ Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., “*Derecho penal...*”, op. cit., pág. 506.

¹⁸ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 687.

¹⁹ Véase Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., “*Curso de Derecho penal...*”, op. cit., pág. 238.

preferente pero no el desplazado (por ejemplo, cuando alguien induce a otro a golpear moderadamente pero finalmente quien fue inducido golpea hasta la muerte; en estos casos a quien indujo no se le puede castigar por inducción al homicidio pero sí por inducción a lesiones, aunque en principio pareciese que esta solución quedase desplazada).²⁰ Solo en el caso de que el tipo penal predominante sea privilegiado, dejará de producir efectos el tipo excluido.

Tras llevar a cabo la tarea de interpretación utilizando los criterios referidos anteriormente, se aplicará la consecuencia jurídica prevista en el precepto prevalente.

Como apunte, en lo relativo al concurso aparente de leyes penales, cabe señalar que, debido a las diversas opiniones que concurren a la hora de concretar los principios de solución de concursos de leyes, la mayoría de los códigos penales europeos optan por dejar este tema al libre arbitrio del juzgador. Solo en el Código penal italiano se hace referencia a los conflictos aparentes de leyes penales, concretamente en el artículo 15, que recoge el criterio de especialidad (el único que no ha sido discutido). Es por ello objeto de continuo debate la necesidad o no de establecer preceptos reguladores del concurso aparente de normas penales; y así, fue debatido también por la doctrina alemana durante los debates previos a la reforma de la parte general del Código penal alemán, entendiéndose la mayoría de los autores, con la excepción de Geerds, que era una cuestión que debía dejarse al arbitrio del juzgador.

Solo cabría entender una regulación expresa en esta materia si tuviese algún tipo de incidencia en el ámbito sancionador, como sucedería, por ejemplo, si se siguiese el principio de combinación de marcos penales, tal como propone la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia alemana.

En el Derecho penal español, el artículo 8 CP, analizado anteriormente, recoge reglas aplicables en esta materia, aunque no termina de resolver el problema interpretativo de determinar cuándo nos encontramos ante una relación de especialidad o ante una relación de subsidiariedad entre las distintas leyes, y cuál de ellas es preferente.

Por otro lado, como ya se dijo anteriormente, el apartado cuarto del precepto, que recoge el principio de alternatividad, es objeto de discusión en cuanto a la posible vulneración del principio *in dubio mitius*.

²⁰ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 683.

En definitiva, el sentir mayoritario en la doctrina es que las reformas legislativas en relación con el concurso aparente de normas penales no han sido todo lo afortunadas que hubiera sido deseable.

Cabe realizar en este punto un inciso final sobre la cuestionable tendencia del legislador a interferir en el problema de la separación entre concurso de leyes y concurso de delitos, estableciendo numerosas cláusulas concursales -hasta cuarenta y cuatro cláusulas en el Libro Segundo del Código penal²¹ -, bien remitiendo al castigo separado de las infracciones, o bien -mucho más frecuentemente-, fijando la pena del delito de que se trate añadiendo fórmulas como la de “sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos” o expresiones similares. Y aunque algunos de estos preceptos existieron desde la primera redacción del CP de 1995, otros han ido apareciendo posteriormente, con ocasión de las reformas, pese a diversas propuestas de *lege ferenda*, como la de García Albero, tal como recoge Sanz Morán en la obra citada a pie de página, de “*suprimir tales cláusulas, dejando al intérprete la tarea de discernir entre el concurso ideal, el real y el concurso aparente con los instrumentos habituales*”.

En ocasiones parece que el legislador está queriendo establecer una cláusula de subsidiariedad y en otros casos parece referirse a un concurso de delitos, ya sea en relación a alguna figura delictiva concreta o, atendiendo a la penalidad aplicable, entendiendo que la concurrencia del delito en concreto lo será únicamente con otros delitos más graves.

Una de estas cláusulas, que genera gran controversia, es la recogida en el inciso final del apartado segundo del artículo 173 CP, donde tras establecer las penas aplicables a quien incurra en violencia “habitual” contra alguna de las personas allí mencionadas, se añade “*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*”.

Lo mismo sucede en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial donde, desde la incorporación al CP de los delitos contra la seguridad vial, por la Ley 3/1967, de 8 de abril, ha existido un precepto regulador de las relaciones concursales entre estos delitos y los delitos de resultado lesivo. Así, el artículo 340 bis del CP anterior señalaba que “*cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o*

²¹ Véase Sanz Morán, A.J., “*Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código penal*”, en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M.A., Gómez Pavón, P., Manjón-Cabeza Olmeda, A., y Martínez Guerra, A. (coordinadores), “*Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*”, edición única, Valencia, 2013 (Tirant lo Blanch), pág. 214.

daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada”, regla que siguió en la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de ese mismo Código. La doctrina entendía que el legislador apreciaba en este caso un concurso de leyes, a resolver de acuerdo con la regla de la alternatividad.

El CP de 1995 mantuvo esta misma regla en el originario artículo 383 hasta la reforma operada por LO 15/2007, de 30 de noviembre, estableciendo el nuevo artículo 382 que *“cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior...”*. Lo llamativo es que, si bien el Preámbulo de esta ley se refiere a una regla específica para mantener el concurso de normas, lo cierto es que el tratamiento penológico otorgado en el artículo 382 coincide con el previsto en el artículo 77 CP para el concurso ideal de delitos, con la salvedad de que el artículo 77 CP prevé el castigo por separado de las infracciones concurrentes si resulta más favorable y el artículo 382 no realiza ninguna mención en este sentido.

Para terminar, cabe señalar que no solo el legislador provoca estas distorsiones sobre si en el caso concreto se trata de un concurso de normas o de delitos, sino que el Tribunal Supremo, a través de la también cuestionable técnica de los Acuerdos de Sala, adoptados en Plenos no Jurisdiccionales, también ahonda en este asunto.

Me parece oportuno aludir en este punto a la STS núm. 520/2017, de 6 de julio (Nº de Recurso: 113/2017; RJ 2017\4134), en la que el TS examina la relación concursal entre los delitos de lesiones, amenazas y allanamiento, recordando en el Fundamento Jurídico Tercero la doctrina jurisprudencial en relación al concurso de normas y concurso de delitos:

“Así en SSTs. 97/2015 de 24 febrero, 413/2015 de 30 junio, 454/2015 de 10 julio, 535/2015 de 1 de octubre, 544/2016 de 21 junio, decíamos cómo la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in ídem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTs. 1424/2005, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuricidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in ídem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

La STS 817/2017, de 13 de diciembre (Nº de Recurso: 292/2017; RJ 2017\5596, tras reproducir sin ningún cambio lo dicho anteriormente, señala en este punto que “en definitiva, sólo cabe un criterio de valoración jurídica necesariamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas, si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho. (SSTS 892/2008 del 26 diciembre, 1323/2009 del 30 diciembre)”.

2.3. El delito continuado.

2.3.1. Supuesto de hecho.

El delito continuado se encuadra dentro de las “unidades típicas en sentido amplio”, aludidas anteriormente, en las que las sucesivas realizaciones homogéneas del tipo solo influyen en la intensificación de la conducta, persistiendo una única motivación y una culpabilidad unitaria, por lo que se considera un único delito. Así pues, se puede hablar de pluralidad de acciones y unidad de delito.

Como se ha referido, en las “unidades típicas en sentido amplio” se enmarcan los supuestos de “unidad natural de acción” y el caso del delito continuado, donde se da una mayor separación temporal y espacial entre los actos delictivos singulares que en la “unidad natural de acción”. Hay que tener en cuenta para ambos supuestos que, si el bien jurídico vulnerado es de los denominados “eminentemente personales”, la pluralidad de sujetos pasivos quiebra la unidad delictiva.

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en situaciones análogas, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza.²² Es el caso del empleado del supermercado que durante un largo periodo de tiempo se apodera diariamente de una pequeña cantidad de dinero de la caja registradora: cada acto aislado es un hurto, pero no comete cientos de hurtos sino un delito continuado de hurto. Se da una pluralidad de acciones y, aunque cada una represente ya por sí sola un delito, todas ellas se valoran como un único delito continuado (podría pensarse que es una excepción al concurso real de delitos).

Para el TS, *“el delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes pero que desde una perspectiva de la antijuricidad material se presentan como una infracción unitaria, pero no es una figura destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera “realidad jurídica” que permite construir un procedimiento unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva”* (STS 228/2013, de 22 de marzo -Núm. de recurso 11045/2012; RJ 2013, 8314).

El delito continuado se regula en el artículo 74 CP y ha suscitado siempre gran controversia. Es una institución con una extensa tradición y, como señala Sanz Morán,²³ sus primeros intentos de definición datan del siglo XVI, con autores como Julio Claro o Farinacio. Apareció originariamente en la Edad Media como una ficción (que duró hasta la Ilustración) para evitar la praxis judicial según la cual, a quien ya había cometido dos hurtos y cometía un tercero, se le condenaba a pena de muerte. De esta forma, se entendía que en vez de tres hurtos se trataba de un delito de hurto continuado, evitando de esta manera la condena a pena de muerte. Posteriormente, la jurisprudencia española comenzó a hablar de delito continuado, no con esta primera finalidad en favor del reo sino debido a la imposibilidad de individualizar los distintos actos que lo configuran (y ya desde la

²² Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *“Derecho penal...”*, op. cit., pág. 501.

²³ Véase Sanz Morán, A.J., *“Unidad y pluralidad...”*, op. cit., pág. 29.

“Reforma parcial y urgente” operada por la LO de 25 de junio de 1983 del anterior Código penal fue acogido en nuestra regulación en el antiguo artículo 69 bis CP). Es por ello que, aunque la mayoría de la doctrina entiende el delito continuado como una unidad natural, otro sector de la doctrina se decanta todavía por la “teoría de la ficción”.

Con el planteamiento de la doctrina mayoritaria (como unidad natural), la apreciación o no de un delito continuado es un problema interpretativo encuadrado dentro de la distinción entre infracción singular y pluralidad de delitos; y así lo entendió también el Tribunal Constitucional en su STC 89/1983, de 2 de noviembre, aunque de forma no demasiado clara, como señala Sanz Morán.²⁴

Así, para la posición mayoritaria no se trata de una ficción jurídica sino de un problema interpretativo, caracterizando el delito continuado como un delito único, o como un concurso real homogéneo de delitos.

Se critica que no se puede establecer con claridad su fundamento, su regulación junto al delito masa, etc. y el anteproyecto de 2012, continuando con la línea seguida en el Derecho comparado, incluía una modificación del delito continuado para evitar la arbitrariedad que se da en ciertos aspectos, limitando su aplicación a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el espacio y el tiempo, y excluyendo su aplicación a los delitos sexuales. Se equiparaba su régimen punitivo al del concurso medial y se omitían las referencias al delito masa. El proyecto de reforma de 2013 también planteaba modificaciones en este artículo 74, pero finalmente la LO 2/2015 no incorporó ninguna modificación de su contenido.

En el Derecho comparado, los códigos penales que recogen un tratamiento punitivo de las hipótesis concursales (como el Código francés, suizo o austriaco) no regulan el delito continuado, considerándose siempre como delito único. Es el Código penal portugués de 1982 el único de ellos que lo regula, considerándolo también como infracción única. Tampoco los códigos sin un tratamiento punitivo unificado de los supuestos concursales regulan el delito continuado, con la excepción en este caso del Código penal italiano, donde sí se regula debido al apoyo por parte de la Escuela Clásica (Carrara), quien retomó la línea seguida por los juristas humanistas (Claro, Farinacio) y debido al sistema de acumulación aritmética como tratamiento punitivo al concurso real de delitos (quiere enfatizarse la menor culpabilidad en el delito continuado que en el concurso real de delitos).

²⁴ Véase Sanz Morán, A.J., “*Unidad y pluralidad...*”, op. cit., pág. 30.

Pese a lo expuesto, el Código penal español sí regula esta figura, determinando los requisitos necesarios para apreciarla y estableciendo un régimen penal propio, diferente al del concurso de delitos. Así, el artículo 74 CP, con una redacción muy similar al del anterior artículo 69 bis CP, dice:

Artículo 74:

“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 tratare 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 exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

De este artículo se deduce la equiparación, desde una perspectiva subjetiva, del propósito unitario al aprovechamiento de idéntica ocasión. Desde el punto de vista objetivo, se admite el delito continuado pese a la pluralidad de víctimas o de preceptos penales infringidos.

Para la existencia del delito continuado se exige un elemento objetivo, en el sentido de homogeneidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad en los modos de comisión del delito y cierta conexión espacial y temporal; y un elemento subjetivo, que hace referencia a la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

El artículo 74 CP requiere para el delito continuado:

- 1) Ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión:

Así, se habla de dolo global o conjunto (plan preconcebido) y dolo continuado (aprovechamiento de idéntica ocasión). Para la jurisprudencia este requisito subjetivo es el más importante, pues es el que determina la unidad delictiva en que consiste la continuidad.

La unificación de las distintas acciones puede tener lugar por la existencia de un plan preconcebido (dolo conjunto o unitario), que requiere que el sujeto activo haya previsto y querido desde antes las acciones individuales, dirigidas al total resultado previsto y querido por el sujeto, lo que supone una unificación puramente subjetiva, sin que importe la ocasión en la que se lleva a cabo (así, el caso de un sujeto que ha planteado aprovisionarse de combustible para todo el invierno mediante la comisión de tres hurtos en un almacén de carbón); o por aprovechamiento de idéntica ocasión (dolo continuado), lo que exige objetivamente la unidad de ocasión y subjetivamente su aprovechamiento consciente (el sujeto que en un principio había previsto cometer un solo hurto, se decide, después del éxito del primero, a cometer otro).

Cabe señalar que no se exige que el dolo vaya referido a la totalidad del resultado, pues se estima suficiente el dolo cuando el autor está decidido a lesionar el mismo bien jurídico en un corto espacio de tiempo, siempre de la misma forma, todo el tiempo que sea posible (por ejemplo, hasta que se acabe el suministro o cambien las condiciones).

Parece desprenderse que el fundamento del tratamiento del delito continuado hace referencia a la menor culpabilidad respecto al concurso real de delitos, ya que, desde el lado objetivo, lo que existe es, precisamente, una intensificación del ataque al bien jurídico; pero llama la atención que se asimilen el propósito unitario al aprovechamiento de idéntica ocasión, pues es muy diferente la reprochabilidad que merece un comportamiento y otro, ya que el aprovechamiento de idéntica ocasión parece demostrar una culpabilidad menor que el propósito o dolo unitario.

2) Realización de una pluralidad de acciones u omisiones:

El delito continuado está conformado por varias realizaciones típicas individuales que son captadas o abrazadas en una unidad jurídica y a la que, por su intensificación de lo injusto, se le aplica una pena agravada con respecto al delito único.

La doctrina exige una continuidad espacial y temporal entre los distintos actos, aunque no se mencione expresamente. También la jurisprudencia hace referencia a cierta conexidad temporal, en el sentido de que no transcurra un lapso de tiempo excesivo entre

los actos, así como un *modus operandi* homogéneo o similar (en este sentido, SSTS 228/2013, de 22 de marzo -RJ 2013, 8314- y 354/2014, de 9 de mayo -RJ 2014, 2480-).

3) Infracción del mismo precepto penal o de preceptos penales semejantes:

Se entiende que el bien jurídico lesionado a través de los distintos hechos tiene que ser el mismo: se entienden comprendidos supuestos en que se lesiona el mismo tipo, cuando se lesionan tipos con un injusto específico muy cercano (por ejemplo, el tipo básico y tipos agravados o tipos atenuados) o incluso tipos con un injusto específico semejante (con un mismo bien jurídico).

La jurisprudencia exige homogeneidad normativa en el sentido de que los preceptos penales a considerar sean iguales o semejantes, que tengan como base la misma norma y que esta tutele el mismo bien jurídico. Y puede tratarse tanto de delitos consumados como en tentativa. En este sentido, la STS núm. 817/2017, de 13 de diciembre (Recurso núm. 292/2017, RJ 2017\5596) señala que “(...) es cierto que no nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por el criterio de absorción del artículo 8.3 CP, pero ello no imposibilitaría, en términos absolutos (...) integrar tal hecho constitutivo de estafa en la continuidad delictiva de los hechos constitutivos de apropiación indebida, pues aunque no sean delitos homogéneos, sí concurre la similitud entre ambos al ser preceptos de semejante naturaleza”.

Por tanto, de lo expuesto anteriormente se deduce que, desde el punto de vista del aspecto objetivo, el artículo 74 CP exige, además de la pluralidad de conductas (“acciones u omisiones”), que se infrinja el “mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”.

4) Identidad del sujeto pasivo:

Desde el punto de vista del aspecto subjetivo, no se exige identidad de sujeto pasivo, pero, como se determina en el apartado tercero, si el bien jurídico afectado posee naturaleza “eminentemente personal”, no cabrá apreciar un delito continuado, salvo que se trate de “*infracciones contra el honor y la libertad o indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo*”, en cuyo caso “*se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*”.

Así pues, si los bienes jurídicos afectados por la conducta del sujeto activo son eminentemente personales y hay pluralidad de sujetos pasivos, no cabe entender un delito continuado: por ejemplo, si alguien, con unidad de propósito, mata sucesivamente a varias personas. Si los bienes jurídicos afectados tienen naturaleza distinta de la eminentemente

personal, sí se puede apreciar un delito continuado: por ejemplo, en el caso de quien, con unidad de propósito, reitera la misma maquinación engañosa con diversas víctimas, hablando entonces de delito de estafa continuado.

Surge un problema a este respecto pues en el apartado tercero se determina que, tratándose de bienes eminentemente personales, no cabe hablar de delito continuado (así, en principio no cabría hablar de amenazas continuadas a la misma víctima, como en el caso de quien llama sucesivamente de noche a una víctima para amenazarla, aunque el TS lo ha admitido en la STS 639/2006, de 14 de junio -aun reconociendo el carácter personal del bien jurídico protegido en el tipo penal-, amparándose en que el CP alude a “bienes eminentemente personales”), pero a continuación se admite una excepción en el caso del honor y la libertad sexual (siempre y cuando se trate de una misma víctima), lo que deja la cuestión al arbitrio judicial y provoca inseguridad jurídica (así, los sucesivos accesos carnales violentos con idéntica víctima en unidad de contexto han sido unas veces calificados como un único delito de violación (en “unidad natural de acción”), otras veces como un delito continuado de violación y otras veces como un concurso real de delitos.

En relación con los delitos contra la libertad sexual, la STS 1316/2002, de 10 de julio (Recurso de casación núm. 1043/2001-P; RJ 2002\7450), señala que solo es posible el delito continuado cuando se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de ocasiones similares por parte del sujeto activo, situación en la que no resulta fácil la individualización de cada acción llevada a cabo, con sus datos concretos (lugar, fecha, etc.). Respecto a los delitos contra el honor, la STS 49/2006, de 24 de enero (Recurso núm. 1664/2004; RJ 2006\2655), señala que *“tan solo resulta apreciable la continuidad en las expresiones injuriosas cuando claramente se muestren guiadas por una unidad de acción y desenvueltas en idéntica situación espacio-temporal, en cuyo caso no puede hablarse de varias infracciones del mismo precepto, sino de una infracción continuada”*.

Cuestión importante es la apreciación de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pues surge la duda de por qué los abusos sexuales y las agresiones sexuales tienen un trato diferente en esta materia. La STS 305/2017, de 27 de abril (Nº de Recurso: 2227/2016; RJ 2017\2306) hace referencia a otras sentencias (en concreto, las SSTS de 17 de Julio y 18 de diciembre de 1991, 22 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1998, 23 de diciembre de 1999, 23 de febrero de 2002 y 18 de junio de 2012) a la

hora de exponer el porqué de esta diferencia de trato. Básicamente, esta diferencia de trato se fundamenta en que es más fácil la individualización de las agresiones sexuales, con su componente intimidatorio o violento, que de los abusos sexuales. Pero, como se señala en la STS núm. 553/2007, de 18 junio (Recurso núm. 265/2007; RJ 2007\4748), tal solución puede conducir a situaciones de grave injusticia comparativa pues "*(...) si la interpretación de las normas debe estar presidida por la racionalidad y recto criterio, que excluya la sinrazón y el absurdo, se incurriría en esos errores al agrupar en un único delito continuado los supuestos en los que durante casi dos años y medio se mantuvieran de forma muy reiterada relaciones sexuales ilegítimas y negarlo cuando se ha hecho esporádicamente en dos ocasiones, lo que significaría tanto como decirle en este caso al penado que se le condena por dos delitos, con mayor pena, porque han sido sólo dos las acciones delictivas y que para conseguir una condena por un único delito continuado tendría que haber repetido la conducta criminal muchas más veces con suficiente cercanía temporal entre ellas*".

Por tanto, hay que entender que no existe un criterio absoluto que excluya en todo caso la posibilidad de agresiones sexuales continuadas (de hecho, la STS 964/2013, de 17 de diciembre, remitiéndose a otras muchas, considera aplicable el delito continuado "*en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa o de prevalimiento, en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo*"), al igual que no se puede hacer depender esta posibilidad del grado de individualización o no de tales conductas de modo exclusivo, pues ya se ha referido que se llega a resultados injustos. De este modo, se hace necesario establecer los requisitos válidos para poder hablar de un delito continuado en los delitos contra la libertad sexual, que son recogidos en la STS 305/2017, de 27 de abril (Nº recurso: 2227/2016), citada anteriormente:

a) Un requisito de carácter personal, concretamente, que la víctima ha de ser siempre la misma persona.

b) Un requisito circunstancial, que hace referencia no solo al dolo y plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos, sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.

c) Y un tercer requisito de naturaleza temporal, de modo que no se produzcan importantes cesuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos, o grupos de ellos, que habrán de integrar la continuidad delictiva.

Continúa diciendo la referida sentencia en el fundamento de derecho octavo: “(...) en general se aplica el delito continuado en aquellos casos en los que aunque esos ataques de contenido sexual se hubieran llevado a cabo en diversas ocasiones a lo largo del tiempo, hay una carencia probatoria para poder precisar con concreción suficiente su número y circunstancias individuales, conformando un verdadero estado permanente de sometimiento a los deseos libidinosos del autor, por lo que se presentan como un verdadero "continuum" en la configuración del comportamiento infractor, como manifestación de un dolo unitario (SSTS 1192/2004, de 26 (sic), 1394/2004, de 24 noviembre, 553/2007, de 18 junio), esto es, hay homogeneidad en los hechos sobre el mismo sujeto pasivo y existe una absoluta imposibilidad de concretar con precisión las ocasiones en que los hechos se cometieron (STS 938/2004, de 12 julio)”.

A los requisitos alude la STS 31/2017, de 26 de enero (Recurso de Casación núm. 1177/2016; RJ 2017\349), indicando al respecto: “Los requisitos que ha exigido la jurisprudencia (STS nº 749/2016, de 11 de octubre) son los siguientes: a) debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; b) la existencia de un dolo unitario que equivale, desde el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; c) la unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; d) también desde el punto de vista objetivo la homogeneidad "del modus operandi" o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; e) la identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; f) que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo; y g) como ya hemos señalado que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el artículo 74.3 CP (SSTS, entre muchas, 1600/2000, 1068/2002, 298 y 760/2003, 523/2004, 882/2005)”.

Además, la STS 354/2014, de 9 de mayo, citada por la STS 413/2015, de 30 de junio, se refiere al “requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, que es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad”.

Cabe hacer referencia en este punto al delito masa, que surgió precisamente cuando se exigía identidad de sujeto pasivo en el Código penal para entender la existencia de delito continuado. Se daban casos de sujetos que cometían estafas que afectaban a un gran número de individuos (ventas de alimentos adulterados, estafas de pisos, sociedades de inversión y construcción ficticias, etc.) a los que no se les podía aplicar el régimen del delito continuado debido a la pluralidad de sujetos pasivos, y a los que tampoco se les podían

aplicar las reglas del concurso real de delitos porque, aisladamente considerados, estos fraudes eran de escasa cuantía, por lo que solo podían ser condenados a penas insignificantes, ya que el triplo de la pena más grave no era una pena proporcionada al daño global producido. Así se originó la figura del delito masa, según la cual, cuando existe en casos de estafas una pluralidad de sujetos indiferenciados, personas anónimas, de las que el sujeto pasivo pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento, debe considerarse un solo delito por el importe global de lo defraudado.

Los requisitos legales del delito masa son:

1. Existencia de una generalidad de personas perjudicadas (sujeto pasivo masa). El grupo de afectados no tiene por qué presentar vínculos en común e incluso puede ser un grupo indeterminado.
2. Que el hecho revista notoria gravedad (art. 74.2 *in fine*), entendiéndose una gravedad económica que no revista dudas. Por ejemplo, en el delito de estafa se entiende que la notoria gravedad tiene que exceder de la especial gravedad que ya da lugar a la aplicación del subtipo agravado recogido en el art. 250.1.4 CP.
3. Dolo preconcebido (a diferencia del delito continuado, no cabe el aprovechamiento de idéntica ocasión), entendiéndose que el plan preconcebido contemplaba desde un principio dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas, sin vínculos entre ellas, para obtener un gran beneficio (en este sentido se pronuncian las SSTS 439/2009, de 14 de abril (RJ 2009, 4154); 1158/2010, de 16 de diciembre (RJ 2011, 163); 492/2014, de 10 de junio (RJ 2014, 4924)).

Estos requisitos son necesarios, según el TS, para considerar al delito masa como una modalidad agravada del delito continuado, con un tratamiento punitivo diferenciado.

2.3.2. Consecuencia jurídica:

Según el artículo 74.1 CP, la pena correspondiente será la 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* (esta última posibilidad fue introducida en la reforma del CP de 2003, realizada por la LO 15/2003).

Como se deduce del artículo, la determinación de la pena en el delito continuado se lleva a cabo conforme a un sistema de absorción agravada obligatoria, en combinación con

una exasperación facultativa. Esto es, se toma la pena prevista para la infracción más grave, imponiéndola en su mitad superior, pero se puede imponer potestativamente la pena superior en grado en su mitad inferior. Antes de la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003 se preveía únicamente en el artículo 74 un sistema de absorción agravada, equiparando en este aspecto el delito continuado a los delitos únicos con circunstancia agravante y a los casos de concurso ideal (siempre que no se castigasen las infracciones por separado).

En este punto es reseñable la STS 43/2018, de 25 de enero (Recurso núm. 10745/2016; RJ 2018\241), que cita la anterior STS 573/2016, en la que se, enjuiciando un caso de relaciones sexuales con un menor, aunque algunas relaciones podrían no estar condicionadas por la violencia o la intimidación, y calificables por tanto como abuso sexual y no como agresión sexual, recordaba que *“el art. 74 del C. Penal establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior, por lo que, en todo caso, el Tribunal actuaría correctamente al sancionar como delito continuado de agresión sexual la totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos -otros dos- que serían absorbidos por el conjunto del delito continuado”*. En este mismo sentido se pronuncia la STS 23/2017, de 24 de enero.

El artículo 74.2 CP establece un tratamiento específico para los delitos patrimoniales, señalando que *“si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*, y precisando a continuación que *“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”*.

Ha sido objeto de debate si, tras imponer la pena *“teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*, habría que aplicar el régimen previsto en el primer apartado del artículo, es decir, imponer la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Tras los Acuerdos de 18 de julio y 30 de octubre de 2007, considera el TS que sí, pues no estaría justificado un tratamiento penológico más beneficioso para los delitos continuados patrimoniales que para el resto. Y en este sentido se ha pronunciado la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (por ejemplo, en la STS 813/2009, de 7 de julio). No obstante, la regla del artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera

contraria a la prohibición de doble valoración, es decir, en aquellos casos en los que la pena ya haya sido incrementada atendiendo al perjuicio total causado por tratarse de delito continuado (criterio establecido en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda, de 30 de octubre de 2007), evitando así un trato privilegiado a los delitos patrimoniales frente al resto de delitos que encajan dentro del apartado primero del artículo 74 CP. Esto sucedía anteriormente, cuando, al tratarse de varias faltas, se originaba, por razón de la cuantía, la aparición de un delito. O cuando, al tener en cuenta el perjuicio total causado, ya se aplicaba alguna circunstancia agravante, como en casos de estafas de menos de 50.000 euros que, al sumarlas, conjuntamente determinan la aplicación de la agravación del art. 250.1.5 CP.

Así, la STS 828/2016, de 3 de noviembre (Nº de Recurso: 569/2016; RJ 2016\5205) se pronuncia en los siguientes términos:

“Como indica la sentencia núm. 474/2016, de 2 de junio, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 18 de julio de 2007 se estableció que «en los delitos continuados patrimoniales, lo previsto en el apartado segundo del artículo 74 CP constituye una regla no incompatible con el criterio general de punición de los delitos continuados previsto en el apartado primero de ese mismo artículo». A ello ha de sumarse lo decidido en el posterior Acuerdo de 30 de octubre de 2007, que dice así: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP, queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración». Con ambos Acuerdos se ha pretendido un doble objetivo. De un lado, resolver las incógnitas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. La idea de que esta categoría de delitos conoce una regla especial en el art. 74.2 CP ha animado buena parte de las resoluciones de esta misma Sala (SSTS núm. 155/2004, de 9 de febrero; 1256/2004, de 10 de diciembre; y 678/2006, de 7 de junio entre otras muchas). Con arreglo a este entendimiento, el art. 74.2 CP encerraría una norma especial que excluiría la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1 CP. Sin embargo, la experiencia aplicativa desarrollada bajo la vigencia de tal criterio ha puesto de manifiesto la conveniencia de reorientar esa interpretación, en la medida en que no existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial a la regla agravatoria prevista en el art. 74.1 CP. La ausencia de un verdadero fundamento que explique ese tratamiento privilegiado se hace mucho más visible en aquellos casos, por ejemplo, en los que un delito continuado de falsedad, de marcado carácter instrumental para la comisión de otro delito continuado de estafa, se venía sancionando con una gravedad que no afectaba, en cambio, al delito patrimonial. De ahí la importancia de la idea proclamada en el mencionado Pleno, con arreglo a la cual el

delito continuado también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de incorporar el delito patrimonial a la razón de política criminal que, con carácter general, proclama el art. 74.1 CP (SSTS núm. 284/2008, 26 de junio; 199/2008, 25 de abril; y 997/2007, 21 de noviembre). La idea que late en el Acuerdo obliga a concluir la exclusión del efecto agravatorio en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho. Así, por ejemplo, en aquellas ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado haya sido ya tomada en consideración para integrar acciones constitutivas de falta en un único delito continuado, no procederá el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 CP. Y otro tanto debe decirse de aquellos supuestos en que la suma total alcanzada por la acumulación de los episodios defraudatorios que abarca el delito continuado ya ha sido tomada en cuenta para apreciar el subtipo agravado del art. 250.1.5ª del C. Penal, sin que la cuantía individual de ninguno de ellos supere en cambio los 50.000 euros. En definitiva, se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1 CP, a aquellos supuestos en los que el importe total del perjuicio haya determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación. En esta situación, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1 C. Penal implicaría el menoscabo de la prohibición constitucional de «bis in ídem», infringiendo así la medida de la culpabilidad predicable del autor (SSTS 173/2012, de 28 de febrero; 292/2013, de 21 de marzo; y 540/2013, de 10 de junio)».

En cuanto al delito masa, el artículo 74.2 establece que “*si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas*”, el juez impondrá la pena superior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente. Para determinar si se eleva la pena en uno o dos grados, hay que tener en cuenta la notoria gravedad y la existencia de una generalidad de personas perjudicadas.

También en este caso surgen problemas cuando el delito por el que se condena ya contiene un subtipo agravado en función del perjuicio o del número de afectados, como sucede con el delito de estafa o el delito de apropiación indebida, pues si se parte de la agravación prevista en el subtipo, se estaría valorando dos veces el perjuicio causado al elevar de nuevo la pena (según lo previsto para el delito masa) y se estaría incurriendo en un *non bis in ídem*. A este respecto, Sanz Morán propuso mantener una regulación específica para los fraudes colectivos en el delito de estafa, prescindiendo de la regulación general.

3. Supuestos de pluralidad delictiva: el concurso de delitos.

3.1. Caracterización.

Hasta aquí he venido analizando los supuestos en los que, pese a la apariencia contraria, solamente hay una infracción criminal, un delito singular. Los supuestos de concurso de delitos son aquellos en los que el comportamiento de un sujeto puede enjuiciarse como la realización de varias infracciones criminales²⁵ y, frente al concurso de leyes, en estos casos es necesario aplicar todas las figuras concurrentes para poder llegar a captar en su totalidad el desvalor jurídico-penal del suceso concreto.

En algunos Ordenamientos jurídicos no se distinguen diferentes tipos de concurso de delitos (así sucede en Francia, Suiza, Portugal o Austria), pero en otros Ordenamientos, como el español (o el italiano o el alemán), sí se realiza una distinción en función de si las infracciones se han cometido a través de una sola acción o mediante varias; y así, se diferencia entre:

- Concurso ideal de delitos: un solo hecho es calificado como delitos distintos.
- Concurso medial de delitos: varios hechos en los que un delito es medio para cometer otro delito.
- Concurso real de delitos: varios hechos independientes que dan lugar a los correspondientes delitos.

Estas figuras están recogidas en el CP bajo la rúbrica “*Reglas especiales para la aplicación de las penas*” (Sección 2ª, Capítulo II, Título III del Libro I del CP). Como en el Ordenamiento jurídico español no se otorga un tratamiento unitario al concurso de delitos, en nuestro Código penal se regula de forma diferenciada el concurso real de delitos (arts. 73, 75 y 76 CP), el concurso ideal y medial (art. 77 CP), así como el delito continuado y el delito masa, referidos anteriormente, que son supuestos de infracción única. En esta sección se incluye también el artículo 78 CP, vinculado parcialmente con el concurso de delitos y referido a la aplicación de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, acceso al tercer grado y libertad condicional. Finalmente, la LO 1/2015, de reforma del Código penal, ha incluido en este capítulo el artículo 78 bis, que recoge reglas relativas al tercer grado y a la libertad condicional en los casos en que, junto a la pena de prisión permanente revisable, se hayan impuesto otras penas.

La regulación del concurso de delitos en el Código penal de 1995 siguió el esquema tradicional recogido en códigos anteriores y las posteriores reformas que se han llevado a

²⁵ Tras la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se suprimen las faltas, el término “infracciones” hace referencia únicamente a delitos, ya sean delitos graves, menos graves o leves.

cabo tampoco han incidido en este punto. La reforma llevada a cabo en el CP a través de la LO 7/2003, de 30 de junio reflejaba el ánimo del legislador en el llamado “cumplimiento efectivo de las penas”, que ha supuesto penas cada vez más largas y requisitos cada vez más estrictos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. Este deseo del legislador encuentra su máxima expresión con la reforma efectuada por la LO 1/2015, que introduce la pena de prisión permanente revisable.

Para que se dé un concurso de delitos no es suficiente con que en un mismo sujeto concurra la realización de dos o más delitos, sino que es necesario que ninguno de los delitos haya sido enjuiciado con anterioridad a la comisión de los otros. Así, siguiendo a Mir Puig,²⁶ existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos.

Por tanto, son dos los requisitos que han de concurrir en un concurso de delitos: pluralidad delictiva, y que entre la comisión de unos delitos y otros no medie una sentencia condenatoria referida a alguno de ellos.

Como se ha referido, estos distintos delitos pueden proceder de una misma acción o de varias acciones independientes, apareciendo así la tradicional distinción entre concurso ideal (o formal) y concurso real (o material) de delitos, respectivamente. Además de estas dos categorías, existe otra categoría cuya naturaleza es muy discutida: el concurso medial.

Cabe destacar en esta cuestión referida a las diferentes clases de concursos la STS 520/2017, de 6 de julio (Nº de Recurso: 113/2017; RJ 2017\4134), que señala “*Asimismo dentro del concurso de delitos se debe distinguir entre el concurso ideal propiamente dicho que presupone la existencia de una unidad de acción que puede ser subsumida bajo más de un tipo penal en sentido objetivo y se produce no solo en el caso de que el acto único produce un único resultado pero varias violaciones jurídicas, sino también en el caso de que un mismo acto produzca varios resultados, ya homogéneos, ya heterogéneos y el concurso medial (concurso ideal impropio, cuando se comete un hecho delictivo como medio necesario para cometer otro. Concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental; que es una modalidad del concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos) sancionado como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos) (SSTS. 1632/2002 de 9.10, 123/2003 de 3.2, 590/2004 de 6.5, 919/2004 de 12.7)*”.

²⁶ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 674.

3.2. Unidad de acción.

Dado que la distinción entre concurso ideal y concurso real gira en torno a la cuestión de si los delitos proceden de una o de varias acciones, es necesario determinar qué se entiende por “unidad de acción”.

Hay cierto consenso en entender que el concepto de “unidad de acción” de la teoría concursal no coincide con el concepto general de acción de la teoría del delito, pero a partir de ahí surgen las divergencias de opinión.

La “unidad de acción” del concurso ideal se caracteriza, según Sanz Morán²⁷, de un lado, por la presencia de una actuación o manifestación de la voluntad en el exterior - siendo irrelevante el número de resultados en sentido material- y, de otro, por la identidad, al menos parcial, de la actividad típica ejecutiva, del proceso ejecutivo recogido en los tipos correspondientes. Esto es importante porque el dato fundamental para determinar la existencia de un concurso ideal entre dos delitos es precisamente la coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos o proceso ejecutivo que están previstos en la base de los mismos. Ambos procesos de ejecución se comportan, por tanto, como círculos secantes: los “hechos” se cortan, presentando una zona común (los diferentes tipos penales tienen un ámbito en el que se cortan, se superponen).

Por el contrario, en el concurso real o material los delitos que concurren no tienen en su base una sola acción en el sentido señalado anteriormente, es decir, no existe identidad, al menos parcial, en los correspondientes procesos ejecutivos; esto es, en el concurso real existen “varias acciones” cuando haya una pluralidad de exteriorizaciones de la voluntad susceptibles de integrar el presupuesto de otros tantos tipos penales, siempre que no exista intersección entre las acciones ejecutivas de los tipos concurrentes, más allá de que sean cometidas por el mismo sujeto y de que se dé una unidad de enjuiciamiento.

Recientemente, el TS, en la sentencia núm. 13/2018, de 16 de enero (Recurso núm. 10286/2017), ya citada en varias ocasiones, ha señalado al respecto que *“la Jurisprudencia de esta Sala es reiterada en expresar que la unidad de hecho o de comportamiento no siempre es el reflejo de una individualidad natural, esto es, de una única actuación u omisión que afecta a la realidad exterior, sino que puede apreciarse en aquellos otros supuestos en los que varios hechos lesionan del mismo modo el bien jurídico tutelado por las distintas normas concurrentes, en lo que se conoce como unidad jurídica de acción*

²⁷ Véase Sanz Morán, A.J., “El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa”, Valladolid, 1986, pág. 145 y ss. y 212 y ss. Tomo la referencia de Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad...”, op. cit., pág. 40.

(SSTS 1323/09, de 30 de diciembre o 379/2011, de 19 de mayo , entre muchas otras)” (FJ Segundo).

3.3. Tratamiento penológico.

Antes de analizar a fondo cada una de las categorías de concurso de delitos, conviene hacer una referencia a los diversos criterios o sistemas que existen a la hora de la determinación de la pena en cada supuesto²⁸:

a) Principio de acumulación:

También llamado principio de acumulación material o aritmética (*quot delicta, tot poenae*), consiste en determinar por separado las consecuencias jurídicas propias de cada uno de los delitos concurrentes, adicionándose las penas resultantes a la hora de determinar la pena global a imponer.

La justificación de este principio o sistema se encuentra en la idea de retribución de la pena, entendiéndose que, de no seguirse este sistema, se estaría premiando al delincuente que comete muchos delitos, pues vería que determinadas penas previstas para ciertos delitos dejarían de imponerse o se verían reducidas solo por la realización de otros delitos. Además, este criterio es el único que garantiza, conforme al principio de seguridad jurídica, el cálculo de las consecuencias penales de una manera cierta.

En cualquier caso, la ventaja fundamental de este principio, que es indiscutible, es que sirve para fijar el límite máximo de punición en caso de concurso de delitos. Y esto es así porque, cualquiera que sea el sistema o criterio elegido de determinación de pena, en ningún caso se podrá superar el límite máximo de la acumulación material (adición de las penas previstas por separado para cada delito) pues, de superarse, se estaría abandonando el principio de culpabilidad por el hecho para pasar a un sistema de prevención especial, entendiéndose que el concurso de delitos es un indicio de la peligrosidad social del autor.

El inconveniente más alegado es la imposibilidad, en muchos casos, de su cumplimiento total en la práctica, bien por razones de incompatibilidad entre las diversas clases de pena o bien por la gran magnitud de las penas, que en los casos de penas privativas de libertad las convertirían en una privación de libertad perpetua y en los casos

²⁸ Véase por todos Cuerda Riezu, A., “Concurso de delitos y determinación de la pena”, Madrid, 1992, *passim* y “El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, 1991. Tomo las referencias de Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad de delitos...” págs. 45 y ss.

de penas pecuniarias las convertirían en una auténtica confiscación de bienes del autor. Algunos autores, como Cuerda Riezu, Sanz Morán, Morillas Cueva o Cuello Contreras cuestionan este principio por entender que produce un efecto distorsionador de los fines de la pena, esto es, de los efectos preventivos de la pena.

En lo que se refiere a la acumulación de las penas privativas de libertad, se señala por los autores que una acumulación material simple, sin ningún tipo de límite, es contrario al artículo 25.2 de la Constitución española (CE), donde se determina que las penas privativas de libertad están orientadas a la reinserción social del autor, y al artículo 15 CE, que prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 25 CP:

“2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Artículo 15 CE:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Se señala también, en contra de la acumulación material, el descrédito que comportaría para la Administración de Justicia la imposición de penas de imposible cumplimiento, o el efecto negativo que tendría en el reo, señalando algunos autores que a medida que aumenta la duración de la pena, aumenta su intensidad (otros autores, en sentido contrario, señalan que la mayor duración de la pena implica una habituación al dolor que supone la pena, por lo que no debería entenderse este argumento como un inconveniente de este principio de acumulación material).

Aunque por los inconvenientes planteados apenas se recoge ya en las regulaciones actuales, todavía algunos Códigos penales utilizan este sistema, aunque estableciendo ciertos límites para evitar la imposición de penas desmesuradas. Así, en el caso de España, el legislador, lejos de prescindir de este principio o sistema, profundiza en él al introducir la pena de prisión permanente revisable en la última reforma operada en el CP por la LO

1/2015, de 30 de marzo -y ello, aunque se hayan querido obviar las dudas sobre su inconstitucionalidad incluyendo la revisión de la pena-. Se analizará posteriormente en el ámbito del concurso real de delitos.

b) Principio de absorción:

Contrario al de acumulación, consiste en imponer, de entre todas las penas correspondientes a las distintas infracciones, únicamente la pena que corresponde a la infracción más grave. Este principio presenta también ciertas ventajas e inconvenientes.

A favor de este principio cabe reconocer principalmente su simplicidad de aplicación. Es también reseñable su compatibilidad con el sentido de reinserción social del autor de las infracciones, pero ello se efectúa a costa de perder de vista la correlación entre pena y delito, contradiciendo así la idea de retribución de las penas y de prevención general. Así, como inconvenientes, se pueden señalar:

- a. Casos en los que se viola varias veces un mismo precepto penal (por ejemplo, una bomba que produce varias muertes), pues no alcanza a captar toda la gravedad del supuesto.
- b. Casos en los que los preceptos violados presentan marcos penales y consecuencias accesorias penales distintas, pues no se permite imponer el límite mínimo o la consecuencia accesoria más grave de la infracción descartada.
- c. Casos en los que un sujeto, a sabiendas de que se le impondrá la pena más grave, sigue cometiendo delitos de menor entidad, pues no tendrá ninguna repercusión, lo que lleva a una impunidad de los delitos menos graves.

c) Principio de exasperación:

También llamado principio de asperación, consiste en establecer una pena para cada una de las infracciones cometidas, en función de los marcos previstos para cada infracción en particular, pasando posteriormente a identificar la pena más grave de todas las previstas y a elevarla por encima de su marco penal en atención a las restantes infracciones también

cometidas, siendo el resultado la pena que se aplica, sin que en ningún caso pueda alcanzar la suma de todas las penas individuales previamente determinadas (esto es, sin poder superar el sistema de acumulación).

Es importante señalar la diferencia que existe entre elevar la pena más grave de todas las previstas por encima de su marco penal propio, lo que corresponde al principio de exasperación, e imponer la pena más severa dentro del marco penal de la más grave de aquellas en que se haya incurrido, lo que corresponde al principio de absorción.

Es el sistema utilizado de forma extendida en el Derecho comparado para determinar la pena correspondiente al concurso real de delitos y presenta una ventaja fundamental: permite tener en cuenta todos los hechos, respetando la idea de prevención general, a la vez que evita las consecuencias indeseadas de la acumulación material señaladas anteriormente; además, posibilita una ejecución uniforme de la pena.

Este principio ha sido objeto de crítica por algún sector de la doctrina, al no considerarlo adecuado en la medida en que supone una rebaja de la pena a los sujetos que cometen gran cantidad de delitos. No obstante, el inconveniente que más se ha resaltado es la dificultad de aplicación, al tenerse que determinar primeramente las penas singulares, frente a la utilización de métodos más directos, como proponen los partidarios de la denominada “pena unitaria”, a la que realizaré una sucinta referencia.

La denominación “sistema de pena unitaria” tiene distintas acepciones, siendo la acepción referida a los concursos de delitos la que aquí nos interesa. Así, se utiliza la expresión “sistema de pena unitaria” para denominar un modo autónomo de punición del concurso de delitos que prescinde del número de infracciones cometidas y de la correlativa asignación de penas a cada uno de esos delitos. En este método, a diferencia de los anteriormente mencionados, no es necesario averiguar las penas individuales correspondientes a cada delito cometido, pues se fundamenta en la unidad del autor, sin tener en cuenta la existencia de varias infracciones. Esta cuestión sobre el tratamiento del concurso estuvo en el centro de la discusión alemana anterior a la reforma de la parte general del Código penal.

El principal reproche que se le hace a este principio es que puede comportar el abandono del principio de responsabilidad, con el consiguiente riesgo de caer en un Derecho penal en el que el único objeto de enjuiciamiento sea el autor. Así lo señala Cuerda Riezu: “cuando la pena unitaria es solo el reflejo más o menos aproximado de una

pluralidad de infracciones y no el resultado que se deriva de combinar las penas individuales, lo único que sintetiza esa pluralidad de infracciones es el responsable de las mismas, convirtiéndose su personalidad y su conducta de vida en el auténtico objeto de enjuiciamiento”.²⁹

Algunos autores, como Mir Puig,³⁰ utilizan la denominación “principio de acumulación jurídica” para referirse también a este principio de exasperación, aunque otros, como Sanz Morán³¹, entienden que son dos principios distintos, señalando que en el principio de acumulación jurídica se parte de la suma de las penas individuales previstas para cada delito, pero fijando límites (absolutos o relativos) al cumplimiento de las penas impuestas, como sucede con el artículo 76 CP. Considera este autor que este principio es una variante del principio de acumulación material, pero dirigido a salvar el problema de la incompatibilidad de las penas o de la imposibilidad de establecer penas imaginarias, imposibles de incumplimiento, y en este sentido, hace referencia³² a Cuerda Riezu, quien señaló que “los límites no son sino un mal parche para un gran descosido, como es la acumulación”.

d) Principio de combinación (de marcos penales):

Este principio aparece generalmente como complementario de los criterios de absorción o exasperación, con los que no es incompatible, y toma como punto de partida los marcos penales correspondientes a cada una de las infracciones penales, para construir un nuevo marco penal. El límite mínimo se fija a partir del más alto de los límites mínimos previstos, y el límite máximo se fija a partir del más alto de todos los límites máximos previstos. Este límite máximo se puede incrementar conforme al principio de exasperación -de ahí su no incompatibilidad- y, en los casos en los que el límite máximo coincida con el de la infracción más gravemente penada, se acercará al principio de absorción. Nada impide que se tengan en cuenta también penas accesorias y otras consecuencias, por lo que tiene la ventaja de evitar injustos privilegios.

²⁹ Véase Cuerda Riezu, A., “El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, en ADPCP, 1991, pág. 834. Tomo la referencia de Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad...”, op. cit., pág. 52.

³⁰ Véase Mir Puig, S., “Derecho penal. Parte general”, op. cit., pág. 680.

³¹ Véase Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad...”, op. cit., pág. 48.

³² Véase Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad...”, op. cit., pág. 48.

Como señala Sanz Morán³³, en el Derecho comparado algunos Códigos optan por un tratamiento jurídico unificado de las diversas modalidades concursales, inclinándose básicamente por el criterio de la absorción o por el de la asperación, generalmente complementados por la combinación de marcos penales en orden a la imposición de consecuencias accesorias o límites mínimos más altos que los previstos en los distintos tipos concurrentes. Se considera la concurrencia de una pluralidad de delitos (sea la modalidad de concurso de delitos que sea) como una circunstancia agravatoria de la responsabilidad del reo, que opera sobre la pena del delito más grave y, eventualmente, puede elevar su marco penal propio. Esta equivalencia en el tratamiento de todas las modalidades concursales, junto con el margen dejado al arbitrio judicial, generoso en la mayor parte de los casos, hace que carezcan de relevancia práctica algunas cuestiones, muy controvertidas en otros contextos, como el delito continuado.

Por su parte, los códigos que no ofrecen un tratamiento unitario de las distintas modalidades concursales contemplan generalmente para el concurso ideal el criterio de absorción, mientras que para el concurso real se inclinan por el principio de asperación. En ambos casos se suelen tomar en consideración (en el sentido del principio de combinación) el mínimo penal más elevado, además de otras consecuencias accesorias.

Además, normalmente se establecen dos límites absolutos, independientemente de cuál sea la clase de concurso, al objeto de no superar el criterio de acumulación material y no superar el máximo de la correspondiente clase de pena; y se establecen también una serie de reglas complementarias relativas a los criterios de equivalencia entre penas de distinta naturaleza, o a las pautas para la suspensión de la ejecución de las penas en casos de pluralidad de delitos, o al denominado “concurso posterior o adicional”, al que posteriormente haré referencia en el ámbito del concurso real.

La cuestión del tratamiento uniforme o diferente de los diferentes tipos de concurso es fundamental en clave político-legislativa. A favor de la separación de tratamientos se aportan dos argumentos:

1. Si el concepto de “unidad de acción” parte de una única exteriorización volitiva, el concurso ideal se caracteriza por un único momento de rebelión frente al orden jurídico, mientras que en el concurso real el número de delitos, independientes unos de otros, puede ser muy considerable, por ejemplo, en el caso de que no se atrapara al sujeto activo.

³³ Véase Sanz Morán, A.J., “*Unidad y pluralidad...*”, op. cit., pág. 53.

2. Si el concurso ideal supone una identidad al menos parcial de los actos típicos ejecutivos previstos en los preceptos penales concurrentes, se deberá imponer una pena menor que para el caso de concurso real, en los que las infracciones no coinciden, siquiera parcialmente, en el proceso ejecutivo que conduce a ellas, pues en caso contrario se estaría vulnerando el principio de *non bis in ídem*.

Como señala Sanz Morán³⁴, este segundo argumento ha sido desarrollado en la doctrina penal española por Cuerda Riezu, ayudándose de las contribuciones de Puppe. En palabras del propio Cuerda Riezu “el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto que el concurso real, en cuanto que una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto y, en consecuencia, no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impide el *non bis in ídem* y el principio de proporcionalidad”. Añade más adelante que “el principio *non bis in ídem* exige que el legislador, en el momento de optar por una consecuencia jurídica para el concurso ideal, se tenga que mover 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”.

Sin restar valor a estos dos argumentos a favor de la separación de tratamientos entre concursos, lo cierto es que las grandes dificultades que se presentan en los casos extremos, a la hora de distinguir entre unidad y pluralidad de acciones (y, por tanto, entre concurso ideal y concurso medial), aconsejan que las consecuencias punitivas de cada categoría de concurso no sean muy diferentes.

Una vez introducida la cuestión del concurso de delitos, con alusión obligatoria al concepto de unidad de acción y a los sistemas de determinación de la pena, expondré seguidamente los distintos tipos, comenzando por el concurso ideal de delitos, siguiendo por el concurso medial, para finalizar con el concurso real de delitos.

3.4. Concurso ideal.

3.4.1. Supuesto de hecho.

³⁴ Véase Sanz Morán, A.J., “Unidad y pluralidad...”, op. cit., pág. 44.

El concurso ideal (llamado por parte de la doctrina también concurso ideal propio, en contraposición al concurso medial o concurso ideal impropio, al que luego me referiré) está regulado en los apartados 1 y 2 del artículo 77 CP.

Artículo 77:

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Se da este tipo de concurso cuando una sola acción (unidad de acción) infringe varios preceptos penales o varias veces la misma disposición (pluralidad de delitos); esto es, cuando un hecho constituye dos o más delitos, ya sea por infringir varios preceptos penales o por infringir varias veces la misma disposición. Así, se distingue respectivamente entre:

- Concurso ideal heterogéneo, en los casos en los que un hecho realiza delitos distintos (infringiendo preceptos penales distintos), como ocurre cuando una bomba de un terrorista mata y produce daños materiales;
- Y concurso ideal homogéneo, en los casos en los que un hecho realiza varios delitos iguales (cuando lesiona varias veces el mismo precepto penal), como sucede con la bomba que mata a varias personas.

Son ejemplos de este tipo de concurso el caso del funcionario de correos que se apodera del contenido de un sobre, y realiza así dos delitos: delito de infidelidad en la custodia de documentos y delito de hurto (concurso ideal heterogéneo); o del sujeto que pega a una autoridad mientras esta desempeña las funciones de su cargo, dando lugar a un delito de lesiones y a un delito de atentado contra la autoridad (concurso ideal heterogéneo); o del lanzamiento de una granada que mata a varias personas (concurso ideal homogéneo, pues concurren varios asesinatos, que son delitos iguales).

No cabe valorar igual una acción que produce un solo delito, que una acción que produce varios delitos, pues si en este segundo caso se aplicara solamente uno de los tipos delictivos, no se agotaría la valoración plena del complejo delictivo.³⁵

Y es precisamente esta la diferencia del concurso ideal con el concurso de normas, pues en el concurso de normas aparentemente son aplicables varios preceptos penales pero, tras su interpretación, se deduce que solo uno de ellos es realmente aplicable, mientras que en el concurso ideal todos los preceptos penales infringidos son efectivamente aplicables para valorar el contenido del injusto en su totalidad. Así pues, se deben aplicar simultáneamente todos los tipos delictivos realizados por la acción (según el artículo, “un solo hecho”), aunque luego en la determinación de la pena se sigan ciertos criterios distintos de la mera acumulación de las penas previstas para cada uno de los delitos. A la hora de aplicar este precepto debe establecerse qué se entiende por “un solo hecho”, que equivale al concepto de unidad de acción citado anteriormente.

Aunque la mayoría de la doctrina considera que el art. 77 CP regula ambas clases de concurso ideal, tanto homogéneo como heterogéneo, existen distintas opiniones respecto al primero de ellos. Así, algunos autores, como Geerds, entienden que se trata de un único delito (“cuando con la acción de arrojar una bomba se causa la muerte a varias personas, estaremos solo ante un homicidio de gran volumen”). Otros, como Mir Puig³⁶, señalan que un solo hecho no puede dar lugar a varios delitos iguales, pues entienden que para lesionar dos o más veces un mismo bien jurídico es necesaria la concurrencia de hechos distintos; por ejemplo, para la comisión de dos o más homicidios dolosos es necesario más de un hecho de causación de muerte dolosa, entendiéndose este autor que se trata de un concurso real, por lo que considera que el art. 77.1 solo se refiere a los casos en los que un solo hecho vulnera varios bienes jurídicos, tratándose, en caso contrario, de un concurso real. Este autor se basa en que, salvo en los delitos de simple actividad, los tipos no solo describen conductas, sino que exigen incorporar resultados (así sucede en los delitos de resultado). De este modo, “cuando mediante una sola conducta (como colocar una bomba) el sujeto dirige su acción dolosamente a la causación de varias muertes, realizará no solo un hecho de homicidio, sino tantos hechos de homicidio cuantas muertes haya ocasionado o intentado dolosamente”.³⁷ Afirma este autor que solo pueden lesionarse dos o más veces

³⁵ Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., “*Derecho penal...*”, op. cit., pág. 498.

³⁶ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 675.

³⁷ Véase Sanz Morán, A.J., “*Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial*”, en Silva Sánchez, J.M., Queralt Jiménez, J.J., Corcoy Bidasolo, M., Castiñeira Palou, M.T. (coordinadores), “*Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*”, edición única, (Bdef), 2017, pág. 866.

un mismo bien jurídico mediante la concurrencia de hechos distintos, señalando además que un solo hecho no puede merecer dos o más valoraciones iguales desde idéntica perspectiva sin vulnerar la prohibición de *bis in ídem*.

Asimismo, indicaba Mir Puig en sus primeros trabajos que el artículo 77 CP alude a la pena prevista para la infracción más grave, por lo que cabe entender que los delitos concurrentes deben tener distinta gravedad. No obstante, en la última (10ª) edición de su Parte General desaparece este argumento.

La jurisprudencia española había venido ofreciendo distintas soluciones al respecto, decantándose en la década de los ochenta del pasado siglo por la tesis, mayoritaria en la doctrina, que admite el concurso ideal pese a la pluralidad de resultados (homogéneos o heterogéneos) en sentido natural, como puede apreciarse en la STS de 23 de abril de 1992, relativa al “caso de la colza”. Posteriormente, tuvo lugar un punto de inflexión en la posición seguida por el TS a través de la STS 861/1997, de 11 de junio, donde se establece que si el sujeto activo persiguió con dolo directo la producción de los distintos resultados típicos se trata de un concurso real, mientras que si la proyección subjetiva hacia el resultado lo es a título de dolo eventual se tratará de un concurso ideal.

Ya a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala segunda del TS de 20 de enero de 2015, en el que se analiza el caso de una sola acción que produce la muerte de varias personas, la Sala de lo penal se posiciona a favor de entender el concurso ideal homogéneo como un concurso real de delitos señalando que *“los ataques contra la vida de las personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76), salvo la existencia de regla penológica especial”*.

La STS 717/2015, de 29 de enero (RJ 2015, 759), primera de las que aplican este Acuerdo, recoge varios argumentos en favor de la tesis del concurso real, para finalmente decantarse porque el concurso real hace referencia a una cuestión de proporcionalidad de la pena, pues el artículo 77 no permite tener en cuenta los resultados plurales al prever solamente la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, siendo muy diferente la causación de uno o varios resultados típicos. No obstante, como pone de manifiesto el voto particular discrepante de uno de los Magistrados que formaron la Sala que dictó esta sentencia (Varela Castro), sigue sin explicarse cómo el carácter homogéneo o heterogéneo de los delitos realizados en unidad de acción puede provocar que estemos ante una u otra clase de concurso.

Ulteriormente, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de mayo de 2016 considera, en materia de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, que hay que *“sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”*. La STS 538/2016, de 17 de junio, en aplicación de este acuerdo, determina que la existencia de tantos delitos como víctimas es consecuencia de la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido en el tipo (la dignidad humana) y que esta pluralidad de delitos constituya un concurso real se deriva del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de enero de 2015. Ahora bien, señala la sentencia que, como en el caso concreto los delitos de trata de seres humanos están en relación instrumental con los delitos de coacción a la prostitución, para evitar *“exasperaciones que podrían resultar desmesuradas”* se recurre a la literalidad de la nueva regla penológica introducida en la reforma penal de 2015 en el artículo 77.3 CP para el concurso medial, incrementando en muy poco, en cada una de las conexiones mediales, la pena correspondiente al delito más grave, sin llegar a la imposición de la misma en su mitad superior.

3.4.2. Consecuencia jurídica.

Antes de la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el art. 77 CP equiparaba el tratamiento del concurso ideal y del concurso medial, pero tras la reforma se establecen dos formas distintas de determinación de la pena aplicable, según se trate de un concurso ideal o de un concurso medial.

Se dispensa un trato más favorable al concurso ideal que al real, pues en el concurso ideal solo concurre un hecho. Así, en el concurso real se sigue el principio de acumulación material mientras que en el concurso ideal se sigue el principio de absorción con agravación, ya que se impone la pena correspondiente a la infracción más grave, pero en su mitad superior, salvo que resulte más beneficioso para el reo acudir a la suma de las penas concretas previstas para las distintas infracciones cometidas (acumulación material), y así lo determina el apartado segundo del artículo 77:

“2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

Aunque algún sector de la doctrina ha entendido que el precepto recoge una concreción del principio de asperación, la mayor parte considera que se trata del principio de absorción con agravación, pues en ningún caso se rebasa la pena prevista en la ley para el delito más grave de los que concurren idealmente: así, tomando como punto de partida la pena correspondiente al delito más grave, se considera una circunstancia agravatoria el hecho de que el sujeto haya lesionado también otros preceptos penales, siendo la pena resultante inferior a la suma de las penas individuales correspondientes a cada delito.

El artículo suscita algunas dudas sobre cuál es el delito más grave. En principio, parece ser que la gravedad debe decidirse partiendo de la clasificación de penas del artículo 33 CP, lo que no es del todo claro, pues la enumeración de las penas en dicho artículo no sigue un orden jerárquico en todo momento. Por ejemplo, no está claro que la privación del derecho a residir en determinados lugares (recogida en el apartado h del artículo) sea menos grave que la privación del derecho a la tenencia y porte de armas (recogida en el apartado g).

Además, respecto a la cuestión de si debe atenderse a las penas previstas en abstracto en el tipo penal o a las que en concreto resultan aplicables, cabe señalar que la solución se encuentra en un punto medio: el juez o tribunal deberá determinar, sin llegar a una individualización completa (esto es, sin atender a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de eficacia general, ni al arbitrio judicial), cuál es la pena más grave de todas en las que se ha incurrido, situándose en su mitad superior e individualizándola, para fijar después de manera concreta las restantes penas y, una vez obtenida la suma total, efectuar la comparación.

Según parte de la doctrina, al seleccionar la pena prevista para la infracción más grave deben tenerse en cuenta las reglas de determinación de la pena relativas a los grados de ejecución y formas de participación, si bien, según otro sector, hay que acudir también a las reglas relativas a las circunstancias que se den en el caso.

En la jurisprudencia se suele acudir al marco penal abstracto, teniendo en cuenta las reglas aplicables a la tentativa y, una vez calculada la mitad superior, se valoran las circunstancias atenuantes y agravantes conforme al artículo 66 CP (STS 513/2006, de 5 de mayo (RJ 2006, 3148)).

Por lo demás, la expresión *“la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones”* ha de entenderse referida a las penas que hubiera impuesto

efectivamente el juez o tribunal, pues es la única vía para evitar un perjuicio injustificado al reo, que podría producirse si se entendiera que esa suma es del máximo disponible de cada una de las penas.

Este régimen sancionador del concurso ideal sirve tanto para la concurrencia, en unidad de acción, de delitos dolosos o imprudentes -imprudencia grave- (a diferencia de la regulación anterior al actual Código penal, pues debido al anterior sistema de incriminación de los delitos imprudentes por medio de cláusulas generales -ahora hay una tipificación particularizada de los mismos-, no se admitía la posibilidad de un concurso ideal de delitos imprudentes), como de otras categorías tales como la “preterintencionalidad” o la aberratio ictus, donde se suele entender un concurso ideal entre un delito doloso (el pretendido) y otro imprudente (el efectivamente realizado).

Es reseñable el caso del comportamiento imprudente (con imprudencia grave, pues es la única modalidad de imprudencia que puede llegar a ser castigada con pena de prisión) que da lugar a una pluralidad de víctimas (o delitos), como en el caso de un comportamiento imprudente que produce varias muertes, o de homicidio imprudente con lesiones también imprudentes, pues desde el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 20 de enero de 2015, el primer caso (comportamiento imprudente que produce varias muertes) se considera concurso real de delitos mientras que el segundo caso (comportamiento imprudente que produce homicidio imprudente junto con lesiones imprudentes) es considerado concurso ideal heterogéneo (pues, como se ha señalado con anterioridad, no admite el TS el concurso ideal homogéneo).

Son también frecuentes los casos de tentativa de homicidio doloso y homicidio imprudente (caso del desvío relevante) o la tentativa de lesiones dolosa y homicidio imprudente, no quedando claro si se trata de un concurso ideal o de un concurso aparente de leyes penales.

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS núm. 280/2017, de 19 de abril (Recurso núm. 10746/2016; RJ 2017\2375), en la que, resolviendo sobre el concurso entre un delito de incendio y dos delitos de homicidio en grado de tentativa, señala en el Fundamento Jurídico Tercero:

“(...) respecto a la concreta calificación en estos supuestos en que como consecuencia de un incendio concurren otras infracciones contra la vida o la integridad física (...) la solución jurisprudencial ha sido

entender que existe un concurso delictivo, generalmente de naturaleza ideal entre un delito de incendio consumado y las infracciones contra la vida o la integridad física.

Así en un supuesto similar al de autos, la STS 653/2004, de 24 de mayo, donde el acusado había prendido fuego al almacén situado debajo de la vivienda donde residían las víctimas, mientras éstas se encontraban dormidas, casando la sentencia de instancia, declaró la existencia de dos delitos de asesinato intentado, tipificados en los arts. 139.1 ° y 16.1 CP, que absorben el delito de peligro del art. 351.1 CP y además, otro de incendio del art. 351 párrafo segundo, que remite a la penalidad al art. 266 CP, donde la concurrencia de ambos tipos penales lo será de acuerdo a las normas que regulan el concurso ideal de delitos del art. 77 CP.

Incluso, cuando el fuego se aplica directamente sobre la persona, cabría la calificación de autos, si nos atenemos al criterio de la STS 63/2006, de 31 de enero, donde se mantuvo la calificación de la Audiencia, un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso ideal con otro de incendio (aunque con absolución del acusado por estimar la eximente de anomalía o alteración psíquica) en supuesto donde el condenado había rociado con alcohol a su madre prendiéndole fuego que le causó quemaduras en el quince por ciento de su cuerpo”.

Siguiendo el mismo criterio, la posterior STS núm. 539/2017, de 12 de julio (Recurso núm. 129/2017; RJ 2017\3612), en la que se discutía la aplicación por el tribunal de instancia de un concurso ideal entre el delito de asesinato intentado y el delito de incendio, “*entendiendo que aplicar un delito de incendio supondría una vulneración del principio “non bis in ídem” por ser incompatible la aplicación simultánea de ambos delitos, y se dice que el delito de asesinato con alevosía comprende la totalidad del injusto de la muerte dolosa mediante incendio*”, señala (FD Segundo):

“En supuestos similares al que ha sido enjuiciado en la presente causa, esta Sala se ha pronunciado por el concurso ideal entre el delito de incendio consumado y el delito contra la vida en grado de tentativa. Así, en la reciente Sentencia 280/2017, de 19 de abril, se declara que cuando, como consecuencia de un incendio, concurren otras infracciones contra la vida o la integridad física, la solución jurisprudencial ha sido entender que existe un concurso delictivo, generalmente de naturaleza ideal entre un delito de incendio consumado y las infracciones contra la vida o la integridad física. (...)”.

También se da el caso de concurso ideal cuando a través de una única acción que se omitió, el autor habría cumplido dos deberes garantes distintos, dándose entonces un concurso ideal entre los delitos de comisión correspondientes. Por ejemplo, el padre que, en un accidente doméstico y al no abrir la ventana, no salva ni a su hijo ni a su mujer de

perecer por asfixia. Si en el mismo caso de un accidente doméstico, el padre omite entrar varias veces en la casa para sacar a los demás miembros de su familia, tendría lugar un concurso real de delitos, pues a través de acciones distintas que el autor ha omitido llevar a cabo se infringen deberes diversos (se explicará más detalladamente al analizar el concurso real; baste señalar que es posible que se aprecie concurso real cuando concurre un delito imprudente y también cuando concurre un delito de omisión).

3.4.3. Concurso de concursos.

La doctrina admite un supuesto particular como de concurso ideal, el “concurso de concursos” (así Cuello Contreras)³⁸ o la “unidad de acción por efecto de abrazamiento” (así Mir Puig)³⁹, caso en el que concurren dos delitos en sí mismos independientes, pero cada uno de ellos se halla en concurso ideal con un tercer delito que opera como “abrazadera”. Esto es, dos delitos se superponen en parte a un tercero, pero sin sobreponerse entre sí.

El efecto de abrazamiento consiste en apreciar un concurso ideal entre los tres delitos, uno de los cuales opera como nexo de unión o enlace, abrazando a los otros. Este es el caso del sujeto que comete dos asesinatos con el propósito genocida del art. 607. En este caso, los asesinatos se encuentran en relación de concurso real entre sí, y el concurso real así formado se encuentra en concurso ideal con el delito de genocidio (en este sentido, Díez Ripollés⁴⁰).

La doctrina dominante rechaza esta posibilidad cuando alguno de los delitos “abrazados” sea más grave que el delito “abrazadera”. En este sentido, se niega que el delito de conducir en estado de embriaguez opere como “abrazadera” en un concurso ideal con el delito de homicidio imprudente y el delito de huida del lugar del accidente, pues son mucho más graves. No obstante, esta posición no es seguida por toda la doctrina y así, Sanz Morán, García Albero o Roig Torres rechazan esta construcción.⁴¹

Por tanto, para que se admita concurso ideal entre los delitos, tiene que haber equivalencia valorativa en lo injusto, o el delito que abraza tiene que ser el más grave. Si el

³⁸ Véase Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., “*Curso de Derecho penal...*”, op. cit., pág. 240.

³⁹ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 676.

⁴⁰ Véase Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A., “*Derecho penal. Parte general...*”, op. cit., pág. 336.

⁴¹ Véase Escuchuri Aisa, E., “artículo 77”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), “*Comentarios al Código Penal*”, 1ª ed. Cizur Menor, (Aranzadi) 2015, tomo I, pág. 714.

delito común es menos grave, no se aplican las reglas del concurso ideal sino del concurso real, pues no estaría justificado un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el hecho de que se han realizado en unión de otro menos grave.⁴²

Es también posible, como señala Cuello Contreras,⁴³ que se dé el efecto abrazadera en los casos en los que interviene un delito imprudente, como en el caso de un delito contra la seguridad del tráfico y homicidio y/o lesiones imprudentes, resuelto, sin embargo, en el artículo 382 CP deshaciendo el concurso y determinando que *“los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado”*.

3.5. El concurso medial.

3.5.1. Supuesto de hecho.

El elemento que distingue el supuesto de hecho del concurso medial de delitos es la exigencia de una relación de medio a fin entre los delitos concurrentes. El origen histórico de esta figura se suele situar en los autores clásicos italianos (en particular, Carrara), que entendían que la intención unificaba ambas infracciones, quedando el delito medio absorbido en el delito fin.

Se regula en el inciso segundo del artículo 77.1 CP que, tras referirse al concurso ideal, señala *“o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”*. Así sucede, según la jurisprudencia, con la falsificación de un documento público, oficial o mercantil para cometer estafa.

En la ley se regula junto con el concurso ideal propio y por eso, ciertos autores, como Muñoz Conde o Cuello Contreras, entienden el concurso medial como concurso ideal impropio o concurso ideal-medial, mientras que otros autores, como Mir Puig, entienden el concurso medial como un concurso real al que se le da un tratamiento más benigno por la conexión teleológica que existe entre los delitos; y en este sentido parece que va evolucionando la doctrina, pues realmente no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados pero íntimamente conectados por una relación teleológica de medio a fin. Se podría incluso decir que esta última es la posición seguida por la doctrina

⁴² Véase Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A., *“Derecho penal...”*, op. cit., pág. 343.

⁴³ Véase Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., *“Curso de Derecho penal...”*, op. cit., pág. 241.

mayoritaria, que critica que se equipare el concurso medial al ideal y reclama su punición conforme a las reglas del concurso real de delitos (quizá la reforma operada en 2015, al distinguir las consecuencias jurídicas del concurso ideal y del concurso medial, intenta responder a estas críticas generadas, aunque no lo consigue).

Más que un problema teórico, si hay o no unidad de acción, se trata de una cuestión práctica, sobre si se debe tratar bajo el criterio punitivo del concurso ideal o del criterio punitivo del concurso real. Y, probablemente, la equiparación antes de la reforma de 2015 con el tratamiento del delito ideal obedecía a que se consideraba (según la concepción de los clásicos, como Carrara) que constituiría una doble sanción de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en el plan del autor.

A la hora de entender cuándo se da una relación de medio entre una infracción penal y otra, se entendía en un principio (así Pacheco)⁴⁴ que ello solo ocurría cuando en ningún caso, por su propia naturaleza, podría llegar a cometerse el delito fin sin el delito medio (lo que chocaba con el principio de consunción del concurso de normas, pues el concurso de normas impide la presencia de un concurso de delitos cuando un delito ha de acompañar necesariamente al otro, ya que si siempre que se comete el delito fin se realiza también el delito medio, el delito fin consumiría al delito medio, pues en caso contrario se vulneraría el principio de *non bis in ídem* -así, Mir Puig y García Albero⁴⁵-). Se trataba, por tanto, de una necesidad en abstracto. Hoy en día, la jurisprudencia y la doctrina exigen una relación de necesidad, entendida en un sentido “real, concreto y restrictivo”, de tal manera que debe existir objetivamente y no basta con que en el plan del autor se conciban como delitos relacionados, sino que es preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito, que esté tipificado como tal de forma independiente. Por tanto, no basta con que las diversas acciones estén conectadas por un propósito delictivo previo, sino que es necesario que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales.

Es por ello que si el desvalor que representa uno de los delitos es tenido en cuenta en la configuración de otro delito (como en el caso del ataque a la libertad constitutivo de amenazas o coacciones, que es tenido en cuenta para configurar el delito de agresión sexual o robo), no se trataría de un concurso de delitos -en ninguna de sus modalidades-. En este sentido se ha pronunciado la STS núm. 62/2018, de 5 de febrero (Recurso 1446/2017; RJ

⁴⁴ Véase Mir Puig, S., “*Derecho penal. Parte general*”, op. cit., pág. 677.

⁴⁵ Véase Escuchuri Aisa, E., “artículo 77”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), “*Comentarios al Código Penal*”, op. cit., pág. 714.

2018\293), al señalar: *“Las amenazas instrumentales quedan absorbidas por el delito de agresión sexual mediante intimidación según reiterada jurisprudencia. Es exigencia del tipo esa intimidación que no puede propiciar por tanto otra infracción y, en consecuencia, una sanción aparte. Ya está valorada por el legislador al castigar el delito de agresión sexual cuyo suelo viene constituido por una intimidación que comporta siempre unas amenazas más o menos graves. Cabría un concurso real solo si las amenazas constituyen un aparte (STS 576/2015, de 5 de octubre); es decir, no van encaminadas a lograr doblegar la voluntad del sujeto pasivo para llegar al acceso carnal.”* (FD Noveno)

En la sentencia el Alto Tribunal enjuicia un caso de agresión sexual en concurso medial con lesiones del artículo 153 CP, y en el FD Octavo señala: *“a) Las lesiones psíquicas no pueden ser objeto de punición separada. Quedan subsumidas por la agresión sexual, como se sostuvo en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 10 de octubre de 2003”,* criterio que se ha plasmado en otros pronunciamientos jurisprudenciales; y *“b) En cuanto a las lesiones físicas, hay que atender al dato de si las causadas son o no, desde una apreciación razonable, inherentes a la agresión sexual. En el primer caso, se produce la consunción; solo se castiga el delito sexual (STS 7 de noviembre de 1997). En el segundo, se deberá apreciar un concurso de delitos (SSTS 3 de junio de 1996; 725/2005, de 9 de junio; y 892/2008, de 11 de diciembre)”*, remitiéndose a otras sentencias, como la STS 625/2010, de 6 de julio, o la STS 506/2008, de 17 de julio, que fija parámetros para diferenciar los distintos supuestos. Hace alusiones también al concurso real e indica al respecto que *“es posible el concurso real entre los delitos de agresión sexual y lesiones cuando estas últimas no son el medio comisivo para lograr la penetración típica. Pero cuando constituyen el mecanismo a través del cual se consigue el trato carnal, estaremos ante un concurso medial (subespecie del real, tradicionalmente asimilado al ideal)”*, posicionándose de esta manera en el sentido de entender el concurso medial como un concurso real, pese a la tradicional asimilación al concurso ideal. Y añade finalmente, respecto al concurso aparente de leyes penales, que *“No hay un concurso de normas si las lesiones no son las que inevitablemente pueden acompañar o resultan concomitantes a una agresión sexual. Si hay un resultado lesivo separable, que no sea producto del acceso carnal, sino medio para conseguirlo, debe propiciarse, por la diversidad de bien jurídico, una condena autónoma”*.

A la objetividad que ha de apreciarse en la relación de necesidad se ha referido el TS en su STS núm. 1837/2001, de 19 de octubre (RJ 2001\10176), señalando que la Sala *“ha reiterado que el medio necesario, como dice el artículo 77, no ha de entenderse bajo un 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 en apreciación racional de los*

hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción”.

Más recientemente, ha reiterado el TS su posición en la STS núm. 492/2016, de 8 de junio (Recurso de Casación núm. 10545/2015; RJ 2016\6699), en la que determina que *“la conexión entre ambas infracciones es una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente”*; o en la STS núm. 749/2016, de 11 de octubre (Nº de Recurso: 10807/2015; RJ 2016\4923), en la que recuerda que *“nuestra jurisprudencia ha señalado con carácter general que la inclusión de toda violencia en el plan del sujeto no basta para otorgarle carácter medial, puesto que la medialidad precisa una relación de necesidad instrumental objetiva: no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesario, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron (ver, entre otras, SSTS 201/2009 o 878/2009, ...)”*.

En la STS 297/2007, de 13 de abril (RJ 2007, 3136) se señala que debe efectuarse, en una consideración ex ante, el denominado “juicio hipotético negativo”, comprobando si en esa situación concreta el delito fin no hubiera podido producirse de no haberse cometido previamente el delito medio.

No obstante, como esta relación instrumental de medio a fin que se da entre los delitos es tan íntima, llegando al punto de que no se hubiese cometido un delito sin el otro, parte de la doctrina, como Muñoz Conde⁴⁶, entiende que se debe tratar como una unidad delictiva.

La misma STS núm. 749/2016, de 11 de octubre (Nº de Recurso: 10807/2015; RJ 2016\4923), referida anteriormente, recoge esta cuestión expresando que *“nuestra jurisprudencia ha admitido la unidad delictiva, y por ello el concurso de normas, (artículo 8 CP), cuando una infracción típica es inherente a la comisión de otro tipo delictivo. Así, en el binomio robo con violencia o intimidación (...)”* (FD Segundo). Por tanto, el criterio jurisprudencial en los casos en los que, para la comisión de un robo con intimidación, la víctima se ve privada durante un tiempo de su libertad ambulatoria, es que habrá concurso medial cuando la privación de

⁴⁶ Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., “Derecho penal...”, op. cit., pág. 499.

libertad constituya un medio necesario para la comisión del robo si la duración de la privación de libertad va más allá del tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo.

Resulta esclarecedora en este punto la reciente STS 60/2018, de 2 de febrero (Recurso 10474/2017; RJ 2018\309), cuyo FD Segundo dice:

“Es conocida la jurisprudencia que resuelve los supuestos en que coexiste robo y detención ilegal. Aquella ha diferenciado tres posibles supuestos básicos cuando se trata de la concurrencia de actos que pueden ser constitutivos de delitos de robo con intimidación y de detención ilegal. En primer lugar, cuando la detención es medio esencial e imprescindible para el apoderamiento y se produce exclusivamente durante el tiempo necesario para la ejecución del delito, incluyendo la huida del lugar. En segundo lugar, cuando la detención se prolonga más allá de la ejecución del robo. Y, en tercer lugar, cuando la detención ilegal no aparece instrumentalizada para la comisión del robo. En el primer caso, el delito de robo absorbe la privación de la libertad, que resulta inescindible del mismo, pues se entiende que la intimidación o la violencia propias del robo implican necesariamente la privación de la libertad de movimientos de la víctima durante la ejecución, debiendo resolverse como un concurso aparente de normas con aplicación del artículo 8.3 del Código Penal. En el segundo, se trata de un concurso real de carácter medial, al aparecer la privación de libertad como medio necesario para la comisión del robo, aunque por sus características presenta autonomía propia, más allá de la privación de libertad inherente al mismo acto de apoderamiento. Y en el tercer caso, al aparecer de forma relacionada pero independiente del acto de robo, la detención mantiene su propia sustantividad dando lugar a un concurso real de delitos (Vid por todas las SSTS 788/2017 de 7 de diciembre y 776/2017 de 30 de noviembre)”.

Este mismo criterio ya se había expresado anteriormente en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en la STS núm. 788/2017, de 7 de diciembre (Recurso núm. 10185/2017; RJ 2017\6208), recaída en un caso de robo con intimidación en casa habitada, y en la STS núm.190/2017, de 24 de marzo (Número de recurso 1762/2016; RJ 2017\1455), para un caso de concurso real entre un delito de robo con violencia o intimidación y detención ilegal; y en muchas otras sentencias, como la STS núm. 615/2016, de 8 de julio (Nº de Recurso: 19/2016; RJ 2016\3720), o la STS núm. 609/2013, de 28 de junio (Recurso de Casación núm. 10018/2013; RJ 2013\6433), al resolver casos concretos según el intervalo de tiempo de la detención ilegal.

También ha abordado la jurisprudencia el problema de las conexiones mediales encadenadas -cuando un delito es medio para cometer otro delito, que a su vez es medio para cometer un tercer delito-, descartando que pueda aplicarse el art. 77 tantas veces como

se aprecien los nexos de medio a fin, pues se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, y rechazando asimismo la posibilidad de entender un solo concurso medial en concurso real con el resto de delitos, que se castigarían de forma separada, pues se entiende que el sentido del art. 77 es el de unificar las infracciones que se encuentran en esta relación de medio a fin de forma objetiva necesaria. Así pues, la solución de la jurisprudencia es considerar un solo concurso medial para todos los delitos, asimilando esta solución a la posibilidad en los concursos ideales de entender una pluralidad de delitos (así, la STS 294/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 11374)).

3.5.2. Consecuencia jurídica.

Como se ha expuesto anteriormente, la reforma del CP operada en 2015 ha incidido en esta cuestión, y actualmente se recoge en el apartado tercero del repetido artículo 77, no coincidiendo el tratamiento ni con el sistema de absorción con agravación propio del concurso ideal, ni con el sistema de acumulación previsto para el concurso real. Dispone el precepto que *“se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”*.

En el concurso medial, como ocurre en el concurso ideal, si la pena resultante es superior a la pena que resultaría de castigar los delitos por separado, se aplica subsidiariamente la regla del concurso real de acumulación material.

Parece deducirse, y así lo ha manifestado el TS, que hay que determinar un nuevo marco penal, con un límite mínimo que venga determinado por la pena concreta prevista para la infracción más grave, a la vista de las circunstancias concurrentes, aumentada en un día (puesto que tiene que ser una pena superior), y cuyo límite máximo venga representado por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Además, por un lado, el TS descarta que el límite mínimo haga referencia a la pena superior en grado, lo que conllevaría una elevación excesiva de la pena; y por otro, determina que el límite máximo no puede exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito.

Como señalan, entre otras, las SSTS 863/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015\6438), 28/2016, de 28 de enero (RJ 2016\455), y 444/2016, de 25 de mayo (RJ 2016\6013), *“el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que iría desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto a la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo”*.

Por su parte, la STS núm. 891/2016, de 25 de noviembre (Nº de Recurso: 903/2016; RJ 2016\6094) indica al respecto (FD Octavo):

“(…) En efecto, el nuevo apartado tres del artículo 77 CP establece que cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro “se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada delito. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”

Como hemos señalado entre otras en STS 863/2015, de 30 diciembre, STS 786/2016, de 20 octubre o STS 330/2016, de 20 abril, este nuevo régimen punitivo es más favorable para el penado y, en consecuencia, debe aplicarse retroactivamente. (...)”

La previsión del artículo obliga a determinar cuál de los delitos es el más grave, teniendo en cuenta el grado de ejecución y la participación, al igual que las eximentes incompletas y el error de prohibición vencible; y a concretar además la pena de este delito más grave *“mediante la aplicación de todas las reglas del artículo 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común”* (Circular FGE 4/2015).

Una vez fijado este mínimo que supone la pena aplicable en concreto para el delito más grave, es suficiente, en la individualización final, con imponer una pena superior a este mínimo, pero sin superar el límite máximo antes indicado, lo que da un amplio margen de arbitrio judicial.

Esto podría dar lugar a problemas, pues estas circunstancias del artículo 66 ya han sido tenidas en cuenta para determinar las penas concretas (por ejemplo, una pena puede haber sido agravada por reincidencia), por lo que parece que se estaría penando dos veces lo mismo, lo que resultaría contrario al principio de *non bis in ídem* (STS 863/2015, de 30 de diciembre). Podría solucionarse aplicando los criterios previstos en el artículo 66 CP en el

momento de determinar las penas concretas previstas para cada uno de los delitos, lo que puede llevar a imponer la pena en su mitad superior o inferior, o a imponer la pena superior o inferior en grado, y seleccionar siempre el límite mínimo aplicable (al igual que si no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes). Y, una vez establecidas las penas de esta manera, al nuevo marco penal solo se le aplicaría la regla 6ª del art. 66, esto es, se individualizaría la pena en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (así, la Circular FGE 4/2015 entiende que la remisión del artículo 77.3 CP al artículo 66 CP, a la hora de individualizar la pena final, lo es solo a la regla sexta del primer apartado de dicho precepto, pero no al resto de las reglas de ese artículo, “cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis”). Es llamativo que se haya promulgado una Circular de la Fiscalía General del Estado -la citada FGE 4/2015- con la finalidad de esclarecer un único párrafo de un artículo.

En todo caso, como se determina en el precepto, la pena impuesta no puede exceder del límite de duración previsto en el art. 76 (lo que también debería haberse determinado en la regulación de la consecuencia jurídica del concurso ideal).

Aunque no está claro el porqué de este alejamiento del tratamiento anterior a la reforma, parece que se ha querido otorgar al concurso medial un tratamiento más severo que el establecido para el concurso ideal, pero no tan riguroso como el del concurso real (Circular FGE 4/2015, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos). No obstante, surgen dudas e incluso en algunos casos se cree que los hechos podrían tener una sanción inferior a la que correspondería a los supuestos de concurso ideal (en este sentido, la STS 28/2016, de 28 de enero, en un supuesto de concurso medial entre delito de detención ilegal y agresión sexual), lo que ha sido criticado en Informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, previos a la remisión a las Cortes del correspondiente Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP. De tal manera que la Circular FGE 4/2015 propone a los Sres. Fiscales “*como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita*”, concretar la pena final “*en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro*”. En definitiva, parece estar diciendo que, puesto que el legislador se ha equivocado estableciendo una respuesta punitiva menos gravosa para el concurso medial que para el concurso ideal, son los Fiscales quienes tienen que corregir el error, solicitando una pena mayor que la que resulta de la aplicación estricta de la nueva regla.

A este respecto, la STS 520/2017, de 6 de julio (Nº de Recurso: 113/2017; RJ 2017\4134), menciona que *“La justificación político criminal de este sistema es altamente dudosa, dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en el que es aplicable el art. 73 CP. Por ello el fundamento de tal asimilación punitiva de que un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, puede encontrarse en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción” (STS 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril y 590/2004, 6 de mayo)”*.

3.6. El concurso real.

3.6.1. Supuesto de hecho.

Los artículos 73, 75, 76 y 78 CP, relativos a este tipo de concurso, no ofrecen una definición concreta, pero la doctrina concluye que existe concurso real cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos; esto es, hay concurso real en los casos en los que hay concurrencia de acciones, cada una de ellas constitutivas de una infracción penal autónoma y, por tanto, susceptibles de ser objeto de un enjuiciamiento independiente, sin que entre la comisión de una y otra medie sentencia condenatoria.

Al igual que en el caso del concurso ideal, se distingue entre concurso real homogéneo (si se trata de la misma infracción penal) y concurso real heterogéneo (si son infracciones distintas).

Su regulación comienza en el artículo 73 CP, según el cual *“al responsable 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”*.

Sobre la autonomía de las infracciones penales, se pronuncia la STS núm. 786/2017, de 30 de noviembre (Recurso núm. 10394/2017; RJ 2017\5658), recaída en un caso de agresión sexual y lesiones, en la que se señala:

“(…) Cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, el régimen de concurso es el de concurso real y ello porque el delito de violación requiere el empleo de la violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la

integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual (...) las lesiones que concurren, bajo la previsión de las reglas del concurso real, art. 73, o, en su caso, ideal, art. 77, requieren que tengan una entidad sustancial autónoma y que las lesiones sean causadas de forma deliberada y autónoma al contenido de la agresión sexual y de la violencia ejercida. El delito de agresión sexual es un delito compuesto de una violencia o intimidación y la realización de un acto de contenido sexual sin consentimiento, cuando el resultado de la violencia ejercida es mínimo, ese resultado carece de una relevancia penal como entidad distinta de la violencia ejercida para la realización de un acto sexual no consentido por el que ha sido condenado y deben ser absorbidos por este.” (FD Cuarto).

En similares términos se había pronunciado anteriormente la STS núm. 687/2017, de 19 de octubre (Recurso número 10258/2017; RJ 2017\4497), con cita a su vez de otras anteriores.

3.6.2. Consecuencia jurídica.

En principio, el artículo 73 CP recoge el principio de acumulación material, que hace referencia a la suma de las penas correspondientes a cada delito, lo que daría lugar a la imposición de penas draconianas incompatibles con su efectivo cumplimiento (podría llegarse a penas de cientos de años) y con la sensibilidad jurídica; así, como manifiesta Muñoz Conde⁴⁷, “un vulgar ratero convicto y confeso de haber cometido en diversos momentos hurtos de escasa cuantía, podría ser condenado a una pena total de muchos años de privación de libertad, superior incluso a la de un homicida o violador”. Por esta razón, el Código limita la acumulación material del artículo 73 CP por medio del principio de acumulación jurídica del artículo 76 CP, si bien no para todos los casos de concurso real, basándose en la teoría de los fines de la pena, que se alejan del mero retribucionismo; de este modo se consigue también el cumplimiento efectivo de la pena por el sujeto.

De esta forma, la acumulación material procede cuando todas las penas puedan cumplirse simultáneamente (art. 73); y de no ser posible la simultaneidad, se cumplen de forma sucesiva en orden decreciente de gravedad (art. 75), pero observando las reglas establecidas en el artículo 76 CP (en el sentido de acumulación jurídica), que dice así:

“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 se le imponga la más grave de las

⁴⁷ Véase Muñoz Conde, F. y García Arán, M., “Derecho penal...”, op. cit., pág. 500.

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 referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII 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.

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”.

Como se desprende del precepto, la acumulación jurídica procede de la imposición de dos límites generales a la acumulación material, cuyo límite no se puede superar a la hora de determinar el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable:

1. Un límite relativo (depende de la pena más grave), referido al triplo de la pena más grave;
2. Y, en todo caso, unos límites absolutos (no dependen de los delitos concretos), que son, en principio, veinte años, ampliado en ciertos casos:
 - o Será de 25 años cuando alguno de los delitos que concurren esté castigado con una pena de prisión de hasta 20 años.
 - o Será de 30 años cuando alguno de los delitos esté castigado con una pena de prisión de más de 20 años.
 - o Será de 40 años cuando al menos dos de los delitos que concurren tengan una pena de prisión superior a 20 años.

- Será de 40 años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP y alguno de ellos esté castigado con una pena de prisión de más de 20 años.
- Y, por último, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos tenga asignada la pena de prisión permanente revisable. En estos artículos se recogen reglas específicas referidas a la obtención del tercer grado y a la libertad condicional en los casos de prisión permanente revisable, dependiendo de si la pena de prisión permanente revisable concurre con otras penas que sumen un total que exceda de cinco años, si el total excede de quince años o si excede de veinticinco años o más; elevándose a su vez los plazos señalados “si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II, o cometidos en el seno de organizaciones criminales”. Ha sido criticado este artículo 78 bis CP por separar del régimen general de cumplimiento de las penas las impuestas por delitos de terrorismo y asimilados, además de por sus defectos de coherencia interna, ya que dos supuestos diferenciados a la hora de acceder al régimen abierto (las letras a y b del apartado primero del artículo 78 bis CP) se consideran de igual gravedad cuando se trata del acceso a la libertad condicional (letra a del apartado segundo del artículo 78 bis CP).

Respecto al límite variable (el triplo de la pena más grave), para determinar la pena de mayor gravedad ha de atenderse a las penas individualmente impuestas en cada sentencia; es decir, no cabe sumar las penas impuestas en una misma sentencia por delitos diferentes. De igual forma, el triplo ha de fijarse separadamente, sin convertir en años los meses de prisión (por ejemplo, el triplo de la pena de 3 años y 6 meses de prisión no será de 10 años y seis meses, sino de 9 años y 18 meses, pues se computan los años como de trescientos sesenta y cinco días y los meses como de treinta días) (STS 943/2013, de 18 de diciembre (RJ 2013 1237)).

En cuanto a los límites absolutos, los apartados c) y d) del artículo (con el límite de 40 años) fueron introducidos por la LO 7/2003, incrementando los límites anteriores para

así ampliar el tiempo de cumplimiento de las penas privativas de libertad (en particular, en supuestos de terrorismo), y el apartado e), relativo a la pena de prisión permanente revisable, fue introducido por la LO 2/2015; en este apartado e) no se establece un límite máximo sino que se remite a los artículos 92 y 78 bis, que establecen nuevas reglas referidas al acceso al tercer grado y a la concesión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

Para la aplicación de estos límites excepcionales, la jurisprudencia solía atender a la pena abstracta prevista para el delito que se hubiera cometido, con independencia de si se trataba de delitos consumados o intentados (en este sentido, la STS 337/2012, de 4 de mayo -RJ 2012, 10145-). No obstante, se ha entendido posteriormente que hay que atender a la pena máxima imponible, teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud de los grados de ejecución del delito (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 19-12-2012, STS 30/2013, de 17 de enero -RJ 2013, 967-, Circular FGE 1/2014, sobre la acumulación de condenas).

Como se ha reiterado anteriormente, estos límites del artículo 76 muestran que el sistema seguido es un sistema de acumulación jurídica. La necesidad de establecer límites máximos al cumplimiento sucesivo de las penas se vincula al principio de proporcionalidad, a la prohibición del artículo 15 CE de penas o tratos inhumanos o degradantes y a la orientación de las penas a la resocialización del artículo 25 CE. Y aunque las penas que superen el límite máximo determinado no tengan que cumplirse, en la sentencia deben recogerse todas las penas (Cuerda Riezu discrepa en este sentido⁴⁸).

En relación con la pena de prisión, el TS ha exteriorizado la necesidad de evitar con carácter general una excesiva prolongación de la privación de libertad, que conlleva efectos contrarios a la resocialización referida en el artículo 25 CE, sin olvidar que la resocialización no es el único fin de la pena de privación de libertad, pues también se atiende a la prevención general y especial, por lo que la interpretación de los límites recogidos en el artículo 76 CP debe ser compatible con todos los fines de la pena, favoreciendo la reinserción del penado en la sociedad pero evitando que puedan darse situaciones de impunidad (así, las SSTS 650/2014, de 16 de octubre -RJ 2014, 5247-, y 116/2015, de 10 de marzo -RJ 2015, 88081-, entre otras).

⁴⁸ Véase Escuchuri Aisa, E., "artículo 76", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), "*Comentarios al Código Penal*", o. cit., pág. 708.

A pesar de lo anterior, el establecimiento de estos límites máximos (el relativo o los absolutos) no resuelve los inconvenientes a los que da lugar la acumulación material o aritmética: en primer lugar, estos límites máximos producen desigualdades en relación con el número de infracciones necesarias para que operen; en segundo lugar, el límite relativo beneficia si las penas individuales son de idéntica gravedad y perjudica en caso contrario; y en tercer lugar, los límites absolutos son excesivos, sobre todo desde que la reforma del CP operada en 2003 elevó el límite máximo de 30 a 40 años. Además, es reseñable que, si las penas son compatibles entre sí, no hay límite alguno para la acumulación de las mismas. Por último, existe otra controversia en esta materia, la suscitada por el artículo 78 CP, referido al acceso al tercer grado y libertad condicional, y modificado también en la reforma llevada a cabo por LO 7/2003, de 30 de junio, ampliándose su ámbito de aplicación como respuesta a la exigencia de “cumplimiento íntegro o efectivo de las penas” que se encuentra en el centro del debate político criminal actual.

Este artículo establece un “particular periodo de seguridad”⁴⁹ para aquellos supuestos en los que se ha fijado un máximo de cumplimiento de la condena al amparo del artículo 76.1 CP (como se ha referido, según este artículo, que se aplica cuando no sea más favorable para el reo la suma de las penas individuales, la condena no puede exceder de unos máximos), otorgando la posibilidad al juez o tribunal sentenciador de 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 la penas impuestas en las sentencias, sin tener en cuenta el límite de cumplimiento fijado. Además, se fijan unos requisitos temporales adicionales en materia de delitos de terrorismo de la Sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP, y de los cometidos en el seno de organizaciones criminales, para el acceso al tercer grado y la obtención de la libertad condicional.

No obstante, se determina en este mismo artículo que lo dispuesto en él puede dejarse sin efecto, por razones del Tratamiento Penitenciario, evitando así haber sido tachado de inconstitucional por atentar contra el artículo 25 CE, referido a la reinserción social del reo.

Continuando el análisis del sistema de tratamiento de las penas, el artículo 73 CP fija como punto de partida la acumulación de las penas impuestas al responsable de varias

⁴⁹ Véase De Marcos Madruga, F., "artículo 78", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *“Comentarios al Código Penal”*, op. cit., pág. 722.

faltas o delitos (pese a la supresión de las faltas en la reforma de 2015) para que se cumplan, siempre que sea posible, de manera simultánea, atendiendo a la naturaleza y efectos de las mismas. La concreción de qué penas son susceptibles de cumplimiento simultáneo con otras no está exenta de dificultades. Salvo alguna consideración expresamente determinada por el legislador, es tarea del intérprete valorar qué penas son susceptibles de cumplimiento simultáneo o sucesivo. Según González Rus⁵⁰, esta cuestión debe resolverse atendiendo a la regulación legal de las penas (de sus clases y efectos) y, adicionalmente, considerando las referencias a las penas accesorias, pues al declarar que unas penas llevan consigo otras se está reconociendo la posibilidad de que sean compatibles y puedan cumplirse simultáneamente.

Así, por ejemplo, no es posible cumplir simultáneamente varias penas privativas de libertad, por lo que a ellas les es aplicable el artículo 75 CP. En este caso no es difícil determinar el orden de gravedad de las penas, pues al ser todas penas privativas de libertad, se hará atendiendo a la duración de las mismas. Por el contrario, sí es posible acumular a la pena de prisión la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y también, aunque de forma más discutida, la localización permanente (STS 21/2015, de 15 de abril - JUR 205, 131700-). E igualmente es posible cumplir simultáneamente una pena de prisión con penas privativas de derechos, aunque la doctrina está dividida entre los que consideran que se puede cumplir de forma simultánea una pena de prisión (siempre que no se disfruten de permisos carcelarios, o se esté clasificado en tercer grado o en libertad condicional) con una pena privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y a la tenencia y porte de armas, y los que consideran que no es factible su cumplimiento simultáneo, pues se convertirían en penas inexistentes.

Con carácter general, debería admitirse el cumplimiento simultáneo de las penas de prisión con las penas privativas de derechos ya que, tras las reformas de 2003 y 2015, se incluyen varios preceptos en los que la duración de la pena privativa de derechos se determina tomando como referencia la pena de prisión y extendiendo su duración por un tiempo determinado superior al que corresponde a la pena de prisión. Parece deducirse que el legislador parte de que ambas penas se cumplen simultáneamente, ampliando en algunos casos la duración del cumplimiento de las penas privativas de derechos. Además, en ciertos artículos se determina expresamente. Así sucede con el artículo 57.1 CP, donde se establece que la pena de prisión y las prohibiciones contempladas en el artículo 48 CP se cumplirán

⁵⁰ Véase Escuchuri Aisa, E., "artículo 73", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *"Comentarios al Código Penal"*, op. cit., pág. 687.

de forma simultánea. Y aunque no se dice expresamente, habrá que entender que también resulta aplicable para otros artículos donde se recogen inhabilitaciones especiales para ejercer determinados cargos u oficios relacionados con menores de edad, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, artículos donde se recoge la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, o inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos que tengan relación con las actividades de organizaciones o grupos criminales.

Como indica Cuerda Riezu, la acumulación simultánea no quiere decir que el cumplimiento de dos penas coincida en un mismo periodo de tiempo. Y aunque en la doctrina se ha negado que puedan cumplirse simultáneamente una pena de prisión con una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en la práctica los Jueces de Vigilancia Penitenciaria consideran que sí son compatibles, en los casos en los que se disfruten permisos penitenciarios, se acceda al tercer grado o a la libertad condicional, o cuando, incluso desde el interior del centro de internamiento penitenciario, el condenado dedique su tiempo a realizar ciertos trabajos sin contraprestación a cambio (como se recoge en los acuerdos aprobados por los Jueces de vigilancia penitenciario en su XVIII reunión).

Las penas privativas de derechos no pueden cumplirse simultáneamente entre sí cuando son de la misma clase, ni tampoco cuando implican la pérdida total y definitiva de una facultad o derecho, como sucede con la inhabilitación especial para empleo o cargo público y la suspensión del mismo empleo o cargo público. Por el contrario, sí pueden cumplirse simultáneamente si se trata de penas distintas, siempre que sus efectos no coincidan, como sucede con una pena de suspensión de empleo o cargo público y una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Las penas de prisión y penas de multa o las penas de multa y las penas privativas de derechos sí son susceptibles de cumplimiento simultáneo. No obstante, se discute la posibilidad de cumplimiento simultáneo de varias penas impuestas conforme al sistema de los días-multa, ya que se podría alterar el límite mínimo (2 euros) y máximo (400 euros) de la cuota diaria prevista legalmente, además de que se alteraría el importe efectivo, establecido en función de las circunstancias económicas.

En definitiva, habrá que estar al derecho o derechos afectados concretamente para determinar la posibilidad de su cumplimiento simultáneo, de manera que ninguna pena

quede vacía de contenido. En favor de la simultaneidad, señala Mapelli Caffarena⁵¹ que la simultaneidad en el cumplimiento de las penas responde mejor a las finalidades preventivas, partiendo de la idea de que la imposición firme de las penas ya cumple una función preventiva en sí misma, independientemente de que puedan desplegar o no todos sus efectos; y añade que incluso se logra una mayor virtualidad de las penas, ya que limita el uso del concurso real, que provoca que, al superar los límites temporales previstos, parte de las penas dejen de cumplirse.

Como se ha expuesto anteriormente, el sistema de acumulación material está plagado de incoherencias, por lo que ha sido muy criticado desde hace tiempo. Ya en 2003, la elevación del límite máximo de la pena a 40 años fue muy criticada por la doctrina, y más aún la introducción en 2015 de la pena de prisión permanente revisable, de dudosa constitucionalidad.

Y respecto al orden en que han de cumplirse las penas sucesivas, destaca Estrella Escuchuri Aisa⁵² que un sector de la doctrina acude al artículo 33 CP, en el que se distinguen las penas según sean graves, menos graves o leves atendiendo a su gravedad. No obstante, este artículo tiene sobre todo una orientación procesal, indicando de quién es la competencia judicial según el tipo de infracción y, aplicado al orden de cumplimiento de las penas, podría causar algún inconveniente desde el punto de vista del tratamiento del delincuente y de los fines de la pena; en este sentido, una pena de prisión grave podría ser sucedida por una pena de privación del derecho a la tenencia o porte de armas, pasándose posteriormente al cumplimiento de una pena de prisión menos grave.

Al margen de esta clasificación del artículo 33 CP, parece más coherente determinar la gravedad de las penas en abstracto, teniendo en cuenta el bien jurídico o el derecho afectado por las mismas. Así, se entiende que las penas privativas de libertad, y en particular, la pena de prisión, son más graves que cualquier otra pena.

Con todo, podrían plantearse casos dudosos para los que se propone que el orden de cumplimiento se establezca atendiendo a criterios de prevención general o de interés del penado (entendiendo en este caso que debería preverse la audiencia del mismo).

Pese a lo dicho, la ejecución de las penas privativas de libertad en la práctica no siempre es respetuosa con el cumplimiento en orden de gravedad decreciente impuesto en

⁵¹ Véase Escuchuri Aisa, E., "artículo 73", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *"Comentarios al Código Penal"*, op. cit., pág. 689.

⁵² Véase Escuchuri Aisa, E., "artículo 75", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *"Comentarios al Código Penal"*, op. cit., pág. 702.

el art. 75 CP, en los casos en los que se produce la refundición de condenas, vinculado al sistema de individualización científica plasmado en la LO General Penitenciaria, que exige tener en cuenta todas las penas pendientes de cumplimiento de manera conjunta, a efectos del tratamiento individualizado, tomando ese conjunto como referencia a la hora de calcular los tiempos que condicionan el acceso a disfrutar permisos de salida, libertad condicional, etc. Por tanto, a efectos penitenciarios las penas refundidas se consideran como una sola, pero a efectos procesales, para cada Juzgado las penas se irán cumpliendo conforme al artículo 75 CP, de forma sucesiva y separada.

A modo de conclusión de este epígrafe, cabe reseñar la STS núm. 130/2016, de 1 de marzo (Nº de Recurso: 284/2016; RJ 2017\962), en la que se realiza un recorrido jurisprudencial en materia de concurrencia de los delitos de estafa y alzamiento de bienes, para finalmente acabar señalando:

“En definitiva, las anteriores resoluciones, permiten afirmar en sistemática conclusión, que cuando los bienes objeto de alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa, no estamos ante un concurso de delitos, sino que son supuestos de agotamiento del delito (...) De igual modo, parece doctrina pacífica de la Sala Segunda, desde 2005, que debe ser sancionada la conducta como concurso real, cuando el objeto alzado, no es el ilícitamente obtenido con la defraudación, pues sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes o exclusivamente con las previstas para la estafa, a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro impulsándole a un acto de disposición en su beneficio; y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, además de la incongruencia punitiva que conllevaría su consideración como concurso de normas, supone ignorar una relevante porción del injusto, negar la trascendencia penal en ese caso a toda actividad inicial defraudatoria en el primer supuesto, o de insolvencia punible posterior, en el segundo; equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio ilícito (si se condena solo el alzamiento) o a la de quien comete la defraudación sin dificultar posteriormente con la comisión de un nuevo ilícito el recobro del perjuicio (en el caso de condenar solo la estafa).” (FD Segundo).

3.6.3. Concurso posterior:

Y, por último, una breve alusión al concurso posterior, al que ya se ha aludido en el análisis del tratamiento penológico del concurso real de delito, que tiene lugar cuando los distintos delitos pueden haberse enjuiciado conjuntamente, por haberse cometido antes de

que se resuelva sobre alguno de ellos, con independencia de que hayan sido conocidos más tarde y, por tanto, enjuiciados separadamente.

En el Derecho comparado existen dos modalidades distintas de concurso posterior (también llamado “adicional” o “retrospectivo”). La primera de ellas hace referencia al caso en que, tras una sentencia firme, se conocen hechos delictivos cometidos con anterioridad por el condenado, determinándose una nueva pena global que sustituya a la primera, o una pena adicional a la ya impuesta en la sentencia firme (esta segunda forma es más respetuosa con el carácter firme de la sentencia). La segunda de las modalidades hace referencia al caso en que se imponen diversas penas en diferentes procesos, con inobservancia de las reglas del concurso, decretando el órgano judicial correspondiente (quien dictó la última resolución, el que contemple la sanción más grave, el Juez de Vigilancia Penitencia, etc.), en el marco de la ejecución judicial de la pena, el cumplimiento de tales reglas.⁵³

En el Ordenamiento Jurídico español se hace referencia a la segunda de las modalidades (aplicación de las reglas del concurso real de delito en sede de ejecución de sentencias) en el artículo 76.2 CP. El procedimiento para hacer efectivo lo recogido en el artículo, el “incidente de refundición de condenas”, se regula en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El apartado segundo del mismo artículo 76 dispone que “*La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar*”. Este precepto se incluyó en la reforma de 8 de abril de 1967 con la siguiente redacción: “*aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo*”. Antes se discutía si las limitaciones de la acumulación material regían cuando los delitos no se hubieran enjuiciado en un mismo proceso y la jurisprudencia entendía que no, aunque la ley no obligaba a ello. En la reforma de 1967 se amplió el alcance de las limitaciones de la acumulación material (recogidas en el anterior artículo 70), añadiendo la posibilidad de aplicarlas si los delitos tenían conexión, aunque no hubieran sido objeto de un mismo proceso. El TS, en su STS 1074/2000, de 8 de junio (Nº de recurso 285/2000-P; RJ 2001\9967) o en su STS 1596/2000, de 16 de octubre (Nº de recurso 596/1999-P; RJ 2000\8774), estimaba que la conexidad exigida en el art. 76 CP y en el 988 LECrim “*no es la objetiva basada en la analogía y relación esencial entre los hechos delictivos a que se refiere la regla 5ª del art. 17 de la Ley procesal penal, sino la “temporal”, entendiéndose que solo*

⁵³ Véase Sanz Morán, A.J., “*Unidad y pluralidad...*”, op. cit., pág. 75.

podrán acumularse las penas impuestas por hechos delictivos que hubiesen podido ser enjuiciados en un mismo proceso". En idénticos términos se pronuncia la STS 734/2001, de 30 de abril (Nº de recurso 519/2000-P; RJ 2001\10299). Sobre la base de este planteamiento, la LO 7/2003, de 30 de junio, modificó el artículo 76.2, indicando este que la limitación se aplicará aunque las penas se hubiesen impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.

Frente a las anteriores interpretaciones más restrictivas, a finales del siglo pasado el TS comenzó a ampliar los casos en los que cabía la posibilidad de refundir condenas, evitando así que el solo dato de que los hechos delictivos se conozcan en uno o en varios procesos distintos determine la posibilidad o no de apreciar los límites al sistema de acumulación material señalado anteriormente.⁵⁴

El TS, en un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016, se refiere a este apartado, que ha sido nuevamente redactado en la reforma de 2015, de la siguiente manera: *"La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello*". Además, añade el TS que, a efectos del artículo 76.2 CP, hay que estar a la fecha de la sentencia en la instancia y no a la del juicio. Se elimina así la exigencia de conexidad para la acumulación de penas y se atiende a un criterio exclusivamente temporal. Por tanto, los límites del artículo 76.1 se aplicarán, aunque las penas se hayan impuesto en procesos distintos, siempre que los hechos que han determinado la imposición de penas se hayan cometido con anterioridad a la celebración del juicio que da lugar a la primera condena.

En alguna ocasión se atendía a la fecha de firmeza de la sentencia pero posteriormente el TS determinó que, aunque ocasionalmente se pudiera atender a esa fecha, si así se beneficiaba al reo, era la fecha de la primera sentencia a la que había que atender para determinar si se acudía a la acumulación, ya que a partir de ese momento no cabe que los hechos delictivos posteriores pudieran haberse enjuiciado junto con el ya

⁵⁴ Véase Sanz Morán, A.J., *"Unidad y pluralidad..."*, op. cit., pág. 79.

sentenciado (en este sentido, el Acuerdo del Pleno de 29 de noviembre de 2005; la STS 100/2015, de 4 de marzo -RJ 2015, 971-; referidas a las anteriores redacciones).

Y en este sentido puede citarse también la STS 367/2015, de 11 de junio (JUR 2015, 16487), referida a la nueva redacción, que indica que la fecha a tener en cuenta es la de celebración del juicio que da lugar a la primera sentencia, no la fecha de la sentencia. Señala al respecto la sentencia que la nueva redacción da cabida a *“una interpretación que puede ser perjudicial al reo en la determinación de la sentencia que marca la acumulación, ya que al concretarla necesariamente en la primera cabe la posibilidad de excluir de la aplicación del límite legal hechos cometidos en una misma época, pero posteriores a la primera condena. Hechos que podrían haberse incluido en la refundición si se escogiese para determinarla, la sentencia que resultase más favorable para el reo, es decir, la que pudiera abarcar un mayor número de hechos delictivos”*. Sin embargo, la acumulación determinada temporalmente por la primera sentencia no impide que se pueda repetir la operación con otros hechos y sentencias posteriores, dando lugar a una nueva acumulación de condenas, si al aplicar los límites legales el resultado fuera favorable para el reo.

La competencia para fijar el límite de cumplimiento corresponde al Juez o Tribunal que hubiese dictado la última sentencia, según prevé el artículo 988 LECrim, aunque no es la resolución de este tribunal la que determine la procedencia o no de la acumulación, pues habrá que partir de la sentencia de fecha más antigua (según el art. 76.2, la fecha de enjuiciamiento de los hechos) y considerar luego las sentencias relativas a hechos de fecha anterior a aquella para fijar las que serían acumulables (SSTS 521/2013, de 5 de junio (RJ 2013, 5220); 516/2014, de 25 de junio (RJ 2014, 3194); 222/2014, de 7 de marzo (RJ 2014, 1699)).

Constituye también criterio del TS que los autos de acumulación no producen el efecto de cosa juzgada, de manera que la existencia de acumulaciones anteriores no imposibilita la existencia de un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles de acumulación (SSTS 408/2014, de 14 de mayo -RJ 2014, 3106- y 116/2015, de 10 de marzo -RJ 2015, 1116-, entre otras).

Es destacable que un penado, pese al establecimiento de estos límites, puede cumplir penas que se extiendan más allá de lo previsto en el artículo 76 CP cuando ha sido condenado en causas distintas y no ha sido posible la acumulación.

4. Bibliografía.

Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B., "*Curso de Derecho penal. Parte general*", 3ª ed., Madrid, 2015 (Tecnos).

Cuerda Riezu, A., "*Concurso de delitos y determinación de la pena*", Madrid, 1992 (Tecnos).

Cuerda Riezu, A., "*El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990*", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (siglas: ADPCP), 1991.

Escuchuri Aisa, E., "*artículo 74*", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), "*Comentarios al Código Penal*", 1ª ed. Cizur Menor, (Aranzadi) 2015, tomo I.

Gómez Tomillo, M., "*artículo 8*", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), "*Comentarios al Código Penal*", 1ª ed. Cizur Menor, (Aranzadi) 2015, tomo I.

De Marcos Madruga, F., "*artículo 78*", en Gómez Tomillo, M. (Dir.), "*Comentarios al Código Penal*", 1ª ed. Cizur Menor, (Aranzadi) 2015, tomo I.

Mir Puig, S., "*Derecho penal. Parte general*", 10ª ed., Barcelona, 2015 (Reppertor).

Muñoz Conde, F. y García Arán, M., "*Derecho penal. Parte general*", 9ª ed., Valencia, 2015 (Tirant lo Blanch).

Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A., "*Derecho penal. Parte general. Introducción teoría jurídica del delito*", 2ª ed., Granada, 2016 (Comares).

Sanz Morán, A.J., "*Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código penal*", en Álvarez García, F.J., Cobos Gómez de Linares, M.A., Gómez Pavón, P., Manjón-Cabeza Olmeda, A., y Martínez Guerra, A. (coordinadores), "*Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*", única edición, Valencia, 2013 (Tirant lo Blanch).

Sanz Morán, A.J., "*El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*", única edición, Valladolid, 1986 (Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valladolid).

Sanz Morán, A.J., "*Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial*", en Silva Sánchez, J.M., Queralt Jiménez, J.J., Corcoy Bidasolo, M., Castiñeira Palou, M.T. (coordinadores), "*Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*", única edición, (Bdef), 2017.

Sanz Morán, A.J., "*Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho*", 1ª ed., Del. Azcapotzalco (México D.F.), 2015 (Ubijus).

5. Relación de sentencias citadas.

STC 89/1983, de 2 de noviembre

STS de 23 de abril de 1992 (Recurso núm. 3654/1992)

STS núm. 861/1997, de 11 de junio

STS núm. 1088/1997, de 1 de diciembre (Recurso núm. 1539/1996-P RJ 1997\8761)

STS núm. 1074/2000, de 8 de junio (Recurso núm. 285/2000-P; RJ 2001\9967)

STS núm. 1596/2000, de 16 de octubre (Recurso núm. 596/1999-P; RJ 2000\8774)

STS núm. 20/2001, de 28 de marzo (Recurso núm. 4234/1998; RJ 2001\751)

STS núm. 734/2001, de 30 de abril (Recurso núm. 519/2000-P; RJ 2001\10299)

STS núm. 1837/2001, de 19 de octubre (RJ 2001\10176)

STS núm. 1316/2002, de 10 de julio (Recurso núm. 1043/2001-P; RJ 2002\7450)

STS núm. 372/2003, de 14 de marzo (Recurso núm. 373/2002-P; RJ 2003\2907)

STS núm. 337/2004, de 12 marzo (Recurso núm. 623/2003; RJ 2004\2267)

STS núm. 938/2004, de 12 julio

STS núm. 49/2006, de 24 de enero (Recurso núm. 1664/2004; RJ 2006\2655)

STS núm. 513/2006, de 5 de mayo (RJ 2006, 3148)

STS núm. 639/2006, de 14 de junio

STS núm. 297/2007, de 13 de abril (RJ 2007, 3136)

STS núm. 553/2007, de 18 junio (Recurso núm. 265/2007; RJ 2007\4748)

STS núm. 506/2008, de 17 de julio

STS núm. 439/2009, de 14 de abril (RJ 2009, 4154)

STS núm. 813/2009, de 7 de julio

STS núm. 625/2010, de 6 de julio

STS núm. 1158/2010, de 16 de diciembre (RJ 2011, 163)

STS núm. 294/2012, de 26 de abril (RJ 2012, 11374)

STS núm. 337/2012, de 4 de mayo (RJ 2012, 10145)

STS núm. 30/2013, de 17 de enero (RJ 2013, 967)

- STS núm. 228/2013, de 22 de marzo (Recurso núm. 11045/2012; RJ 2013, 8314)
- STS núm. 521/2013, de 5 de junio (RJ 2013, 5220)
- STS núm. 609/2013, de 28 de junio (Recurso núm. 10018/2013; RJ 2013\6433),
- STS núm. 964/2013, de 17 de diciembre
- STS núm. 943/2013, de 18 de diciembre (RJ 2013 1237)
- STS núm. 222/2014, de 7 de marzo (RJ 2014, 1699)
- STS núm. 354/2014, de 9 de mayo (RJ 2014, 2480)
- STS núm. 408/2014, de 14 de mayo (RJ 2014, 3106)
- STS núm. 492/2014, de 10 de junio (RJ 2014, 4924)
- STS núm. 516/2014, de 25 de junio (RJ 2014, 3194)
- STS núm. 650/2014, de 16 de octubre (RJ 2014, 5247)
- STS núm. 116/2015, de 10 de marzo (RJ 2015, 1116)
- STS núm. 21/2015, de 15 de abril (JUR 205, 131700)
- STS núm. 100/2015, de 4 de marzo (RJ 2015, 971).
- STS núm. 116/2015, de 10 de marzo (RJ 2015, 88081)
- STS núm. 163/2015, de 24 de marzo (Recurso núm. 10738/2014; RJ 2015\1162)
- STS núm. 367/2015, de 11 de junio (JUR 2015, 16487)
- STS núm. 717/2015, de 29 de enero (RJ 2015, 759)
- STS núm. 863/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015\6438)
- STS núm. 28/2016, de 28 de enero (RJ 2016\455)
- STS núm. 130/2016, de 1 de marzo (Recurso núm. 284/2016; RJ 2017\962)
- STS núm. 444/2016, de 25 de mayo (RJ 2016\6013)
- STS núm. 492/2016, de 8 de junio (Recurso núm. 10545/2015; RJ 2016\6699)
- STS núm. 538/2016, de 17 de junio
- STS núm. 615/2016, de 8 de julio (Recurso núm. 19/2016; RJ 2016\3720)

- STS núm. 749/2016, de 11 de octubre (Nº de Recurso: 10807/2015; RJ 2016\4923)
- STS núm. 828/2016, de 3 de noviembre (Recurso núm. 569/2016; RJ 2016\5205)
- STS núm. 891/2016, de 25 de noviembre (Nº de Recurso: 903/2016; RJ 2016\6094)
- STS núm. 23/2017, de 24 de enero
- STS núm. 31/2017, de 26 de enero (Recurso núm. 1177/2016; RJ 2017\349)
- STS núm.190/2017, de 24 de marzo (Recurso núm. 1762/2016; RJ 2017\1455)
- STS núm. 280/2017, de 19 de abril (Recurso núm. 10746/2016; RJ 2017\2375)
- STS núm. 305/2017, de 27 de abril (Recurso núm. 2227/2016; RJ 2017\2306)
- STS núm. 361/2017, de 19 de mayo (Recurso núm. 2287/2016, RJ 2017\3825)
- STS núm. 520/2017, de 6 de julio (Recurso núm. 113/2017; RJ 2017\4134)
- STS núm. 539/2017, de 12 de julio (Recurso núm. 129/2017; RJ 2017\3612)
- STS núm. 687/2017, de 19 de octubre (Recurso núm. 10258/2017; RJ 2017\4497)
- STS núm. 786/2017, de 30 de noviembre (Recurso núm. 10394/2017; RJ 2017\5658)
- STS núm. 788/2017, de 7 de diciembre (Recurso núm. 10185/2017; RJ 2017\6208)
- STS núm. 817/2017, de 13 de diciembre (Recurso núm. 292/2017, RJ 2017\5596)
- STS núm. 13/2018, de 16 de enero (Recurso núm. 10286/2017; RJ 2018\238)
- STS núm. 43/2018, de 25 de enero (Recurso núm. 10745/2016; RJ 2018\241)
- STS núm. 60/2018, de 2 de febrero (Recurso 10474/2017; RJ 2018\309)
- STS núm. 62/2018, de 5 de febrero (Recurso 1446/2017; RJ 2018\293)