



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL CONCURSO DE DELITOS

Presentado por:

Alberto Cubero Amo

Tutelado por:

Ángel José Sanz Morán

Valladolid, 23 de junio de 2021

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la concurrencia de varios delitos cometidos por una misma persona. El principal problema que se plantea es la delimitación entre aquellos supuestos en los que se comete una única infracción y, por tanto, habrá que aplicar un solo precepto de los concurrentes, y aquellos supuestos en que se cometen varios delitos, en cuyo caso estaremos ante un auténtico concurso de delitos.

Además, será preciso distinguir cuándo un sujeto ha cometido una pluralidad de delitos a través de una única acción o a través de varias acciones, pues de ello va a depender que estemos ante un concurso ideal o real, lo cual tiene importantes consecuencias desde el punto de vista del régimen punitivo de ambos tipos de concurso.

PALABRAS CLAVE:

Concurso, delitos, acumulación, pena, acción, concurso ideal, concurso real

ABSTRACT

This work deals with the concurrence of several crimes committed by a same person. The main problem considered is the delimitation between those cases in which an only offense is committed and, therefore, a single precept will have to be applied, and those cases in which several crimes are committed, in which case we will face an authentic concurrence.

Furthermore, it will be necessary to distinguish when a subject has committed multiple crimes by means of an only action or through various actions, since this will determine if we are facing an ideal or a real concurrence, which has important consequences from the punitive regime's point of view of both types of concurrence.

KEY WORDS

Concurrence, crime, accumulation, sentence, action, ideal concurrence, real concurrence

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN.....	5
2	CRITERIOS PUNITIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE DELITOS	6
2.1	Principio de acumulación material.....	6
2.2	Principio de absorción.....	7
2.3	Principio de acumulación jurídica.....	7
2.4	Principio de asperación o exasperación	8
2.5	Principio de combinación de marcos penales.....	9
2.6	La denominada “pena unitaria”.....	10
3	SUPUESTOS DE UNIDAD DELICTIVA.....	11
3.1	Delito permanente y delitos complejo y compuesto.....	11
3.2	Concurso de leyes penales.....	12
3.2.1	Supuesto de hecho	12
3.2.2	Principios interpretativos	14
3.2.3	Consecuencia jurídica del concurso de leyes penales.....	20
3.2.4	Cláusulas concursales.....	21
3.3	La denominada unidad natural de acción	23
3.4	El delito continuado y el delito masa	25
3.4.1	El delito continuado	25
3.4.2	El delito masa	34

4	CONCURSO IDEAL DE DELITOS	36
4.1	Elementos.....	37
4.1.1	Unidad de acción y pluralidad de delitos	37
4.1.2	Identidad de los actos ejecutivos	44
4.2	Aspectos de determinación de la pena	49
4.2.1	Determinación de la infracción más grave	50
4.2.2	Aplicación de la mitad superior de la pena.....	55
4.2.3	Penalidades en el concurso ideal.....	56
4.2.4	Penalidad de las infracciones por separado.....	58
5	CONCURSO REAL DE DELITOS.....	59
5.1	Concepto y caracteres.....	59
5.2	Régimen punitivo	61
5.3	Concurso real de delitos en pluralidad de procesos	69
6	CONCURSO MEDIAL DE DELITOS.....	80
6.1	Concepto y caracteres.....	80
6.2	Aspectos de determinación de la pena	84
7	CONCLUSIONES	88
8	BIBLIOGRAFÍA	90
9	SENTENCIAS	93

1 INTRODUCCIÓN

El concurso de delitos se encuentra regulado en la Sección 2ª del Capítulo II, del Título III, del Libro I, del Código Penal, bajo la rúbrica “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, en los artículos 73 a 78. Podemos definir el concurso de delitos como aquel supuesto en el que un mismo sujeto comete varias infracciones legales. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que hay concurso de delitos *“cuando, para abarcar la total antijuricidad de un comportamiento delictivo concreto, es necesaria la aplicación de los diferentes preceptos penales”*¹.

En el presente trabajo analizaremos los supuestos de unidad delictiva, entre los que destaca el concurso de leyes penales (o concurso aparente de normas penales) con la finalidad de diferenciarlos de los supuestos de concurso de delitos. Además, también serán objeto de análisis el delito continuado y el delito masa.

Asimismo, analizaremos los tipos de concursos de delitos que existen y la problemática relativa a los aspectos de determinación de la pena en cada uno de ellos.

En primer lugar, existe concurso ideal cuando un sujeto con una sola acción comete varios tipos delictivos (una persona coloca una bomba y mata a varias personas).

En segundo lugar, existe concurso real cuando un sujeto mediante varias acciones comete varios delitos, siempre que entre la comisión de los distintos delitos no haya mediado una sentencia condenatoria. En este caso, cada acción por separado constituye un delito (un asesino en serie, es decir, cada asesinato constituye un delito).

Por último, existe concurso medial cuando un sujeto comete un delito como medio necesario para cometer otro (una persona falsifica un documento oficial para cometer una estafa).

¹ STS 149/2007, de 26 de febrero, Fundamento de Derecho Sexto

2 CRITERIOS PUNITIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE DELITOS

2.1 Principio de acumulación material

Este principio consiste en la suma de todas las penas correspondientes a los distintos delitos cometidos por una persona. Se encuentra recogido en el artículo 73 del Código Penal cuando dice que *“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”* y en el artículo 75 del Código Penal cuando añade que: *“cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”*. Esto es, se establece la regla general del cumplimiento simultáneo de las penas, pero, cuando ello no sea posible, se procederá a su cumplimiento sucesivo comenzando con las penas más graves.

Tradicionalmente, la acumulación material se ha justificado como un principio retributivo², es decir, una persona debía ser castigada con tantas penas como delitos hubiera cometido con la finalidad de evitar el beneficio del delincuente a través de la atenuación de su responsabilidad como consecuencia de realización de otra acción punible.

CUERDA RIEZU matiza esta justificación y estima que en una concepción preventivo-general puede estar justificado el cumplimiento de todas las penas impuestas para ejemplo de la sociedad y puede ser correcta la acumulación de las penas para quienes ven en el fin de la pena que el delincuente no vuelva a delinquir, dada la pluralidad de hechos cometidos³.

Sin embargo, atendiendo al sistema de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico español surgen numerosas críticas a este sistema. La primera de ellas, tratándose de penas privativas de libertad, consiste en la imposibilidad de aplicar este principio, ya que su aplicación no tendría en cuenta la finalidad preventiva especial de las penas privativas de

² Véase SANZ MORÁN, A. J. *El concurso de delitos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986, p. 25; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Ed. Reppertor, 2015, p. 680.

³ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, p. 36.

libertad y chocaría frontalmente con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución Española: *“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...”* y así lo establece el Tribunal Supremo cuando dice que *“la pura acumulación material equivalente a la suma aritmética y cumplimiento sucesivo de las penas de prisión no solo es imposible en la práctica sino contrario a cualquier entendimiento finalista de aquéllas”*⁴.

Otra de las críticas a este sistema es el desprestigio de los Tribunales⁵, pues la suma aritmética de las penas en que puede incurrir el autor de una pluralidad de delitos lleva a la imposición por parte de los Tribunales de penas imaginarias, esto es, penas privativas de libertad cuya duración es superior a la vida de cualquier persona normal.

2.2 Principio de absorción

El principio de absorción consiste en la imposición de la más grave de las penas individuales correspondientes, quedando absorbidas las consecuencias jurídicas de los tipos penales menos graves con la aplicación de una única pena, la más grave.

La ventaja de este principio es la simplicidad de su aplicación, pero se critica principalmente que pueda fomentar el comportamiento delictivo, pues al cometer la infracción más grave, las demás infracciones cometidas menos graves no van a ser castigadas o lo van a ser de un modo desdeñable, lo que puede provocar un efecto criminógeno.

2.3 Principio de acumulación jurídica

La acumulación jurídica de las penas es el criterio que sigue la ley para el supuesto del concurso real de delitos. Se trata de un principio intermedio entre el principio de acumulación material y el principio de absorción, que sirve a la fijación de límites máximos de cumplimiento de las penas privativas de libertad que no sean susceptibles de cumplimiento simultáneo cuando el delincuente haya sido condenado por la comisión de varios delitos.

⁴ STS 139/2016, de 25 de febrero. Fundamento de Derecho Primero

⁵ Véase MUÑOZ RUIZ, J. “Análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 76 del Código Penal”, en *Anales de Derecho*, 2017, p. 5.

Este principio se encuentra regulado en el artículo 76 del Código Penal y en él se establecen dos límites para que pueda operar la acumulación. En primer lugar, el artículo 76.1 declara que *“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 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...”* y el apartado segundo del artículo 76 continúa diciendo 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”*.

El Tribunal Supremo establece los requisitos para que proceda la acumulación de penas, así *“en la fijación del límite máximo de cumplimiento las sentencias cuya acumulación se pretenda deben computarse hechos que pudieran haber sido objeto de enjuiciamiento conjunto en un único proceso. Esto solo podrá entenderse así cuando las condenas lo fueran con relación a hechos que no estuvieren sentenciados al tiempo de cometer otros sobre los que también haya recaído sentencia cuya acumulación se pretenda; de modo que solo serían susceptibles de acumulación las condenas referidas a aquellos hechos próximos o lejanos en el tiempo que no se encuentren separados por una sentencia firme; y ello, aunque no sea la fecha de firmeza la relevante a efectos de acumulación sino la fecha de dictado de la misma”*⁶.

Además, se requiere respecto del principio de acumulación material un resultado penológico más favorable para el reo que la simple suma de las penas a imponer. Así, la STS 1293/2011, de 27 de noviembre: *“Una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme a este criterio general, el siguiente paso exige determinar si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 del Código Penal, es superior o inferior a la suma aritmética de todas las condenas impuestas. Pues solo en este último caso, cuando fuera inferior, procedería la acumulación”*.

2.4 Principio de asperación o exasperación

Este sistema se caracteriza porque para cada infracción le corresponde una pena, pero, en lugar de sumar aritméticamente las penas, se eleva la pena más severa de las que son aplicables. Es preciso destacar la diferencia entre esta situación, que consiste en elevar la pena más grave de las que se incurrió por encima de su marco penal propio (principio de asperación o exasperación), y la situación que consiste en la imposición de una pena más

⁶ STS 267/2018, de 4 de junio, Fundamento de Derecho Segundo

grave dentro del marco penal de la pena más grave en que se hubiera incurrido (principio de absorción)⁷.

CUERDA RIEZU define la exasperación⁸ como la imposición de una pena que supera a la más grave de las individuales que se presentan. Es decir, se escoge la pena individual más grave y supera por arriba su marco legal.

La ventaja principal⁹ de este sistema es que se evitan las consecuencias derivadas de la acumulación material y, al mismo tiempo, se cumplen las necesidades preventivo-generales posibilitando, además, una ejecución uniforme de la pena.

Se critica de este modelo la complejidad de su aplicación, esto es, la dificultad que conlleva la medición de las penas de las infracciones individuales con los problemas de cálculo que ello supone, en vez de utilizar otros métodos más directos. También se aduce que la exasperación es insuficiente, al igual que ocurre con la absorción, pues se considera que se aplica un trato más benigno al delincuente en relación con los delitos cometidos.

2.5 Principio de combinación de marcos penales

Este modelo crea un marco penal propio para los casos en que se produzcan una concurrencia de infracciones, partiendo de los marcos penales de las infracciones individuales y combinándolos. Este principio aparecerá como un complemento a los principios de absorción o exasperación, pues el límite mínimo del marco penal propio será el más alto de los mínimos previstos para las distintas infracciones y el límite máximo de este nuevo marco penal se aproximará al principio de absorción cuando coincida con el de la infracción que haya sido penada de forma más grave; y se aproximará al principio de exasperación cuando el límite máximo del marco penal sobrepase el límite de la infracción más gravemente penada.

Según afirma SANZ MORÁN: “en la base de tal principio está la idea de que un autor no puede ser tratado mejor porque adicionalmente a un precepto que prevé un

⁷ Véase SANZ MORÁN, A. J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 31.

⁸ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, op. Cit., p. 97.

⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”, en MALDONADO FUENTES, F. (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos*, Buenos Aires, Ed. BdeF, 2016, p. 20.

determinado límite mínimo del marco penal o una pena accesoria ha lesionado también una ley más severa”¹⁰.

2.6 La denominada “pena unitaria”¹¹

Se utiliza el término “pena unitaria” para referirse a un modo autónomo de punición del concurso de delitos, es decir, un modo de determinación de la pena para aquellos casos en que se cometen una pluralidad de infracciones en los que se prescinde del número de infracciones cometidas y de la correspondiente asignación de las penas individuales.

Quienes defienden la pena unitaria argumentan que no es necesario ahondar en las penas individuales en que incurrió el autor de los delitos. Su fundamento consiste en la unidad del autor sobre la existencia de varias infracciones.

Sin embargo, este sistema responde a una finalidad puramente preventivo-especial y es criticado porque deja a un lado el principio de culpabilidad por el hecho (la responsabilidad derivada de la realización de un hecho concreto) y se encamina hacia un derecho penal de autor (tratamiento penal dependiendo de la clase de delincuente, con independencia del delito concreto que se hubiera cometido) en el que se introducirían factores personales en la medición de la pena.

¹⁰ Véase SANZ MORÁN, A. J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 33.

¹¹ Véase SANZ MORÁN, A. J. *El concurso de delitos*, op. Cit, pp. 33-35

3 SUPUESTOS DE UNIDAD DELICTIVA

Se trata de supuestos en los que existe una sola infracción criminal y, por tanto, es suficiente con la aplicación de un único tipo penal para colmar el total desvalor del hecho, sin que sea necesario aplicar más tipos penales, porque, en ese caso, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*.

3.1 Delito permanente y delitos complejo y compuesto

En el delito permanente se produce la lesión de un bien jurídico por un periodo de tiempo y se mantiene su realización de forma voluntaria por el sujeto activo. Se caracteriza porque, una vez ejecutada la acción, continua de forma ininterrumpida, por la voluntad del agente que no hace cesar dicho estado de cosas, y es en el momento en que cesa la situación antijurídica cuando comienza el cómputo del plazo de prescripción.

Este cómputo del plazo de prescripción comienza, según señala el artículo 132.1 del Código Penal, desde que se eliminó la situación ilícita: *“En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”*.

El delito permanente se vincula a la naturaleza del bien jurídico y se establece que solo cabe en bienes jurídicos susceptibles de lesión reparable, como es el caso del delito de detención ilegal. Así, la STS 663/2014, de 15 de octubre, dice que *“el delito de detención ilegal es un delito permanente en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima, por lo que admite la participación posterior a la consumación dado que la privación de libertad permanece en el tiempo hasta su cesación... El delito permanente se caracteriza porque la acción continúa, de forma ininterrumpida, realizando el tipo después de la consumación”*.

Se puede distinguir dos tipos de delitos permanentes. En primer lugar, delitos necesariamente permanentes son aquellos que exigen una actividad antijurídica durante un tiempo dilatadamente largo y, en segundo lugar, delitos eventualmente permanentes, en los que el tipo penal puede agotarse cuando se concreten sus elementos constitutivos, aunque también puede dilatarse en el tiempo.

SANZ MORÁN¹² señala que no hay propiamente un “momento consumativo”, sino un “estado de consumación” que dura hasta que se cesa la situación antijurídica, que puede verificarse de distintas formas, ya sea, siguiendo el supuesto de la detención ilegal (regulado en los artículos 163 a 168 del Código Penal) por una acción de la propia víctima (conseguir huir o escapar del lugar de encierro o detención), por una acción por parte de terceros (alguien consiga auxiliar o rescatar a quien se encuentra encerrado o detenido), o por una acción del mismo autor (dejar en libertad a quien se encontraba detenido).

En lo que respecta al delito compuesto es aquel que está integrado por varias acciones, aunque no tienen por qué ser todas y cada una de ellas delito y, en el caso de que una de ellas sí lo sea, quedará absorbida en el delito compuesto.

El delito complejo se caracteriza por la concurrencia de dos o más acciones, cada una de ellas constitutiva de tipos delictivos autónomos, pero la unión de dichos tipos genera un delito autónomo distinto. Es el caso del artículo 237 del Código Penal, que regula el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, es decir, medios que de por sí son constitutivos de delitos autónomos de coacciones o amenazas, pero que al formar parte del delito de robo forman un delito complejo autónomo.

3.2 Concurso de leyes penales

3.2.1 *Supuesto de hecho*

El concurso de leyes penales o concurso aparente de normas designa una situación producida cuando de un mismo hecho, constitutivo de una sola infracción, se ocupan dos o más preceptos y, aunque aparentemente estos preceptos sean aplicables, solo uno de ellos lo es. BÉJAR GARCÍA entiende que para que exista concurso de leyes es requisito necesario que uno o varios hechos sean incluibles en varios preceptos penales, de los que solo uno pueda aplicarse¹³.

¹² Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 116

¹³ Véase BÉJAR GARCÍA, F.J., “Concurso de leyes en Derecho Penal”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 13

En caso de que se apliquen varios o todos los preceptos en juego se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem* (prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 480/2009, de 22 de mayo, entiende que *“el llamado conflicto o concurso de normas, se produce cuando sobre un mismo supuesto de hecho recaen dos o más preceptos normativos en cuyas respectivas hipótesis es subsumible enteramente el supuesto en conflicto”* y continúa diciendo que *“el conflicto de normas debe resolverse con la aplicación de solo una de ellas, que excluya a las demás”*.

Además, el Tribunal Supremo ha establecido que *“el concurso aparente 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”*¹⁴.

Por ello, a diferencia del concurso de delitos, donde es preciso aplicar todas las normas concurrentes para colmar el total desvalor del hecho concreto, en los casos de concurso de leyes basta con aplicar uno de los tipos, pues únicamente existe un solo delito, para colmar el desvalor del suceso.

La STS 1372/2011, de 21 de diciembre, establece que *“la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art. 8 C.P.) o de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según 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 caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal”*.

Así, por ejemplo, el hecho de disparar a una persona causándole la muerte está contemplado en varias normas, aunque no todas se pueden aplicar, ya que, habiéndose producido la muerte, solo se habrá realizado un hecho punible y solamente se habrá lesionado una vez el bien jurídico protegido en los artículos 138, 139 y 142 del Código Penal. La aplicación de la pena del artículo 138 (homicidio) y de la pena del artículo 139 (asesinato) vulneraría el principio *non bis in ídem*, pues con la aplicación del artículo 139 es suficiente para colmar el desvalor del hecho.

El principio *non bis in ídem* no se encuentra formulado de forma expresa en la Constitución Española, pero el Tribunal Constitucional concreta su fundamento y la forma

¹⁴ STS 971/2011, de 21 de septiembre, Fundamento de Derecho Cuarto

de operar de este principio en relación con el concurso de leyes. Así, ha establecido que “*si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución*”¹⁵.

Además, la STC 154/1990, de 15 de octubre, señala: “*El principio non bis in ídem es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción*”.

Existen dos posiciones en la doctrina del concurso de leyes. La doctrina mayoritaria entiende que todos los preceptos implicados concurren efectivamente, entonces el hecho cabe en todos esos preceptos, aunque, en realidad, solo uno de ellos será aplicable. Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende que la concurrencia de los preceptos implicados es solo aparente, puesto que desde el principio solo concurre uno de ellos.

Al igual que la doctrina dominante alemana y la jurisprudencia, MIR PUIG defiende la primera posición porque permite tener en cuenta al precepto o preceptos desplazados en combinación con el precepto preferente y también podría llegar a aplicarse el precepto desplazado en el caso de que no fuese aplicable el precepto preferente¹⁶.

3.2.2 Principios interpretativos

Para decidir cuándo se puede apreciar un concurso de leyes y no un concurso de delitos, así como qué norma es preferente y cuál debe ser desplazada, es preciso llevar a cabo una interpretación de las distintas normas penales que concurren en un determinado supuesto a través de los principios regulados en el artículo 8 del Código Penal, si bien dichos

¹⁵ STC 2/1981, de 30 de enero, Fundamento Jurídico Cuarto

¹⁶ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 682

principios pueden servir para orientar la interpretación de las normas penales, no suelen ofrecer soluciones automáticas:

1º. Principio de especialidad:

Existe relación de especialidad entre dos preceptos cuando uno de ellos contiene todos los elementos de otro, pero se distingue de él a través de algún otro elemento adicional, de tal forma que, si se prescinde de tal elemento nos encontramos en la esfera del tipo general. Por ello, puesto que la ley especial recoge un mayor número de particularidades del hecho tiene preferencia respecto a la ley general (*lex specialis derogat legi generali*) y así lo recoge el artículo 8.1ª del Código Penal: *“El precepto especial se aplicará con preferencia al general”*.

El Tribunal Supremo se refiere así al principio de especialidad: *“la aplicación del principio genérico de especialidad se desglosa en una serie de reglas que, como es sabido, en la actualidad se contienen en el art. 8 CP, y que responden a una misma idea, a saber: la de que en caso de conflicto, la norma que se ajusta más exactamente al supuesto de hecho expresa de modo más complejo la valoración que del mismo efectúa el ordenamiento jurídico y prevalece sobre la que lo contempla de manera más vaga y abstracta”*¹⁷.

Se reconoce de forma unánime que existe relación de especialidad entre los tipos cualificados y los tipos privilegiados respecto a los tipos básicos. Un ejemplo es el de la relación de especialidad existente entre el delito de homicidio (ley general) y el asesinato, que se resuelve por el principio de especialidad a favor del asesinato.

Otro supuesto en que se atiende al principio de especialidad es para resolver la relación de concurso existente entre el delito de coacciones y el de detención ilegal. El Tribunal Supremo considera que el delito de coacciones es la ley general y el delito de detención ilegal la ley especial, así lo establece la STS 799/1997, de 6 de junio: *“El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal de los artículos 480 y 481 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución”*. Añade el Tribunal en la Sentencia 368/1997, de 21 de marzo, que *“la detención ilegal contiene todos los elementos de la coacción y además uno que la individualiza frente a las demás coacciones: que se comete contra la libertad ambulatoria de una persona a la que se priva de la facultad de moverse del sitio donde se le ha dejado encerrada o detenida”*.

¹⁷ STS 1504/2018, de 15 de octubre, Fundamento de Derecho Tercero

2º. Principio de subsidiariedad

Existe relación de subsidiariedad entre dos leyes penales cuando una de ellas (ley subsidiaria), únicamente es aplicable cuando la otra (ley principal), no lo es. El principio de subsidiariedad es un modo de evitar que, en aquellos casos en los que no concurren unos determinados requisitos, se deje de castigar un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige esos requisitos¹⁸.

Este principio se encuentra regulado en el artículo 8.2ª del Código Penal: *“El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible”* y la fórmula referida a este principio es que la ley subsidiaria solo entra en juego cuando resulta inaplicable la ley principal (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)¹⁹.

Como se establece en el artículo 8 del Código Penal, la subsidiariedad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando la prevalencia del tipo principal se desprenda de la propia ley, ya sea remitiendo a otro precepto concreto (tal sería el caso del artículo 544 del Código Penal, referido a la sedición: *“Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión...”*) o, ya sea utilizando expresiones tales como *“si el hecho no constituyera otro delito más grave”* o semejantes²⁰ (sería el caso del artículo 503.2 del Código Penal, dentro de los delitos contra las Instituciones del Estado, que castiga con la pena de prisión de 2 a 4 años a: *“Los que coarten o por cualquier medio pongan obstáculos a la libertad del Gobierno reunido en Consejo o de los miembros de un Gobierno de Comunidad Autónoma, reunido en Consejo, salvo que los hechos sean constitutivos de otro delito más grave”*).

Dentro de la subsidiariedad expresa podemos encontrar algunas cláusulas concursales²¹, esto es, cláusulas establecidas por el legislador con el objetivo de dar solución a determinados problemas concursales. Así, los tipos penales de desobediencia y de resistencia a la autoridad o sus agentes, recogidos en el artículo 556 del Código Penal,

¹⁸ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2019, p. 449

¹⁹ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, Granada, Ed. Comares, 2004, p. 172

²⁰ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 123

²¹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2013, p. 192

solamente se aplican a los comportamientos que no estén comprendidos en el artículo 550, que regula el delito de atentado. Otro supuesto sería la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal cuando señala: “*En defecto de los criterios anteriores...*”. ESCUCHURI AISA denomina a estos tipos de cláusulas concursales como “autoexclusiones específicas”, es decir, aquellos en los que la referencia a la ley aplicable con carácter principal se produce de manera concreta.

Frente a estas autoexclusiones específicas se encuentran los “supuestos de autoexclusión general”²², en los que el precepto declara su inaplicación frente a otro que recoja un delito más grave, como es el caso del artículo 172.1 del Código Penal, en el párrafo segundo, cuando señala: “... *salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código*”.

Sin embargo, autores como GARCÍA ALBERO y MATUS ACUÑA abogan por un concepto más restringido de subsidiariedad expresa y entienden que no cabría considerar como cláusulas de subsidiariedad expresa aquellas que limitan el alcance de una disposición y, por tanto, evitan su concurrencia con otra.

Por otro lado, la subsidiariedad tácita se suele producir en aquellos casos en que alguno de los preceptos penales concurrentes representa una intensificación del mal para el bien jurídico protegido, que es común en ambos preceptos. La doctrina entiende que se trata de una cuestión valorativa y para comprobar si existe una relación de subsidiariedad se atiende a los tipos penales en abstracto que concurren, careciendo de relevancia las circunstancias individuales en que se hayan cometido dichos tipos.

Para MIR PUIG existe subsidiariedad tácita cuando de la interpretación de un precepto se deduce que no pretende ser aplicado cuando existe otra circunstancia más grave del hecho por constituir este una forma de ataque más grave del mismo bien jurídico²³.

Existen distintos tipos de subsidiariedad tácita:

- a) Son subsidiarias las fases delictivas previas frente a las posteriores, señalándose la subsidiariedad de la tentativa frente a la consumación, así como la subsidiariedad de los actos preparatorios punibles frente a la tentativa y a la consumación del delito²⁴.

²² Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 173

²³ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 684

²⁴ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 175

- b) Son subsidiarios los delitos de peligro concreto frente a los delitos de lesión, sin embargo, no existe relación de subsidiariedad cuando estamos ante un delito de peligro abstracto frente al delito de lesión, al suponer el primero un peligro más general que no se agota en la lesión que se ocasione.
- c) Son subsidiarias las diversas formas de participación (la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad) frente a la autoría y, de igual modo, la complicidad es subsidiaria frente a la cooperación necesaria y la inducción²⁵.
- d) Por último, es subsidiario el delito imprudente frente al delito doloso.

3º. Principio de consunción

Se encuentra regulado en el artículo 8.3ª del Código Penal: *“El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”* y se corresponde con la fórmula *“lex consumens derogat legi consumptae”*. Por tanto, este principio establece que existe una relación de consunción entre varios tipos penales cuando el contenido del injusto de un tipo ya se encuentra contenido en otro, de tal manera que, la aplicación del tipo que consume todo el injusto impide la aplicación del tipo consumido²⁶.

Siguiendo a MIR PUIG, este principio sirve como criterio cuando uno de los preceptos concurrentes es suficiente para valorar de forma completa el hecho y no existe una fórmula más específica de solucionar el concurso de leyes²⁷.

Se acude a este principio para resolver dos grupos de casos:

- a) Supuestos del denominado hecho acompañante típico²⁸: son aquellos en los que la realización de un tipo penal implica la de otro que se encuentra consumido por él. Así, la STS 1845/1999, de 27 de diciembre, declara que: *“en orden al delito de detención*

²⁵ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 124

²⁶ Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R (Coord.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2010, p. 149

²⁷ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 685

²⁸ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op.cit., p. 181

ilegal y su relación con el delito de robo con violencia o intimidación, esta Sala tiene declarado que el delito de robo entraña y absorbe la pérdida momentánea de la libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho y que no se cumplen los elementos tendenciales de la figura de detención ilegal al estar comprendida dentro de la normal dinámica comisiva del robo con violencia o intimidación, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el “modus operandi” de que se trate”.

- b) Supuestos de hechos posteriores impunes o copenados: son aquellos actos que, considerados de forma aislada constituirían delitos independientes, pero en cuanto aparecen unidos a otro hecho, ya son sancionados con el castigado de este.

Sería el caso de la introducción en territorio nacional de una moneda falsificada o el uso de un documento falsificado²⁹. En estos casos, el desvalor de la falsificación consume la introducción o el uso posterior del objeto falsificado en el tráfico jurídico. Por ello, resulta innecesario castigar de forma independiente estos actos posteriores, pues se considera que con la pena del delito principal ya queda penado el hecho posterior.

4º. Principio de alternatividad

Se encuentra regulado en el artículo 8.4ª del Código Penal: *“En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”*. Este principio debe tenerse en cuenta siempre para evitar impunidades absurdas o despropósitos punitivos que se pudieran derivar de la mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos cuya estructura sea muy parecida³⁰.

MIR PUIG se muestra crítico con este principio porque, para él, únicamente no se podrán aplicar los criterios anteriores cuando dos o más preceptos prevean exactamente el mismo hecho como consecuencia de un error o un descuido del legislador y, en ese caso, se deberá aplicar el precepto que señale la pena más grave, pero nunca se podrá aplicar el precepto menos grave, por lo que ha de entenderse derogado por el más grave, concluyendo que *“no se trata de un verdadero concurso de leyes, que exigiría que todos ellos estuvieran en vigor y fueran*

²⁹ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 450

³⁰ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 450

aplicables en algún caso”³¹. Asimismo, SANZ MORÁN cuestiona la constitucionalidad de este principio porque no tiene sentido gravar al reo con los errores del legislador.

Se acude a este principio para resolver, entre otros, estos casos:

- a) La relación entre el artículo 251.3º del Código Penal, relativo al otorgamiento de un contrato simulado en perjuicio de otro, y el artículo 257.1 del Código Penal, relativo al alzamiento de bienes. En este caso, como ninguna de estas dos figuras presenta un mayor desvalor o reproche no previsto en la otra, se recurre al alzamiento, que se castiga de forma más grave³².
- b) Existe una relación de alternatividad entre el delito de acoso sexual (artículo 184.2 del Código Penal) y el delito de amenazas condicionales (artículo 171.1 del Código Penal).
- c) Entre un tipo cualificado en grado de tentativa y el correspondiente tipo básico en grado de consumación también existe relación de alternatividad. Tal sería el caso del concurso entre el delito de tentativa de violación y el delito de agresiones sexuales del tipo básico consumadas³³.

3.2.3 Consecuencia jurídica del concurso de leyes penales

La consecuencia jurídica del concurso de leyes penales es la aplicación de la pena prevista en el precepto prevalente. En el plano de las consecuencias jurídicas, a diferencia del concurso ideal de delitos, en el concurso de leyes una ley penal desplaza a otra y la excluye. Pero, a pesar de ello, la ley desplazada puede tener influencia en la determinación de la pena aplicable.

³¹ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 687

³² Véase QUINTANAR DÍEZ, M., ORTIZ NAVARRO, J.F., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “Concurso aparente de leyes”, en QUINTANAR DÍEZ, M (Dir.), *Elementos de Derecho Penal. PG*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2020, p. 46

³³ Véase OBREGÓN GARCÍA, A. “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, 2008, p. 13

Así, en la doctrina alemana si la ley desplazada establece un límite mínimo superior al de la ley aplicable se produce el denominado “*efecto oclusivo de la ley desplazada (o menos grave)*”³⁴, de manera que no se podrá imponer una pena inferior a ese límite. También se tendrá en cuenta la ley desplazada si señala ciertas consecuencias accesorias o medidas no previstas por el precepto desplazante en principio más grave³⁵. Para la jurisprudencia alemana, el concurso de leyes es una simplificación de la sentencia, pues la ley desplazada puede reaparecer siempre que en ella se prevean las consecuencias jurídicas que no estén previstas en la ley principal.

Por ello, las diferencias entre el concurso de leyes y el concurso ideal han ido desapareciendo, quedándole al concurso ideal solamente una función de esclarecimiento. En cambio, en el Derecho español, no se ha producido un acercamiento en el ámbito de las consecuencias jurídicas entre el concurso ideal de delitos y el concurso de leyes, al contrario que en Alemania. Ello es así porque en España no se ha producido la sustitución del sistema de absorción simple por el sistema de combinación. Además, CUERDA RIEZU argumenta que no se puede reconocer efectos a la ley desplazada porque ello no respetaría la esencia del concurso de leyes, es decir, que uno de los preceptos agota el total desvalor del hecho y es suficiente con la aplicación de la consecuencia jurídica establecida para el mismo y añade que esta interpretación supondría una vulneración del principio de legalidad³⁶.

3.2.4 Cláusulas concursales

Además de las cláusulas concursales mencionadas para los supuestos de subsidiariedad expresa (subepígrafe 3.2.2.), existen otras cláusulas concursales que plantean una problemática específica, pues nuestro Código Penal ha ido incrementando el número de estas cláusulas con las sucesivas reformas que ha experimentado desde su aprobación.

Estas cláusulas concursales son aquellas en las que el legislador interfiere en el problema de la distinción entre el concurso de leyes penales y el concurso de delitos. Tal es el caso, como señala ESCUCHURI AISA, de los preceptos que remiten al castigo separado de las infracciones. Un supuesto sería el artículo 177 del Código Penal, relativo a los delitos

³⁴ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 198

³⁵ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 682

³⁶ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, op. Cit., p. 219

contra la integridad moral: *“Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley”*.

Otro de los grupos de cláusulas concursales dentro de la Parte Especial lo forman aquellos preceptos que remiten al castigo de la infracción más grave, como es el artículo 382 del Código Penal, dentro de los delitos contra la seguridad vial, cuando señala: *“Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior...”*. Este tratamiento punitivo coincide con el previsto en el artículo 77 del Código Penal para el concurso ideal de delitos, con la diferencia de que, en el concurso ideal, se prevé el castigo por separado de las infracciones concurrentes si es más favorable. De lo cual se desprende, según SANZ MORÁN, que el legislador está pensando en un concurso de delitos y no en un concurso de leyes penales³⁷, cuando señala: *“y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado”*.

Por último, los preceptos que, junto a la pena prevista para el delito de que se trate, incluyen la cláusula “sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos” o expresiones semejantes. Así, el artículo 173.2 del Código Penal se refiere a las penas aplicables a quien ejerza de forma habitual violencia física o psíquica a las personas mencionadas en el artículo y añade en el último inciso: *“sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la legitimidad de esta cláusula concursal y argumenta: *“El supuesto de hecho del precepto cuestionado no es equiparable a la mera suma aritmética de los ilícitos en que se hayan podido subsumir los actos de violencia, sino que estamos ante un aliud en el que lo relevante no es, por sí solo, la realización de los actos violentos, sino la unidad que quepa predicar de ellos a partir de su conexión temporal y sus consecuencias para la relación familiar”*³⁸.

³⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Sobre el arte de contar los delitos. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales”, en *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 2019, p. 11

³⁸ STC 77/2010, de 19 de octubre, Fundamentos Jurídicos 5 y 6.

En otras palabras, entre el supuesto de hecho del delito de violencia habitual y la suma de los delitos en que se han concretado los actos de violencia no concurre una exacta identidad, por lo que no se produce una vulneración del principio *non bis in ídem*.

3.3 La denominada unidad natural de acción

La denominada unidad natural de acción se ocupa del problema de la repetición o multiplicación del mismo tipo legal en un mismo contexto³⁹. En estos casos, existe un solo delito cuando se produce una estrecha conexión temporal y espacial de las diversas acciones (cada una de ellas constitutiva de delito por sí misma) que justifica que tales acciones puedan ser objeto de enjuiciamiento como una sola infracción.

La unidad natural de acción también se ha utilizado para explicar los casos de comisión sucesiva de un hecho donde el autor lleva a cabo de forma consecutiva varios actos hasta que realiza el tipo penal. Tal sería el caso de una persona que intenta matar golpeando a la víctima en la cabeza, pero, a la vista de no conseguir el resultado pretendido, termina por estrangularlo. Aquí, todos estos actos se valoran como una unidad de acción y el autor ha realizado el tipo una sola vez, con lo cual, la unidad natural de acción cumpliría la función de excluir la aplicación de las reglas reguladoras del concurso de delitos.

Hay unidad de acción y no una pluralidad de acciones cuando la pluralidad de actuaciones sea percibida por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio⁴⁰ (varios puñetazos seguidos dan lugar a un único delito de lesiones), careciendo de sentido descomponerlo en varios actos delictivos.

Tres son los elementos de esta unidad natural de acción para que sea posible apreciar un solo delito:

- 1) La estrecha conexión temporal y espacial entre las acciones típicas llevadas a cabo, así como la homogeneidad de los actos, aunque se ha admitido que puedan existir interrupciones cortas o cambios en la forma de ejecución del delito, pero no es

³⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., pp. 129-130.

⁴⁰ STS 213/2008, de 5 de mayo. Fundamento de Derecho Segundo, p. 11

posible que las interrupciones sean de semanas o de meses entre las distintas acciones típicas⁴¹.

- 2) La intensificación del injusto típico o elevación cuantitativa de la lesión al bien jurídico. Este elemento depende del bien jurídico tutelado. Así, si se trata de un bien jurídico “eminentemente personal”, como puede ser la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, etc., es necesario que el sujeto pasivo sea el mismo y no varíe, ya que si existe una pluralidad de sujetos pasivos nos encontraríamos ante tantos delitos como sujetos pasivos existan.
- 3) Persecución de un fin unitario o resolución volitiva unitaria.

El Tribunal Supremo señala que *“la acción puede estar constituida por una pluralidad de actos sin que por ello se desvirtúe su carácter unitario. Una acción así entendida corresponde, por regla general, a un solo delito, de modo que los actos integrantes de ellos, aun constitutivos de otras figuras delictivas, quedan absorbidos por el tipo más grave que las abarca”* y continúa *“Lo normal, de acuerdo con la concepción general de la vida, es que sea la voluntad convergente de un telos inmediato lo que dote de unidad material a la acción que, al quedar recortada por un mismo tipo penal, da lugar a un solo delito”*⁴².

Además, el Tribunal Supremo también se hace eco de los requisitos de la unidad delictiva a efectos de distinguirla del delito continuado. Así, la STS 120/2021, de 11 de febrero, señala como requisitos para afirmar la unidad de acción los siguientes:

- a) *“Desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva;*
- b) *Como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única;*

⁴¹ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 372

⁴² STS de 26 de febrero de 2007 (N.º de recurso 88/2006), que recoge el contenido de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1977.

- c) *Y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva*”.

3.4 El delito continuado y el delito masa

3.4.1 *El delito continuado*

SANZ MORÁN se muestra especialmente crítico con esta figura al mostrar su rechazo a la necesidad de una previsión legal específica del delito continuado, pues, según él, carece de toda justificación la admisión de la figura del delito continuado, con la consecuencia del tratamiento punitivo privilegiado frente al concurso real homogéneo, sobre todo donde la aceptación de esta figura se deba únicamente a razones de economía procesal⁴³.

El delito continuado se encuentra regulado en el artículo 74.1 del Código Penal: *“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”*.

De forma general, se entiende por delito continuado la comisión de una pluralidad de infracciones por el mismo sujeto que, en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se aparta de la aplicación de las reglas del concurso de delitos, pues se contempla como un único delito⁴⁴.

También se puede definir el delito continuado como la realización de dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. Por ello, se caracteriza porque cada una de las acciones que constituyen el delito continuado representan de por sí un delito consumado, pero todas ellas se valoran en conjunto como un solo delito⁴⁵.

COBO DEL ROSAL señala que se habla de delito continuado cuando una pluralidad de infracciones cometidas por el mismo sujeto, en virtud de la concurrencia de determinados

⁴³ Véase SANZ MORÁN, A.J. “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”, op. Cit., p. 7

⁴⁴ Véase ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2019, p. 490

⁴⁵ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 446

requisitos, se sustrae a las reglas del concurso y es contemplada, jurídicamente, como una unidad, esto es, como un solo delito⁴⁶.

Otros autores⁴⁷ entienden que el delito continuado es una modalidad del concurso real de delitos a través de la cual se agrupa en una sola acción (y en un solo delito) una serie de acciones y de delitos que han sido ejecutados en diferentes momentos, pero en los que existe una determinada conexión.

El Tribunal Supremo entiende que *“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 de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera “realidad jurídica”, que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva”*⁴⁸.

El delito continuado nace como una ficción jurisprudencial y su finalidad era evitar la pena de muerte que conllevaba la realización del tercer hurto. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁴⁹ entienden que el delito continuado es una ficción jurídica y ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC⁵⁰ afirman que el delito continuado constituye un límite o una excepción a la aplicación del concurso real de delitos homogéneos.

Sin embargo, SANZ MORÁN sostiene que el delito continuado debe ser tratado como un concurso real homogéneo y que no se trata de ninguna ficción, sino de un simple problema interpretativo que consiste en determinar si, en la situación concreta, lo que desde un punto de vista formal aparece como reiterada realización del tipo, puede ser caracterizado,

⁴⁶ Véase COBO DEL ROSAL, M. “Sobre el delito continuado”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 250-251

⁴⁷ Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, “El concurso de delitos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2010, p. 462

⁴⁸ STS 627/2014, de 7 de octubre, Fundamento de Derecho Cuarto.

⁴⁹ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General* op. Cit., p. 446

⁵⁰ Véase ORTS BERENGUER, E/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, *Compendio de Derecho Penal*, op. Cit., p. 490

valorativamente, como un solo delito por darse los requisitos subjetivo (idéntica situación de motivación) y objetivo (intensificación cuantitativa del injusto)⁵¹.

MIR PUIG se refiere al delito continuado como una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de “unidad natural de acción”, como parte de un proceso continuado unitario⁵².

Tres son las teorías⁵³ que se han formulado sobre la naturaleza jurídica del delito continuado:

- 1) Teoría de la ficción: es ampliamente aceptada en Italia y sostiene que el delito continuado supone, en realidad, una pluralidad de delitos que daría lugar a un concurso real de delitos, pero se admite la ficción jurídica de que solamente existe un delito con la finalidad de evitar las consecuencias del sistema de acumulación de las penas.
- 2) Teoría realista o teoría de la realidad natural⁵⁴: el delito continuado supone una unidad real de acción, en el sentido de que los actos parciales tienen por finalidad un solo designio criminal y producen una sola lesión jurídica. Por lo que el hecho de que tal lesión se produzca como consecuencia de una o de varias acciones es indiferente, pues solo afectaría a los modos de ejecución.
- 3) Teoría de la realidad jurídica: fue defendida en Alemania y se apoya en razones de utilidad práctica. Esta teoría sostiene que el delito continuado es una creación del Derecho y que, en el caso de que no se encuentre prevista por la ley ha de fundarse en el Derecho consuetudinario. Por tanto, se aparta de las anteriores teorías y defiende que no es preciso acudir a la ficción jurídica de la unidad de designio ni a la

⁵¹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 202

⁵² Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 670

⁵³ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 671

⁵⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 132

unidad real de acción, sino que es suficiente con su admisión jurídica, aunque sea consuetudinaria, y ello con independencia de que sea beneficioso para el reo.

El Tribunal Supremo señala en la Sentencia 867/2002, de 29 de julio: *“tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, que ha sido consagrada legalmente en el artículo 69 bis del Código de 1973 y reiterada en el artículo 74 del Código vigente”* y añade como ejemplo de delito continuado el supuesto del cajero que se apropia en diferentes ocasiones de distintas cantidades siguiendo un designio unitario o bien aprovechando circunstancias parecidas.

También la STS 885/2003, de 13 de junio, señala que: *“para apreciar el delito continuado, es necesario que en el relato fáctico quede establecido con claridad que existió una separación temporal o espaciotemporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del artículo 74 del Código Penal, vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión”*.

Por tanto, para apreciar la existencia del delito continuado es necesario que concurren los siguientes requisitos⁵⁵:

- a) Pluralidad de acciones u omisiones de “hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión”. Esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que permite distinguir al delito continuado del concurso ideal de delitos, ya que en el concurso ideal la acción es única, aunque se cometan varios delitos, mientras que en el delito continuado son varias las acciones, pero el delito se valora como único.
- b) El sujeto activo debe realizar las acciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Este es el elemento más importante que supone la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque es preciso diferenciar entre plan preconcebido y aprovechamiento de idéntica ocasión, ya que plan preconcebido

⁵⁵ STS 228/2013, de 22 de marzo. Fundamento de Derecho Octavo (pp. 58-59)

se refiere al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones y se trata de una “culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos”, y el aprovechamiento de idéntica ocasión se realiza cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace “caer” al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

La jurisprudencia se refiere a “dolo unitario” equivalente a dolo global, en el sentido de que ha de responder a una unidad de resolución y de propósito criminal.

- c) Conexidad temporal dentro de la pluralidad de acciones u omisiones, no debiendo transcurrir un periodo de tiempo excesivo, pues una gran diferencia de tiempo haría desaparecer o debilitaría la idea del plan mencionado en el párrafo anterior. Por tanto, se requiere que la pluralidad de las acciones haya sido realizada en un periodo de tiempo reducido y acotado.
- d) Homogeneidad del “modus operandi” en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido en la comisión de los delitos.
- e) Igualdad o semejanza de los preceptos penales conculcados, es decir, que tengan como base la misma norma y que esta tutele el mismo bien jurídico (homogeneidad normativa).
- f) Identidad del sujeto activo, es decir, que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas. Aunque esto no exige que exista identidad de sujeto pasivo, ni unidad espacial y temporal⁵⁶. No obstante, el artículo 74.3 del Código Penal exige que no se trate de “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 (si existe diversidad de sujetos pasivos no podrá apreciarse un delito continuado, sino que estaremos ante una pluralidad de infracciones que habrá de resolver aplicando las reglas del concurso de delitos). En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad

⁵⁶ Véase ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal...* op. Cit., p. 491

delictiva. Por tanto, no cabrá delito continuado de homicidio ni de lesiones, pero sí de injurias a un mismo sujeto pasivo⁵⁷.

El artículo 74.1 del Código Penal señala que el autor de un delito continuado será castigado 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. Y el apartado segundo del artículo 74 señala que *“si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*.

Conviene recordar que la redacción original del artículo 74 del Código Penal preveía para el delito continuado *“la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior”*. La redacción actual del citado precepto, introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, opta por el criterio de la exasperación facultativa de la pena, pues prevé que el delito continuado sea castigado *“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”*.

Desde un primer momento se planteó si la regla penológica recogida en el artículo 74.1 del Código Penal era también de aplicación para los delitos patrimoniales o si, por el contrario, para estos últimos había que estar a lo establecido en el artículo 74.2 del Código Penal.

La Fiscalía General del Estado y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo discreparon en lo relativo a esta cuestión. Por un lado, la Fiscalía, en su Consulta 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones continuadas de carácter patrimonial, señala que: *“Los apartados 1 y 2 del art. 74 del Código Penal de 1995 deben ser aplicados conjuntamente, sin que el hecho de que se redacten en apartados separados se pueda interpretar como que se ha pretendido una respuesta penológica distinta en función de que el delito continuado sea o no de carácter patrimonial. Siempre que concurren los requisitos del delito continuado se deberá imponer la pena en su mitad superior. Y si, por tanto, estamos en presencia de un delito continuado de carácter patrimonial, la pena será la que corresponda al delito teniendo en cuenta el perjuicio total causado y en su mitad superior”*.

Por otro lado, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998, sobre la conversión de varias faltas de hurto en un delito continuado, señala que: *“En los casos de hurtos varios la calificación como delito o falta debe hacerse por el total*

⁵⁷ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, op. Cit., p. 673

sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del art 74 del Código Penal, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente". Así, la STS 1265/1997, de 17 de abril de 1998, que fue la primera sentencia que se aplicó después de la adopción del Acuerdo, entiende que, de no darse estrictamente los requisitos del delito continuado, habrá que optar por penar por separado las distintas faltas en que se incurre, como opción más beneficiosa para el reo.

En los casos de continuidad delictiva, si se trata de delitos patrimoniales, habrá que atender al perjuicio total causado, tal y como señala el artículo 74.2 del Código Penal. Sin embargo, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998 no abordó la cuestión de si resulta imperativa la imposición del artículo 74.1 del Código Penal⁵⁸. Sí se pronunció el Tribunal Supremo por primera vez en su Sentencia 1640/1998, de 23 de diciembre, que, en su Fundamento de Derecho Primero, señaló que: *"no resulta necesaria la imposición de la pena en su mitad superior cuando la continuidad delictiva tiene su origen en faltas continuadas contra el patrimonio, por las siguientes razones:*

- a) *Constituiría una infracción del principio "ne bis in ídem" si se valorase dos veces, en perjuicio del acusado, la suma de cantidades que inicialmente suponían, aisladamente, faltas contra el patrimonio.*
- b) *Se vulneraría el principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena.*
- c) *No resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado en el Código derogado ya que la redacción del delito continuado en el Código vigente difiere de la que tenía en el anterior Código, porque el apartado que se refiere a los delitos contra el patrimonio está separado por un punto aparte y en un número distinto, lo que no sucedía en el Código derogado, y porque en el Código derogado el Tribunal no estaba obligado a agravar la pena.*
- d) *La interpretación que se sostiene es la que está en más consonancia con la mayor discrecionalidad que se aprecia en el Código vigente en la determinación de la pena para su mejor individualización.*

⁵⁸ Véase SANZ MORÁN, A.J. "El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial", en *La Ley Penal* N.º 67, 2010.

- e) *La no imposición imperativa de la pena, en estos casos, en su mitad superior no impide para que los supuestos de continuidad múltiples o de mayor gravedad no tengan adecuada respuesta, bien con el juego de la mayor discrecionalidad que otorga la regla 1ª del artículo 66, bien con la posibilidad agravatoria que viene prevista, para hechos de notoria gravedad o en los que resulten perjudicados una generalidad de personas, en el mismo apartado segundo del artículo 74 del vigente Código Penal”.*

A partir de esta sentencia se forma un punto de vista consistente en que a los delitos de carácter patrimonial les resulta aplicable el artículo 74.2 del Código Penal y no el artículo 74.1 del Código Penal, por constituir el segundo apartado del artículo 74 una ley especial de aplicación preferente.

Así, el Tribunal Supremo señala que *“habida cuenta de la configuración actual del artículo 74 (en el que se regula la figura del delito continuado, con un apartado 2 destinado a determinar las penas para esta clase de delito en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado con un punto y aparte del apartado 1 en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general), ha de entenderse que no es aplicable a los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general se prevé en el apartado 1, consistente en la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior. Tal apartado 2 es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando éstos consisten en “infracciones contra el patrimonio”, según esta reciente doctrina jurisprudencial, norma que desplaza a la general del párrafo 1, si bien sólo en cuanto a la materia de determinación de la pena”*⁵⁹.

También la STS 771/2000, de 9 de mayo, señala que: *“La sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la reciente doctrina de esta Sala (Ss. de 23-12-98, 17-3-99 y 11-10-99) que, en los casos de delito continuado cuando se trata de infracciones contra el patrimonio, como lo son las de robo aquí examinadas, aplica el art. 74.2 que prevé sumar las cuantías de los diferentes delitos o faltas para sancionar conforme al perjuicio total causado, y no el art. 74.1 que ordena la imposición de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. Se trata de una norma específica, la del art. 74.2, cuya aplicación excluye la genérica del mencionado art. 74.1, todo ello con el fin de impedir que en caso de infracciones patrimoniales de escasa cuantía total se considere obligado castigar en la mitad superior de la pena prevista para el delito de*

⁵⁹ STS 1404/1999, de 11 de octubre. Fundamento de Derecho Séptimo.

que se trate. En definitiva, para que no haya obstáculos que pudieran impedir la sanción con una pena proporcionada a la gravedad de los hechos”.

Cuestión distinta es la que surge cuando viene en aplicación el artículo 74.1 o el artículo 74.2 en el caso de que la suma de las cantidades defraudadas individualmente posibilite la apreciación de una estafa o una apropiación indebida de especial gravedad, en función del valor de lo defraudado. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, aunque con criterios no coincidentes. Así, la STS 1284/2002, de 8 de julio, aplica el artículo 74.1 del Código Penal: *“En el caso que se examina, nos encontramos que las diferentes acciones que integran el delito continuado, éstas por sí mismas ya configuran la “especial gravedad” 4 millones, 3 millones, 4 millones y 5 millones-, supuesto especial en el que conforme a la jurisprudencia de esta Sala se aplicará también la norma del párrafo 1º del artículo 74 del Código Penal”.* Por el contrario, la STS 1753/2002, de 22 de octubre, se inclina por la aplicación del artículo 74.2 del Código Penal: *“en relación con los delitos patrimoniales, la doctrina de esta Sala tiene declarado que es de aplicación preferente el párrafo 2º del art. 74 del Código Penal dada su naturaleza de norma específica, no siendo aplicable el párrafo primero de dicho artículo lo que a efectos prácticos”.*

De reseñable importancia en torno al debate jurisprudencia del delito patrimonial continuado es la STS 760/2003, de 23 de mayo. En lo que respecta al artículo 74.1 del Código Penal, se dice que la pena será la correspondiente a la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior y dice la sentencia mencionada que: *“se llega así a una penalidad superior a la que podría corresponder a la infracción más grave aisladamente considerada, pues es de tener en cuenta que al reproche que ésta merece se añade en el delito continuado el correspondiente a las demás infracciones integradas en él”.* En lo que respecta al artículo 74.2 del Código Penal, la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado, sin embargo, la STS 760/2003, de 23 de mayo, precisa que: *“La expresión empleada no es del todo afortunada, pues lo trascendente no es, en realidad, solamente el perjuicio, que puede venir integrado por distintos elementos, sino también el importe de lo hurtado o robado o de la defraudación o apropiación, de modo que deberá entenderse en este sentido”* y continúa: *“la primera previsión de este segundo apartado supone, de alguna forma, la agrupación de las distintas acciones u omisiones con la finalidad de determinar la pena aplicable. No se atiende, por lo tanto, a las penas señaladas a cada una de ellas aisladamente considerada. Y tiene una justificación evidente. En los delitos patrimoniales, la cuantía de lo hurtado, robado, defraudado o apropiado es un elemento acumulable entre las distintas infracciones y puede tener trascendencia para la determinación del tipo y, con él, de la pena aplicable”.*

Además, en el caso de que los hechos se califiquen como una conducta de especial gravedad en atención a la cuantía total aun cuando tal calificación no fuera procedente

respecto de cada una de las distintas infracciones, si fueran únicas, señala la sentencia que: *“La aplicación conjunta de los números uno y dos del artículo 74, supondría que en todo caso se ha de tener en cuenta el perjuicio total causado para determinar el precepto penal aplicable, y que, después, la pena en cada caso resultante debe imponerse en su mitad superior, lo cual conduce a resultados desproporcionados”*.

3.4.2 El delito masa

La figura del delito masa se encuentra regulada en el artículo 74.2 del Código Penal: *“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”*.

El delito masa o con sujeto pasivo masa se define como aquel en el que el plan preconcebido contempla ya desde el principio el dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas que no están unidas entre sí por un vínculo jurídico, de cuyo perjuicio individual pretende obtener el sujeto activo, por acumulación, un beneficio superior⁶⁰.

SANZ MORÁN se refiere al delito masa como una desafortunada configuración legislativa, pues esta figura iba orientada a resolver el problema de la imposibilidad de reconducir los fraudes colectivos a la figura del delito continuado, pero no se entiende la necesidad de tal reconducción⁶¹.

Esta figura se entiende como una modalidad agravada y específica del delito continuado, pero que tiene características propias que le dotan de una autonomía y sustantividad propias⁶². La STS 954/2010, de 3 de noviembre, señala que: *“el delito masa se caracteriza no sólo por su notoria gravedad, sino también porque la conducta se realiza contra una pluralidad de personas, en ocasiones no exactamente determinada. Los ejemplos más claros y frecuentes de esta clase de*

⁶⁰ Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. “El concurso de delitos”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2021, p. 270

⁶¹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, op. Cit., p. 205

⁶² STS 439/2009, de 14 de abril. Fundamento de Derecho Séptimo (p. 24)

delitos en el orden patrimonial lo constituyen las grandes estafas inmobiliarias o financieras y los ofrecimientos públicos y engañosos de servicios inexistentes". Por tanto, los requisitos para que se pueda apreciar el delito masa son:

- 1) Que se trate de delitos contra el patrimonio, incluyéndose también dentro de estos los delitos contra el orden socioeconómico.
- 2) Que afecte a una generalidad de personas, esto es, se exige necesariamente que afecte a una considerable multiplicidad de perjudicados. El Tribunal Supremo aclara que *"no hay generalidad de personas cuando, por más que se trate de bastantes o incluso muchos afectados, no conformen un colectividad indeterminada y difusa"* y continúa diciendo que *"el delito masa no necesariamente se caracteriza por una cantidad incontable de personas finalmente perjudicadas, pero sí precisa que el destinatario potencial de la actividad defraudadora sea una amplia e indiscriminada colectividad de individuos no singularizados por el dolo unitario del sujeto activo y sobre los que se irá replicando el engaño eficazmente generador de un menoscabo patrimonial en cada una de las víctimas"*⁶³.
- 3) Que el hecho revista notoria gravedad, es decir, que el daño patrimonial sea considerable desde un punto de vista cuantitativo y para calcularlo se debe sumar todos los perjuicios causados a cada una de las víctimas. Esta exigencia de notoria gravedad excluye a los pequeños fraudes colectivos, pues estarían sometidos a la regla del delito continuado del artículo 74.1 del Código Penal.

⁶³ STS 715/2020, de 21 de diciembre. Fundamento de Derecho Décimo

4 CONCURSO IDEAL DE DELITOS

El concurso ideal de delitos se encuentra regulado en el artículo 77.1 del Código Penal, y se produce en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos.

SANZ MORÁN se refiere al concurso ideal de delitos como aquellas situaciones en las que una misma acción o hecho cumple diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo de ellos baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta⁶⁴. MIR PUIG lo define como cuando un solo hecho constituye dos o más delitos⁶⁵. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC señalan que el concurso ideal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones⁶⁶.

El concurso ideal de delitos tiene en común con el concurso aparente de leyes penales que, en ambos existe una sola acción a la que le pueden ser de aplicación una pluralidad de tipos penales. Sin embargo, se diferencian en que en el concurso ideal los tipos penales concurrentes pueden ser aplicados de forma simultánea al producirse varios delitos, mientras que en el concurso aparente de normas penales (como vimos anteriormente), la aplicación de uno de los tipos concurrentes excluye la aplicación de los demás por existir una relación de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad (artículo 8 del Código Penal).

A este respecto, la STS de 8 de marzo de 1982 (Roj: 128/1982) señala que: *“el concurso de leyes se distingue del concurso ideal de delitos en que, en el primer caso, el hecho punible es único, si bien cabe su subsunción en dos o más figuras delictivas, las cuales se excluyen recíprocamente, pues o se castiga el comportamiento enclavándolo en una definición o incardinándolo en otra, pero nunca en ambas, mientras que, en el concurso ideal, los dos o más presuntos delitos no son de incompatible calificación, sino que conservan su individualidad e identidad”*.

Además, el concurso aparente de leyes penales puede darse con pluralidad de acciones, como, por ejemplo, en los casos de hechos anteriores o posteriores copenados, mientras que, como veremos a continuación, un elemento del concurso ideal de delitos es la unidad de acción.

⁶⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, Valladolid, op. Cit., p. 143

⁶⁵ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 674

⁶⁶ Véase ORTS BERENGUER, E/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho Penal...*, op. Cit., p. 485

La doctrina distingue entre concurso ideal heterogéneo y concurso ideal homogéneo. El concurso ideal heterogéneo se produce cuando el hecho realiza distintos delitos, mientras que el concurso ideal homogéneo se produce cuando los delitos cometidos son iguales.

El ejemplo clásico de concurso ideal heterogéneo de delitos viene representado por el sujeto que se resiste gravemente a la autoridad (cuando se halle en el ejercicio de sus funciones) causándole importantes lesiones. En este caso, nos encontramos ante un único hecho, pero que constituye dos infracciones (delito de lesiones y delito de atentado a la autoridad). Por otro lado, el ejemplo clásico de concurso ideal homogéneo lo constituye quien mata a varias personas mediante la colocación de una bomba, pues concurren varios asesinatos que son delitos iguales.

4.1 Elementos

4.1.1 *Unidad de acción y pluralidad de delitos*

La unidad de acción es un presupuesto básico del concurso ideal de delitos, pero es preciso, como punto de partida, señalar que el concepto de unidad de acción en la teoría del concurso de delitos no coincide con el concepto general de acción en la teoría del delito, ya que en el concepto de unidad de acción en la teoría general del delito solo se delimitan los presupuestos mínimos que tiene que cumplir una conducta humana para que pueda constituir una acción en sentido jurídico-penal y esta teoría no ofrecería ayudas para solucionar la cuestión en el caso de que un comportamiento humano complejo pueda dar lugar a una o varias acciones.

Así lo señala la STS de 29 de septiembre de 1987 (N.º de recurso 18/1984): *“La unidad de acción en que se cimenta o apoya el concurso ideal no coincide con el concepto general de acción según la teoría general del delito; aquella acción es equiparable a “hecho” que viene determinado por la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución correspondientes a los tipos de delito concurrentes, sin que pierda su unidad sustancial por la pluralidad de resultados y de bienes jurídicos lesionados”*.

Siguiendo a SANZ MORÁN, para determinar lo que es una acción dentro del comportamiento humano, deberá atenderse, por un lado, a la concepción general de lo que en la vida ordinaria puede ser catalogado como una acción por un observador imparcial y,

por otro lado, al presupuesto fáctico que se encuentra en la base del tipo penal⁶⁷, esto es, la coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos que están en la base de los tipos penales.

Un concepto natural de acción, que tenga relación con la descripción del tipo correspondiente puede servir a los efectos del concurso y así lo señala el Tribunal Supremo, aunque con matizaciones: *“es razonable partir de un concepto natural de acción, pero en más de una ocasión sería preciso recurrir a complementos normativos que delimiten la acción típicamente relevante. El concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualesquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real”*.⁶⁸

La unidad de acción en el ámbito del concurso ideal está caracterizada, además, por la presencia de una actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, siendo irrelevante el número de resultados en sentido material⁶⁹. Sin embargo, en contraposición a lo que señala SANZ MORÁN, MIR PUIG introduce el resultado como elemento decisivo en la unidad de hecho, pues, para él, la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia señalan que es irrelevante el número de resultados para determinar la unidad de acción. Como señala SANZ MORÁN⁷⁰, la doctrina dominante sigue entendiendo que la expresión “hecho”, tal y como la utiliza el artículo 77 del Código Penal, equivale a “acción”, siendo irrelevante, a los efectos de determinar si estamos ante un único “hecho”, el número de resultados en sentido material.

Así, la STS de 8 de marzo de 1982 (Roj: 128/1982), señala que: *“el concurso ideal se caracteriza porque con un solo pensamiento criminoso y una sola acción se ocasionan varias violaciones jurídicas”*, pudiéndose producir varias hipótesis de esta figura, como lo son: *“un solo acto, un*

⁶⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 147

⁶⁸ STS 365/2009, de 16 de abril. Fundamento de Derecho Segundo

⁶⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, op. Cit., p. 212

⁷⁰ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Una única acción, ¿concurso real de delitos?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, ed. BdeF, 2017, p. 868

único resultado y varias violaciones jurídicas; un mismo acto con varios resultados heterogéneos; y un solo acto con resultados múltiples y homogéneos”.

La pluralidad de resultados en sentido material solo tendrá importancia para determinar si existe uno o varios delitos, y en ello será muy importante la naturaleza del bien jurídico lesionado, pero no obsta para la existencia de un solo hecho en el sentido de la teoría del concurso⁷¹.

El Tribunal Supremo parte de la unidad o pluralidad de acciones como elemento diferenciador entre el concurso ideal y el concurso real. Sin embargo, ha mantenido una postura variable en lo relativo a este tema. Así, en algunas sentencias, el Tribunal introduce una cuestión de voluntad, de modo que, si el sujeto ha perseguido dolosamente (con dolo directo) los diferentes resultados causados con su acción, entonces habría de apreciarse un concurso real de delitos.

En cambio, en otras sentencias señala que, si la voluntad del sujeto afecta de forma directa y fundamental a la acción, pero no a los resultados (dolo eventual), entonces habría de apreciarse un concurso ideal de delitos. Por el contrario, en otras sentencias, como es la del “caso de la colza”, el Tribunal Supremo insiste en el criterio de la unidad de acción sin que se admita el concurso real cuando la acción es única, aunque tampoco existan varios resultados ocasionados dolosamente. El Tribunal también afirma que la pluralidad de resultados en los delitos dolosos no impide la unidad de hecho y añade que *“en tal sentido las SSTS de 16 de enero de 1981, 16 de febrero de 1982 y 26 de octubre de 1982 (entre otras) señalan categóricamente que se apreciará unidad delictiva cuando concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización del delito, aunque éstos tengan pluralidad de resultados”*⁷².

Por otro lado, en la STS 365/2013, de 20 de marzo, el Tribunal Supremo entiende que *“Unidad de hecho no es lo mismo que “unidad de acción”. Los tipos penales describen no solo conductas sino también resultados. El hecho de matar comprende acción y resultado y no solo la acción. En el delito de homicidio “el hecho” en sentido penal viene constituido por la muerte de una persona, no por la acción que ocasiona esa muerte. Por eso la causación de la muerte (o lesiones) de varias personas a través de una única acción es constitutiva de varios delitos en concurso real y no de un concurso ideal. No estamos ante “un solo*

⁷¹ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 148

⁷² STS de 23 de abril de 1992 (N.º de Recurso 3654/1992), p. 82

hecho” en clave jurídico penal. Congruentemente el resultado de varias muertes, buscado, querido, o aceptado ha de ser reconducido a varios delitos de homicidio en grado de tentativa en concurso real y no ideal”.

También el Tribunal Supremo ha señalado que *“matar a varias personas, aunque se produzca a través de una sola acción, implica diversos injustos típicos de la misma naturaleza en concurso real (ejemplo de un explosivo que mata a varios)”*⁷³.

Además de la unidad de acción, el concurso ideal de delitos se caracteriza por la realización de varios delitos sin que la consideración de uno solo de ellos sea suficiente para colmar el desvalor jurídico-penal del hecho. Sin embargo, la realización del mismo tipo penal en varias ocasiones mediante una única acción genera una diversidad de posturas. Así, en relación con el concurso ideal homogéneo, se pueden citar tres criterios⁷⁴:

- 1) El primero de los criterios sostiene que se trata de un concurso real de delitos. Esta postura fue defendida en la doctrina alemana por Von Buri, quien sostenía que, si de una acción se deriva una múltiple lesión de bienes jurídicos, estaremos entonces ante una pluralidad de acciones.

En la doctrina española, esta postura ha sido sostenida por MIR PUIG⁷⁵, quien cree que un solo hecho puede constituir dos delitos distintos, pero no puede dar lugar a varios delitos iguales, porque un solo hecho no puede merecer dos o más valoraciones iguales desde idéntica perspectiva sin vulnerar la prohibición de *bis in ídem*. En el ejemplo propuesto anteriormente, existen tantos hechos homicidas como resultados de muerte se causen dolosamente, por lo que no se trata de un concurso ideal, sino de un concurso real. Únicamente admitiendo una pluralidad de hechos se puede explicar la existencia de varios homicidios. *“Si no correspondiese un hecho distinto para cada muerte, solo podría decirse que existe un hecho con varias “muertes”, no con varios “homicidios”, pues el delito de homicidio no solo requiere la muerte, sino el hecho de matar. Cada delito de homicidio requiere un hecho homicida”*.⁷⁶

En la misma línea, ROIG TORRES apoya el planteamiento de MIR PUIG basándose en la interpretación del término “hecho” que utiliza el legislador en el artículo 77 del

⁷³ STS 122/2010, de 25 de febrero. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁷⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., pp. 149-151

⁷⁵ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 675

⁷⁶ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 675

Código Penal. Así, para esta autora, la interpretación de tal término *“traduce esa expresión como sustrato de la valoración típica, sin exclusiones, es decir, acción, relación causal y resultado, de suerte que si las infracciones difieren en alguno de estos elementos no hay «un solo hecho» como reclama aquella norma y, por lo tanto, no son oportunas las reglas del concurso ideal”*.⁷⁷

- 2) El segundo de los criterios sostiene que se trata de una hipótesis de delito único. Dentro de esta postura destaca la tesis de Beling: la unidad de delito vendrá dada por la unidad de acción, con independencia del número de lesiones legales. Para autores como GEERDS, cuando con la acción de arrojar una bomba se causa la muerte a varias personas, estaremos solo ante un homicidio de gran volumen.
- 3) El tercero de los criterios sostiene que es un caso asimilable por completo al concurso ideal heterogéneo. Esta postura es la más aceptada de forma mayoritaria. No puede hacerse depender la unidad o pluralidad de delitos del carácter homogéneo o heterogéneo de los resultados. Así, cabrían tres formas de concurso ideal: en primer lugar, la acción unitaria causa varios resultados heterogéneos, estos son objeto de una valoración jurídica heterogénea; en segundo lugar, la acción unitaria produce un solo resultado que es objeto de una valoración jurídica plural; y, en tercer lugar, la acción unitaria tiene varios resultados de la misma especie, los cuales son objeto de enjuiciamiento jurídico de la misma especie, pero plural.

En este sentido, la STS de 8 de marzo de 1982 (Roj: 128/1982) reconoce que una de las modalidades del concurso ideal es la de un solo acto con resultados múltiples y homogéneos.

Así, en los casos en que una acción produzca varios resultados típicos homogéneos estaremos ante un único delito, siempre y cuando el tipo admita la elevación cuantitativa del objeto de ataque. Esto se producirá en los delitos patrimoniales normalmente (salvo que afecten también a un bien jurídico suprapersonal, como es el caso del robo con violencia o intimidación). Por el contrario, estaremos ante un concurso ideal homogéneo cuando se trate de delitos contra bienes jurídicos suprapersonales y, generalmente, cuando se trate de delitos contra bienes jurídicos que tienen un valor individual propio.

⁷⁷ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012, p. 136

Finalmente, el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 20 de enero de 2015, con la intención de unificar los criterios de interpretación sobre la concurrencia real de una pluralidad de resultados realizados por una única acción, estableció que: *“Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido 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 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial”*.

La STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, que es de las primeras en aplicar el Acuerdo de 20 de enero de 2015, señala que *“el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo con la previsión de concurso ideal del art. 77 CP que, a priori, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica”*. Y continúa la mencionada sentencia diciendo que late *“un problema de proporcionalidad de la pena pues el régimen del concurso ideal, a priori aplicable a estos supuestos, no prevé una consecuencia proporcionada a la pluralidad de resultados”*.

Es preciso destacar el voto particular del Magistrado Luciano Varela Castro, que no encuentra una explicación a 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. Este voto particular concluye que cuando el Tribunal Supremo acoge *“un endurecimiento para el caso de plurales resultados vinculados a una única acción, imponiendo la pena del concurso real”*, lo hizo de manera restrictiva, solo para el caso de que el sujeto buscara de manera directa todos los resultados, por lo que el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional supondría un punto de inflexión, que además va en contra de la doctrina mayoritaria⁷⁸.

Además, el Magistrado Luciano Varela Castro hace hincapié en la falta de coherencia con lo que sucede en el caso de acción única imprudente que causa plurales resultados tipificados en el mismo tipo penal, calificado siempre como concurso ideal, así como resulta también incoherente, según el Magistrado, vincular la pena al número de resultados y, sin embargo, extender la solución del concurso real a supuestos (como los de tentativa de delito) en que el resultado no llega a producirse.

⁷⁸ Véase SANZ MORÁN, A.J. *“Una única acción, ¿concurso real de delitos?”*, op. Cit., p. 874

Más tarde, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016, en relación con el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, *“obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real”*.

Como consecuencia de este Acuerdo, la STS 538/2016, de 17 de junio, incorpora tres reflexiones⁷⁹ que cabe destacar:

- La existencia de tantos delitos como víctimas sería consecuencia de la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido, que, en el caso de la citada sentencia, sería la dignidad humana.
- Que la pluralidad de delitos constituya un concurso real deriva del Acuerdo Plenario de 20 de enero de 2015.
- Teniendo en cuenta que los delitos de trata de seres humanos están en relación instrumental con delitos de coacción a la prostitución, para evitar exasperaciones que podrían resultar desmesuradas, la sentencia recurre a la regla penológica recogida en el artículo 77.3 del Código Penal, prevista para el concurso medial, incrementando en muy poco, en cada una de las conexiones mediales, la pena correspondiente al delito más grave, sin llegar en modo alguno a la imposición de la misma en su mitad superior.

Según el Tribunal Supremo, en relación con el Acuerdo de 20 de enero de 2015, hay que partir de la idea de que, en determinados delitos como el de homicidio que describen conductas que llevan incorporada un resultado real o potencial, para decidir cuál es el régimen concursal al que se ha de atender, se debe tener en cuenta no solo la “acción” de matar (que indica una conducta), sino el “hecho” de matar, pues esta última expresión incorpora no solo la conducta llevada a cabo, sino también el resultado pretendido o producido. Por consiguiente, en el caso de que la acción realizada produzca varios resultados, estaríamos en presencia no de una única acción, sino de tantos hechos como víctimas, de tantos hechos punibles como sujetos pasivos existan, ya que sobre cada uno de ellos se lleva a cabo la acción

⁷⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Sobre el arte de contar los delitos...”, op. Cit., p. 19

y no tiene la misma antijuridicidad y culpabilidad la acción cuando se desarrolla contra una o contra varias personas.

Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia 57/2019, de 5 de febrero, citando la STS 1837/2001, de 19 de octubre, señala: *“cuando se trata de un homicidio, lo que se tiene en cuenta a los efectos del art. 77 no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto (consumados o intentados) con dolo directo, estamos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad, como el de la culpabilidad”*.

4.1.2 Identidad de los actos ejecutivos

A la hora de determinar cuándo una acción vulnera varias leyes penales en el sentido del concurso ideal de delitos, lo decisivo es la identidad, al menos parcial, del proceso ejecutivo que está en la base de los tipos concurrentes⁸⁰. La doctrina alemana entiende por “acto de ejecución” toda aquella actividad a través de la cual se realiza el tipo del delito.

SANZ MORÁN insiste en que *“el dato fundamental para determinar la existencia de un concurso ideal entre dos tipos penales es la coincidencia, al menos parcial, de los presupuestos fácticos que están en la base de los mismos, del proceso ejecutivo en ellos previsto o supuesto, del ámbito de referencia en el que “los actos de ejecución” de los correspondientes tipos coincidan, si no totalmente, al menos en parte, de manera que, como mínimo, uno de esos actos contribuya a la verificación de los tipos que concurren idealmente. Los respectivos procesos de ejecución se comportarían, por tanto, como círculos secantes: los “hechos” se cortan, presentando una zona común. Las diferentes descripciones típicas tienen un ámbito de referencia en el que se superponen”*.⁸¹

La concurrencia de la actividad típica ejecutiva en el concurso ideal de delitos se puede producir a través de diversos casos⁸²:

- 1) Identidad total de los actos típicos de ejecución: existe unidad de acción en caso de identidad total de las acciones ejecutivas típicas, esto es, cuando la actividad típica ejecutiva coincida plenamente en los delitos concurrentes, o bien cuando los actos

⁸⁰ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., pp. 151-152

⁸¹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, op. Cit., p. 213

⁸² Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., pp. 152-155

de ejecución de uno de los delitos comprendan en sí totalmente a los del otro delito (un ejemplo de este segundo caso sería la relación existente entre el delito de violación, regulado en el artículo 179 del Código Penal, y el delito de lesiones, regulado en los artículos 147 y siguientes del Código Penal, ya que la fuerza empleada en el delito de violación es, a su vez, integrante de un delito de lesiones).

El concurso ideal existe cuando las conductas requeridas para realizar diversos tipos se solapan completamente. Un ejemplo sería un disparo realizado por una persona que ocasiona, al mismo tiempo, unas lesiones corporales y un daño material.

- 2) Identidad parcial de los actos típicos de ejecución: para afirmar la unidad de acción necesaria en el concurso ideal de delitos no se exige la plena coincidencia entre las acciones ejecutivas de los delitos concurrentes, sino que basta con la identidad parcial de las acciones previstas en los tipos de las leyes penales en concurso⁸³.

La coincidencia solo en la parte subjetiva del tipo no es suficiente. El concurso ideal se funda en que el autor persigue un objetivo único o en que los delitos nacen con un mismo móvil, incluyendo cuando el autor ha tomado la determinación de cometer varios delitos al mismo tiempo. Pero no surge ningún concurso ideal cuando se persigue exclusivamente un mismo objetivo final⁸⁴.

Para que se pueda admitir la identidad parcial de los actos típicos no basta con la mera simultaneidad ni con la pura coincidencia externa de los procesos típicos ejecutivos, sino que tiene que producirse una intersección objetiva de las acciones en ejecución⁸⁵. No es suficiente si solamente se ha tomado al mismo tiempo la decisión de cometer varios delitos o si los distintos hechos son realizados al mismo tiempo y en el mismo lugar.

La Jurisprudencia aprecia un concurso ideal (coincidiendo solo en parte los tipos) entre el delito de robo (artículos 237 y siguientes del Código Penal) y el delito de extorsión (artículo 243 del Código Penal), si la fuerza sirve tanto para la sustracción

⁸³ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 43

⁸⁴ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 44

⁸⁵ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 153

del objeto como para la entrega de cosas, y también se aprecia concurso ideal entre el delito de lesiones corporales (artículos 247 y siguientes del Código Penal) y la resistencia a la autoridad (artículos 550 y siguientes del Código Penal), si es golpeado un agente.

Por el contrario, la coincidencia parcial se debe determinar de forma objetiva, sin que sea suficiente la existencia de un objetivo común, por lo que no se puede apreciar un concurso de delitos entre el delito de allanamiento de morada (artículo 202 del Código Penal) cometido con la intención de violar y la violación misma (artículo 179 del Código Penal), por ejemplo.

- 3) El “efecto abrazadera”: se trata de aquellos supuestos en los que dos acciones, en sí independientes, se ensamblan en una unidad por el “abrazo” de un tercer hecho punible que concurre idealmente con cada uno de los hechos autónomos⁸⁶.

El efecto abrazadera consiste en apreciar un concurso ideal entre tres delitos, uno de los cuales opera como nexo o enlace, abrazando los otros dos delitos⁸⁷. Algunos ejemplos serían las lesiones culposas que se causan en un accidente de tráfico, omitiendo el posterior auxilio debido y ello con un vehículo ajeno previamente hurtado, o el caso en el que durante un robo se da muerte de forma sucesiva a dos personas.

La aceptación del concurso ideal de delitos por el efecto abrazadera conduce a privilegiar la situación del autor en aquellos casos en los que, además de haber cometido dos infracciones de la ley penal, comete una tercera. Por ello, se condiciona la admisión del concurso ideal de delitos a la exigencia de que entre el delito que abraza y los delitos abrazados exista una equivalencia valorativa aproximada en cuanto al contenido del injusto o cuando el delito que abraza es el más grave. Por lo que, se considera que desaparece tal efecto abrazadera cuando el delito que sirve de enlace es menos grave que los otros delitos, o cuando solo una de las acciones independientes tiene un mayor contenido de injusto que la acción que enlaza. En estos casos no es posible apreciar unidad de acción entre ellos, lo cual supone apreciar

⁸⁶ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 154

⁸⁷ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 413

un concurso real entre los delitos independientes, pero cada uno de ellos está en concurso ideal con ese tercer delito.

Por ello, se justifican tales excepciones a la admisión del concurso ideal en que la culpabilidad del autor no puede verse reducida por el hecho de que cometa un delito menos grave cuando ya ha cometido dos delitos independientes. Esta argumentación se basa en que la culpabilidad del autor es menor en el concurso ideal y, por ello, tienen un tratamiento punitivo más benigno que el concurso real⁸⁸.

Sin embargo, hay autores que se muestran críticos con esta construcción del efecto abrazadera, uno de ellos es SANZ MORÁN, que señala que *“no pensamos que quepa extender el concurso ideal a tales supuestos. Si se acepta el límite propuesto por la doctrina mayoritaria alemana en el sentido de que ninguno de los delitos “abrazados” supere en gravedad al tipo “vinculante”, puesto que solo con que uno de aquellos sea más grave que éste se daría la paradoja de eludir el sistema punitivo previsto para el concurso real y adoptar el más benévolo del concurso ideal en los casos de delitos cuyos procesos ejecutivos son absolutamente independientes, solo por el hecho de coincidir cada uno de ellos con la acción típica de ejecución de un delito más leve, si esto es así, la pretendida construcción pasaría de regla general a excepción”*⁸⁹.

Para GARCÍA ALBERO⁹⁰, la teoría del efecto abrazadera desconoce que una relación transitiva solo resulta viable cuando se pregona la absoluta identidad de los distintos elementos. Cuando, por el contrario, basta con la mera relación de identidad parcial, la transitividad resulta lógicamente incorrecta.

Por otro lado, no se entiende por qué hay que analizar si el delito que une es más o menos grave que los otros, ya que esa distinción no se recoge en los preceptos que regulan el concurso de delitos⁹¹. Para la doctrina mayoritaria, el concurso ideal se basa

⁸⁸ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 414

⁸⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 155

⁹⁰ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: título III (Art. 77)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, ed. Aranzadi, 2001, p. 434

⁹¹ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 415

exclusivamente en la identidad parcial de los delitos concurrentes y no en el contenido del injusto de los delitos.

También se critica que, cuando se produzca la excepción, se castigue por concurso real los delitos independientes en concurso ideal con el tercer delito, porque al autor se le enjuiciaría por el delito que enlaza a los otros como si fuesen dos delitos cuando solo existe una acción y una realización típica.

ESCUCHURI AISA descarta también la posibilidad de aplicar un concurso ideal entre los delitos independientes en concurso real con el delito común por resultar totalmente contraria a los preceptos que regulan el concurso de delitos⁹².

Otra de las posibles soluciones sería estimar que los tres delitos se encuentran en relación de concurso real. Esta postura se critica porque desconoce los criterios generales del concurso ideal de delitos. Teniendo en cuenta lo establecido por el criterio dominante de admitir el concurso ideal en caso de coincidencia parcial de dos hechos, es un error transformar, para estos casos, el concurso ideal en un concurso real sin ninguna explicación. Con esta solución se pretende evitar ventajas injustificadas para el autor, pero contraria al sentido del artículo 77 del Código Penal al permitir que se castigue de forma plural determinadas acciones naturales⁹³, y la aplicación de las reglas del concurso real, dejando inaplicada la regla del artículo 77 conduce a un aumento indebido de la pena⁹⁴.

Por último, cabría establecer un concurso ideal con el primero de los delitos concurrentes, en concurso real con los restantes delitos (abrazamiento parcial), aunque esta solución tampoco resulta satisfactoria, ya que ante uno de los hechos abrazados la teoría respeta la coincidencia parcial de los actos ejecutivos, pero en los demás hechos deja de observar el concurso ideal⁹⁵.

⁹² Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 417

⁹³ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 417

⁹⁴ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 434

⁹⁵ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 435

4.2 Aspectos de determinación de la pena

El artículo 77.2 del Código Penal prevé que, en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos *“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”*.

El sistema que recoge el artículo 77.2 del Código Penal es el de absorción con agravación⁹⁶, esto es, se impone solo la pena del delito más grave, aunque el marco penal se fija en su mitad superior. El sistema de absorción se diferencia del sistema de exasperación en que, en el primero no se rebasa en ningún caso la pena del delito más grave y comporta la aplicación directa de una sola pena, mientras que en el sistema de exasperación, se rebasa el límite máximo de la pena del delito más grave y, por ello, se parte de un marco penal superior al del delito más grave. Además, el citado artículo dispone el castigo por separado de las infracciones, esto es, el sistema de acumulación material, cuando resulte una menor penalidad.

Este sistema puede suponer un tratamiento más benigno para quien comete varias infracciones en lugar de una sola, lo cual podría favorecer la comisión de varios delitos. Sin embargo, SANZ MORÁN estima suficiente el sistema de absorción con agravación como límite máximo sancionador del concurso ideal de delitos y señala que con un sistema de exasperación se desvirtuaría el sentido de la separación entre concurso ideal y concurso real de delitos⁹⁷.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 580/2010, de 16 de junio, señaló: *“En la STS N.º 745/2005, de 16 de junio, se decía que “El artículo 77 del Código Penal, al regular el concurso ideal establece una regla penológica de carácter general al disponer que en estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave, en su mitad superior. A renglón seguido establece un límite a la anterior disposición, consistente en que la pena resultante de la aplicación de esa regla general no podrá ser superior a la que resultaría de penar ambas infracciones independientemente, en cuyo caso deberán sancionarse por separado. En principio se trata de una regla que supone un cierto favorecimiento penológico de los supuestos*

⁹⁶ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 360 / Véase también SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 222

⁹⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, op. Cit., p. 225

de concurso ideal o medial frente a los del puro concurso real, pues no permite la imposición separada de las penas correspondientes a cada delito en el máximo legal, que en ocasiones pudieran resultar procedentes en función de las reglas del artículo 66 del Código Penal, ya que siempre resultaría posible aplicar en esos casos la regla general con carácter prioritario sin infringir el límite que se establece a la misma”.

4.2.1 Determinación de la infracción más grave

Para determinar la pena en el concurso ideal es necesario, en primer lugar, señalar cuál es la infracción más grave entre aquellas que concurren y, para ello, es preciso fijar previamente la pena de cada una de las infracciones concurrentes con el fin de llevar a cabo una comparación entre ellas. Se entiende que la infracción más grave es aquella que lleva aparejada una pena superior⁹⁸. Existe consenso en que no se pueden comparar las penas en abstracto tal y como están recogidas en el Código Penal para las infracciones cometidas, pues si se determina así la pena a imponer se podría aplicar una pena que, tras aplicar las reglas de determinación de la pena fuera inferior a la pena de otras figuras en concurso.

El debate gira en torno a si la comparación de las infracciones debe hacerse atendiendo al marco penal abstracto de la pena asignada a cada una de las infracciones, aplicando las reglas generales de determinación de la pena, con la excepción de las reglas relativas a las circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias o, si por el contrario, se deben comparar las penas concretas de las infracciones, aplicándose luego todas las reglas de determinación de la pena, incluidas las reglas relativas a las circunstancias modificativas hasta alcanzar la pena individual de cada delito.

A favor de la comparación de las penas en abstracto, GARCÍA ALBERO sostiene que no procede comparar las penas ya totalmente individualizadas, ya que el artículo 77.2 del Código Penal parte de una pena susceptible de ser agravada (en su mitad superior), por lo que, una pena no puede ser totalmente concreta. Además, señala el autor que: *“el artículo 77 se refiere a la “pena prevista para la infracción más grave”, por tanto, habrá que excluir de tal operación, como mínimo, la pena resultante de tener en cuenta las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, así como la individualización estrictamente judicial sobre la base de la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente a que alude el artículo 66 del Código Penal”*⁹⁹.

⁹⁸ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 362

⁹⁹ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 437

También se ha argumentado que la previsión del artículo 77.2 del Código Penal de imponer la pena más grave en su mitad superior supone que la pena haya sido determinada previamente en toda su extensión¹⁰⁰.

Dentro de quienes se inclinan por la comparación de las penas en abstracto o de las penas en toda su extensión, algunos autores como GARCÍA ALBERO, sostienen que no se deben considerar las circunstancias extraordinarias, *“pues la pena resultante de tales circunstancias extraordinarias no es la prevista para la infracción más grave, pese a que sí pudiera serlo para el delito cometido según la redacción del anterior Código Penal”*¹⁰¹. Aunque otros autores como CUERDA RIEZU sí admiten la determinación individualizada de las penas teniendo en cuenta las reglas relativas a la imperfecta ejecución, complicidad y encubrimiento¹⁰².

Otros como CHOCLÁN MONTALVO¹⁰³ están a favor de atender a las penas concretas de las infracciones para saber cuál es la más grave y señala que la pena máxima no se determina con el criterio abstracto, sino que importa cuál de las leyes concurrentes permita la más severa pena máxima, teniendo en cuenta las causas de agravación y atenuación penal previstas en el caso concreto. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA señalan que la comparación debería hacerse sobre magnitudes de penas concretamente determinadas¹⁰⁴.

También LLORCA ORTEGA, a favor de la comparación de las penas concretas, señala que *“en primer lugar, hay que fijar la pena correspondiente a cada uno de los delitos. Una vez obtenidas las respectivas sanciones, hay que establecer el necesario parangón entre ellas para discernir cuál es la más grave de todas. A continuación, se obtendrá la mitad superior de la que hubiere resultado más grave. Por último, habrá que comparar la citada mitad superior con la suma de las correspondientes a cada*

¹⁰⁰ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos...* op. Cit., pp. 173-175

¹⁰¹ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 437

¹⁰² Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos...* op. Cit., p. 174

¹⁰³ Véase CHOCLÁN MONTALVO, J.A. “Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones”, en CALDERÓN CEREZO, Á (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 356

¹⁰⁴ Véase CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, ed. Tecnos, 2015, p. 357

*infracción, con el fin de averiguar si han de entrar o no en juego las limitaciones establecidas en los párrafos 2º, in fine, y 3º del artículo 77”*¹⁰⁵.

MIR PUIG aboga por una solución que se encuentra en un punto medio. Habrá que estar a la pena que corresponda tomando en consideración la necesidad de acudir a la pena superior o inferior en grado, pero sin concretarla en su mitad superior o inferior en atención a las circunstancias modificativas concurrentes o al posible uso del arbitrio judicial¹⁰⁶.

A continuación, nos referiremos a los criterios de determinación de la pena seguidos por el Tribunal Supremo en los últimos años en lo que respecta al concurso ideal. Así, en la jurisprudencia relativa al artículo 77 del Código Penal se puede apreciar la prevalencia de la comparación entre los marcos penales abstractos o genéricos.

En primer lugar, en la STS 618/1998, de 8 de mayo, se comparan los marcos penales de los delitos de falsedad en documento mercantil y de estafa continuada en concurso ideal, luego se determinó la mitad superior de la pena más grave y, por último, se tomó en consideración la circunstancia atenuante de drogadicción: *“en relación con la cuestión penológica igualmente planteada, debe tenerse en cuenta que el recurrente ha sido condenado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto en el art. 392 CP, en concurso ideal con otro igualmente continuado de estafa previsto en el art. 249 CP, lo que quiere decir que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 74.1 CP, las penas que debían ser aplicadas por uno y por otro delito tenían que estar comprendidas, respectivamente, en la mitad superior de la de seis meses a cuatro años -de dos años y seis meses a cuatro años- y en la mitad superior de la de seis meses a tres años -de un año y nueve meses a tres años- y de la de multa de seis a doce meses -de nueve a doce meses-. Pero si tenemos en cuenta la necesidad de aplicar la regla penológica establecida en el art. 77.2º CP para los supuestos de concurso ideal, la pena correspondiente al delito de estafa -que es el más gravemente sancionado de los dos que concurren- tendría que estar comprendida, a su vez, en la mitad superior de la mitad superior de la establecida en el art. 249 CP, es decir, en la mitad superior de la comprendida entre dos años y seis meses y cuatro años, siendo entonces cuando podría producir su efecto atenuatorio la circunstancia modificativa de la responsabilidad que le ha sido apreciada al recurrente”*.

¹⁰⁵ Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 1996, p. 187

¹⁰⁶ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 678

En la STS 1109/2004, de 5 de octubre, se determinó la mitad superior de la pena para el delito más grave (artículo 148 del Código Penal), concurrente con un delito de homicidio imprudente (artículo 142.1 del Código Penal), luego se rebajó la pena un grado por la eximente incompleta (legítima defensa) y se calculó la mitad inferior por concurrir una atenuante (reparación del daño): *“En lo que se refiere a la pena, para reducir razonadamente la pena en un grado por aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa y no superar la mitad inferior de la pena impuesta dada la concurrencia de una atenuante, las penas que corresponderían a los dos delitos en concurso ideal imponiendo la pena de prisión correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior, supondría partir de una pena tipo de un año y nueve meses a tres años y seis meses, estableciendo la pena prevista en el artículo 148 en su mitad superior y degradándola en un grado. El límite constituido por las penas correspondientes a los dos delitos penándolos separadamente no plantea problemas, pues por el delito de lesiones correspondería una pena situada entre un año y un año y seis meses y por el delito de homicidio imprudente entre seis meses y 9 meses. Teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos se considera pertinente la pena de un año y nueve meses de prisión”*.

En la STS 575/2007, de 9 de junio, se partió del marco penal abstracto de la pena más grave, determinando la mitad superior y luego se rebajó la pena en dos grados, uno en virtud del artículo 65.3 del Código Penal y el otro por la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal: *“Al apreciarse la atenuante de reparación como muy cualificada, además de la bajada en un grado por lo previsto en el apartado 3º del artículo 65 del Código Penal, procede asimismo imponer la pena inferior en otro grado al apreciarse la atenuante de reparación como muy cualificada, y ello unido a las razones que se han dejado expresadas para otorgar el mismo tratamiento punitivo al acusado Rogelio , determina que la pena a imponer a todos los recurrentes sea la correspondiente inferior en dos grados.*

Aplicando esa disminución a los delitos objeto de condena, la pena inferior en dos grados del delito de prevaricación, tipificado en el artículo 404 del Código Penal, se extenderá de un año y nueve meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público hasta tres años.

Respecto al delito de malversación de caudales públicos en concurso medial con la falsedad, el Tribunal de instancia ha considerado más grave, a los efectos del concurso medial, al no imponer pena de multa, al delito de malversación cuya pena, según el artículo 432.1 CP, es de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de seis a diez años, luego la mitad superior, acorde con lo que se dispone en los artículos 70 y 77 del Código Penal, se extenderá de cuatro años, seis meses y un día a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de ocho años y un día a diez años, por lo que la pena inferior en dos grados se extenderá de un año, un mes y quince días de prisión hasta dos años y tres meses y de dos a cuatro años de inhabilitación absoluta, además de las accesorias.

Por lo que, de aplicarse, la mínima legalmente posible, procede imponer a todos los recurrentes por el delito de prevaricación, la pena de un año y nueve meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público; y por el delito de malversación de caudales públicos, en concurso medial con la falsedad en documento oficial, una pena de un año, un mes y quince días de prisión y dos años de inhabilitación absoluta, además de las accesorias correspondientes”.

Por último, en la STS 1250/2009, de 10 de diciembre, se atendió a la penalidad abstracta de las infracciones, fijando la pena dentro de la mitad superior de la más grave: *“Consideramos la existencia de un concurso medial del art. 77 C.P. que debe ser sancionado con la pena establecida para el delito más grave en su mitad superior. Y siendo éste el del art. 180 en relación con el art. 178 y 179, en el que la pena es de privación de libertad de 12 a 15 años, la sanción habrá de situarse en su mitad superior (de 13 años y seis meses a 15 años), por lo que debe fijarse la misma en 14 años y seis meses de prisión”.*

Las sentencias mencionadas anteriormente muestran cuáles han sido los criterios seguidos por el Tribunal Supremo para la determinación de la pena en el concurso ideal¹⁰⁷:

- a) Se determina cuál es la infracción más grave a efectos del artículo 77 del Código Penal comparando los marcos penales abstractos o genéricos de las infracciones.
- b) Estos marcos no vienen determinados únicamente por la penalidad abstracta establecida en el Código Penal para cada infracción, sino que, en el caso de que alguna de ellas se produzca en grado de tentativa, se lleva a cabo la correspondiente rebaja de la pena antes de la comparación.
- c) Una vez que se ha determinado la pena más grave, se calcula su mitad superior y, sobre ella, entran en juego las circunstancias agravantes y atenuantes ordinarias.
- d) De igual manera, las eximentes incompletas y las atenuantes muy cualificadas también suelen aplicarse sobre la mitad superior de la pena más grave.

¹⁰⁷ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 378

4.2.2 *Aplicación de la mitad superior de la pena*

Una vez que se ha determinado la infracción más grave, se aplicará la pena prevista en su mitad superior. Pero, antes de llegar a la mitad superior, se habrá reducido, en su caso, la pena por la concurrencia de tentativa y complicidad. Por lo que, quedarán por considerar las circunstancias genéricas, las eximentes incompletas y las circunstancias muy cualificadas.

De reseñable importancia es lo dispuesto en el artículo 66.1 del Código Penal, en sus apartados 4º y 5º, en lo relativo a la elevación de la pena por parte de los jueces y tribunales teniendo en cuenta las agravantes:

“4ª: Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior”.

“5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido”.

La aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas plantea dos alternativas¹⁰⁸ para operar con las reglas del artículo 66 del Código Penal sobre la mitad superior de la pena de la infracción más grave: tener en cuenta solo las circunstancias de la infracción más grave, o aplicar las circunstancias de todas las infracciones concurrentes.

LLORCA ORTEGA, a favor de la segunda de las alternativas propuestas, alega que *“el artículo 77 es una excepción del artículo 73 del Código Penal y, al unificar la pena, no define un nuevo delito, sino que deja en su integridad la significación y naturaleza de cada uno de los actos justiciables, por lo que las circunstancias modificativas que concurran han de trascender a la pena procedente y al grado de la misma”*¹⁰⁹.

Al entender de CUERDA RIEZU, en línea con la doctrina y la jurisprudencia, la tesis correcta es la de tener en cuenta todas las circunstancias modificativas que se presentan

¹⁰⁸ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 380

¹⁰⁹ Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena...*, op. Cit., p. 190

en el conjunto de infracciones concurrentes, pues la cantidad de injusto que representa el concurso ideal es mayor que la unidad de delito (y menor que el concurso real) y ello obliga a no despreciar totalmente las infracciones menos graves¹¹⁰.

El criterio seguido por el Tribunal Supremo para el caso de que haya una circunstancia común a ambas infracciones es tener en cuenta tal circunstancia una sola vez¹¹¹. Sin embargo, en el caso de que concurra alguna circunstancia en una de las infracciones, pero no en la otra, se aplica sobre la mitad superior de la pena más grave, aunque tal circunstancia se corresponda con otro delito¹¹².

4.2.3 *Penalidades en el concurso ideal*

Se ha discutido acerca de la viabilidad del concurso ideal en aquellos casos en los que las penas señaladas para las infracciones cometidas no sean de la misma naturaleza. A favor de apreciar un concurso ideal de delitos entre infracciones castigadas con penas de distinta naturaleza, SANZ MORÁN indica que no puede hacerse depender la aplicación de un sistema punitivo más favorable para el reo de la contingencia que supone el que las penas que hay que comparar sean o no extensibles en el tiempo y homogéneas¹¹³.

ROIG TORRES aduce que no hay motivo para limitar la normativa del concurso ideal porque en las infracciones realizadas haya penas heterogéneas y procederá su aplicación siempre que se pueda seleccionar la más grave siguiendo las reglas generales; aunque puede ocurrir que no sea posible efectuar ese parangón, porque, por ejemplo, además de ser penas heterogéneas, concurren en distinto número¹¹⁴.

Por el contrario, CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA sostienen que la aplicación de las reglas del artículo 77 del Código Penal a los casos de concurso ideal de delitos tan solo se producirá cuando los delitos se castigan con penas de la misma

¹¹⁰ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos...* op. Cit., p. 191

¹¹¹ Véase STS 69/1999, de 26 de enero; STS 2328/2001, de 4 de diciembre.

¹¹² Véase STS 1671/2002, de 16 de octubre; STS 292/2007, de 16 de febrero.

¹¹³ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 226

¹¹⁴ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., pp. 386-387

naturaleza que además no pueden cumplirse a la vez¹¹⁵. De igual manera, LLORCA ORTEGA señala que, en aquellos supuestos en que las penas correspondientes a los diversos delitos no sean de naturaleza homogénea, resultará inaplicable el artículo 77 del Código Penal, ya que no pueden aunarse elementos heterogéneos, y los distintos delitos se castigarán separadamente¹¹⁶.

En lo que respecta a la cuestión de si cabe un concurso ideal entre infracciones que tengan prevista la misma penalidad, MIR PUIG¹¹⁷ rechaza la admisión del concurso ideal homogéneo y, para él, la referencia legal a la infracción más grave puede interpretarse en el sentido de que la ley no ha pretendido alcanzar el concurso ideal homogéneo, que implica necesariamente igual gravedad de los delitos en concurso.

CUERDA RIEZU entiende que, cuando todas las penas individuales son de la misma gravedad, no existen obstáculos de carácter penológico para efectuar la comparación, ya que toda comparación no implica necesariamente una desigualdad entre los términos comparados, sino que la igualdad o desigualdad resultará posteriormente. Y añade que *“la ley regula explícitamente lo que hay que hacer cuando de aquella comparación se deriva una desigualdad, mientras que regula implícitamente lo que corresponde en caso de igualdad, esto es, que cabe optar por cualquiera de ellas”*¹¹⁸.

ROIG TORRES no cree que la expresión legal “pena prevista para la infracción más grave” indique una limitación, en el sentido de excluir el concurso entre delitos con penalidades idénticas, sino que indica una regla penológica general, que abarca tanto penas iguales como diferentes. Sin embargo, la admisión de este concurso entre infracciones igualmente graves no implica que se acepte el concurso ideal homogéneo¹¹⁹.

¹¹⁵ Véase CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal...* op. Cit., pp. 357-358

¹¹⁶ Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena...*, op. Cit., p. 189

¹¹⁷ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 675

¹¹⁸ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos...* op. Cit., p. 179

¹¹⁹ Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 388

4.2.4 Penalidad de las infracciones por separado

Una vez que se han aplicado las reglas penológicas del concurso ideal, habrá que determinar individualmente la pena de cada delito. Se plantea la cuestión de si después de calcular sobre la mitad superior de la pena más grave todas las operaciones adecuadas, se debe llegar a una pena concreta y compararla con la suma de las penas que resulten en concreto para cada delito por separado o si, por el contrario, en ambos casos se deben comparar los últimos intervalos alcanzados, sumando a las penas separadas los correspondientes límites máximos o mínimos, no pudiendo rebasar la pena, en este último caso, la suma de los respectivos límites máximos o mínimos.

A favor de atender a las penas en concreto, CUERDA RIEZU señala que la penalidad acumulada, aunque se componga de penas individuales, arroja un resultado absolutamente concretizado, por lo que no es posible que el otro término de la comparación este constituido por un marco penal delimitado por un mínimo y un máximo, de forma que, si la suma de las penas es un término concreto, el otro término también lo tiene que ser¹²⁰.

LLORCA ORTEGA lleva a cabo un procedimiento en el que, por un lado, mantiene el intervalo resultante una vez aplicadas las reglas de determinación de la pena sobre la mitad superior de la más grave y, por otro lado, determina las penas por separado sumando sus respectivos límites mínimos. Pone el siguiente ejemplo: *“Las dos infracciones conexas están castigadas en la Ley con las penas, respectivamente, de prisión de 8 años a 12 años y de 3 años a 6 años, fijándolas el órgano judicial en 10 años y 4 años, respectivamente, la suma de ambas (14 años) sobrepasará, incluso, el límite máximo de la pena más grave (12 años), por lo que procederá aplicar la pena dentro de la mitad superior de la pena más grave, esto es, de 10 a 12 años”*¹²¹.

ROIG TORRES está de acuerdo con este modo de proceder, pues, aunque se trate de un límite a la penalidad resultante del concurso ideal, por lo que podría pensarse en sumar los límites máximos de las penas por separado, sin embargo, con la regla del artículo 77 del Código Penal se pretende beneficiar al condenado respecto a la penalidad que resultaría aplicando las normas del concurso real¹²².

¹²⁰ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos...* op. Cit., p. 190

¹²¹ Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena...*, op. Cit., p. 193

¹²² Véase ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, op. Cit., p. 390

5 CONCURSO REAL DE DELITOS

5.1 Concepto y caracteres

El concurso real de delitos se encuentra regulado en los artículos 73, 75 y 76 del Código Penal y se producirá en aquellos casos en los que el autor realiza varias acciones distintas que constituyen delitos independientes entre sí¹²³.

Para MIR PUIG, existe concurso real cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos¹²⁴. SANZ MORÁN entiende que el concurso real viene caracterizado por la efectiva existencia de una pluralidad de infracciones, provenientes de otras tantas acciones independientes, puestas a cargo de un mismo autor, sin que entre la comisión de una y otra medie una sentencia condenatoria¹²⁵. En función de las infracciones penales que concurren, es posible distinguir entre concurso real homogéneo si se trata de la misma infracción penal, y concurso real heterogéneo si son infracciones distintas.

Por su parte, para LLORCA ORTEGA, el concurso real se produce cuando por el mismo sujeto se realizan varias acciones distintas que originan diversos delitos jurídicamente independientes¹²⁶.

A pesar de que el concurso real no se encuentra definido en el Código Penal de forma expresa, de las anteriores definiciones se pueden extraer cuáles son los requisitos para que se produzca el concurso real:

- a) En primer lugar, es preciso que el sujeto realice diversas acciones.
- b) En segundo lugar, es necesario que se produzcan varias infracciones y que cada una de ellas constituya un delito, cualquiera que sea su naturaleza y clase.
- c) Por último, entre los diversos delitos tiene que haber una conexidad procesal, es decir, es preciso que los distintos delitos hayan podido ser objeto de enjuiciamiento conjunto. Sin embargo, no se exige que efectivamente hayan sido enjuiciados de

¹²³ Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, “El concurso de delitos”, op. Cit., p. 459

¹²⁴ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p 680

¹²⁵ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 227

¹²⁶ Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena...*, op. Cit., p. 142

forma conjunta, por lo que es posible que exista un concurso real a pesar de haber sido enjuiciados en distintos procedimientos¹²⁷.

Por otro lado, es preciso delimitar el concurso real respecto de otros supuestos. Así, en primer lugar, el concurso real se diferencia del concurso ideal por la existencia de una pluralidad de acciones. Tal pluralidad de acciones se producirá cuando estemos ante 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 concurrentes¹²⁸.

Respecto de los supuestos en los que se produce una pluralidad de acciones, pero un único delito (tal sería el caso del delito continuado), el concurso real se produce en aquellos casos en los que existe una pluralidad de acciones reconducible a una pluralidad de infracciones. No obstante, ZUGALDÍA ESPINAR considera al delito continuado como una modalidad especial del concurso real, a pesar de que los hechos del delito continuado no se sancionen conforme a la regla de acumulación propia del concurso real de delitos¹²⁹.

En relación con el concurso medial de delitos, SANZ MORÁN afirma que, a pesar de que a efectos punitivos se equipare el concurso medial con el concurso ideal en sentido propio, el concurso medial es, en realidad, un concurso real de delitos¹³⁰. Asimismo, LLORCA ORTEGA sostiene que el concurso medial no es sino una variante del concurso real¹³¹. No obstante, como consecuencia de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de su artículo único, apartado treinta y seis, que modifica la redacción del artículo 77, esta equiparación no es posible, pues el texto aprobado en 2015 fija para el concurso medial un régimen sancionador propio, distinto del previsto para el concurso ideal en sentido estricto y del previsto para el concurso real de delitos.

¹²⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”, op. Cit., p. 25

¹²⁸ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 159

¹²⁹ Véase ZUGALDÍA ESPINAR, J.M, “El concurso de delitos”, op. Cit., p. 462

¹³⁰ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 159

¹³¹ Véase LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena...*, op. Cit., pp. 142-143

5.2 Régimen punitivo

El régimen punitivo del concurso real de delitos es el sistema de acumulación material, recogido en los artículos 73 y 75 del Código Penal. No obstante, se establecen límites cuantitativos al sistema de acumulación material, recogidos en el artículo 76 del Código Penal, a través del sistema de acumulación jurídica de las penas.

En primer lugar, el artículo 73 del Código Penal señala: *“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”*¹³².

Para CUERDA RIEZU, acumulación simultánea no equivale necesariamente a que el cumplimiento de dos penas coincida en un mismo periodo de tiempo, por lo que no es preciso aguardar a que una pena se extinga para que inmediatamente después tenga lugar el cumplimiento de otra pena¹³³.

ESCUCHURI AISA recoge algunos de los criterios que facilita la doctrina para llevar a cabo la concreción de las penas que son susceptibles de cumplimiento simultáneo¹³⁴:

- No existen dudas acerca de la imposibilidad de cumplir simultáneamente varias penas privativas de libertad, de manera que a estas les resulta aplicable el régimen establecido en el artículo 75 del Código Penal.
- En cambio, se admite la posibilidad de cumplimiento simultáneo de la pena de prisión con las penas privativas de derechos. Dentro de estas últimas se hace una excepción con las penas de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, y del derecho a la tenencia y porte de armas, pues la doctrina se encuentra dividida entre quienes están a favor y en contra de su cumplimiento simultáneo con la pena de prisión. A favor de su cumplimiento simultáneo, se argumenta que, tras las

¹³² El artículo 73 del Código Penal alude a los delitos y faltas, pese a que estas últimas han sido suprimidas en virtud de la disposición derogatoria única (apartado 1) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³³ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, op. Cit., p. 30

¹³⁴ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 73”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137, Tomo I*, Navarra, ed. Aranzadi, 2015, pp. 687-689

reformas de 2003 y 2015, se incluyen varios preceptos en los que la duración de la pena privativa de derechos se establece tomando como referencia la pena de prisión y extendiendo su duración por un tiempo determinado superior al que corresponde la pena de prisión. Por lo tanto, se puede entender que el legislador parte de que ambas penas van a cumplirse simultáneamente, pero que, en determinados casos, su voluntad es que la pena privativa de derechos despliegue sus efectos más allá de la pena de prisión. Así, en el artículo 57.1 del Código Penal se establece que: *“si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas (las contempladas en el artículo 48 del Código Penal) se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”*.

- Asimismo, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad podría cumplirse simultáneamente con las penas de prisión. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria consideran que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es compatible con el cumplimiento de una pena de prisión cuando el penado pueda salir del centro penitenciario a realizar la prestación (a través de permisos de salida, acceso al tercer grado o a la libertad condicional), o incluso cuando encontrándose dentro del centro penitenciario, dedique su tiempo libre a la realización de dichos trabajos (sin que tales trabajos le puedan reportar beneficios o recompensas).
- No existe discusión acerca de la posibilidad de cumplir de manera simultánea penas de prisión y penas de multa, o penas privativas de derechos y penas de multa. Sin embargo, cuestión distinta es la posibilidad de cumplimiento simultáneo de varias penas impuestas conforme al sistema de días-multa: en contra de su cumplimiento simultáneo se argumenta que se podría alterar el límite mínimo (dos euros) y el límite máximo (cuatrocientos euros) de la cuota diaria prevista legalmente, y además, se alteraría el importe de la cuota establecido en función de las circunstancias económicas.

ESCUCHURI AISA se inclina por priorizar la simultaneidad en el cumplimiento de las penas, pues el establecimiento de una regla favorable al cumplimiento simultáneo de las

penas responde mejor a las finalidades preventivas, y señala que la imposición firme de las penas ya cumple una función preventiva en sí misma, con independencia de que puedan desplegar o no todos sus efectos¹³⁵. No obstante, habrá que tener en cuenta el derecho o derechos afectados por las penas para determinar la posibilidad de su cumplimiento simultáneo, de manera que no queden desnaturalizadas o vacías de contenido ninguna de las penas que concurren.

El artículo 75 del Código Penal complementa el artículo 73 y se pronuncia sobre la imposibilidad del cumplimiento simultáneo de las penas por el condenado: *“Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”*.

Corresponde al intérprete valorar, atendiendo a la naturaleza y a los efectos de las penas, cuándo estas se pueden cumplir simultáneamente o de forma sucesiva, salvo que exista alguna previsión específica establecida por el legislador.

Cuando proceda el cumplimiento sucesivo de las penas, tal y como dice el artículo 75, habrá que estar a la gravedad de las mismas para determinar el orden de su cumplimiento. Cuando las penas sean de la misma naturaleza no habrá problemas para establecer el orden de su cumplimiento. Sin embargo, cuando las penas sean de distinta naturaleza y no sea posible el cumplimiento simultáneo, sino que se deberán cumplir de forma sucesiva, algunos autores como MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN señalan que deberá acudirse a la gradación del artículo 33 del Código Penal (que clasifica las penas en graves, menos graves y leves) para determinar el orden de su respectiva gravedad¹³⁶. Sin embargo, la clasificación que realiza este artículo 33 tiene una orientación procesal, pues sirve para establecer la competencia judicial determinada en función de las diversas clases de infracciones penales y no para establecer criterios de gravedad en relación con el cumplimiento de las penas¹³⁷.

Al margen de la clasificación recogida en el artículo 33 del Código Penal, parece más correcto entender que la gravedad de las penas debe determinarse en abstracto, teniendo en

¹³⁵ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 73”, op. Cit., p. 689

¹³⁶ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 527

¹³⁷ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 75”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137, Tomo I*, Navarra, ed. Aranzadi, 2015, p. 701

cuenta el derecho o el bien jurídico afectado por las mismas¹³⁸. A partir de esta idea, se considera que las penas privativas de libertad, en particular, la pena de prisión, son más graves que cualquier otra pena, aunque puede haber casos dudosos en los que el orden de cumplimiento de las penas se establecerá atendiendo a criterios de prevención especial o de interés del penado.

No obstante, en la práctica no siempre se respeta el cumplimiento en orden de gravedad decreciente impuesto en el artículo 75 del Código Penal para la ejecución de las penas privativas de libertad, cuando se procede a la refundición de condenas. La refundición se vincula al sistema de individualización científica plasmado en la Ley Orgánica General Penitenciaria, que exige tener en cuenta todas las penas pendientes de cumplimiento de manera conjunta, a efectos del tratamiento individualizado. A efectos penitenciarios, las penas refundidas se consideran como una sola, pero no se considera así a efectos procesales, ya que para cada Juzgado las penas se irán cumpliendo de forma sucesiva y separada conforme al artículo 75 del Código Penal.

En los artículos 73 y 75 del Código Penal se recoge el sistema de acumulación material o aritmética de las penas (*quot delicta, tot poenae*), el cual parte de una lógica retributiva¹³⁹, que exige la determinación por separado de las consecuencias jurídicas propias de cada uno de los delitos concurrentes y su simple adición, y se justifica argumentando que, en el caso de que no se siguiese este sistema se estaría premiando al delincuente “al por mayor”, ya que las penas previstas para un comportamiento delictivo dejarían por completo de imponerse o se verían atenuadas solo por el hecho de cometer otros delitos.

El sistema de acumulación material se ha cuestionado desde hace mucho tiempo debido al efecto distorsionador que produce en los fines de la pena, pues la suma de las sanciones altera los efectos preventivos buscados con cada pena individual¹⁴⁰. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN han criticado que este sistema, pues en el caso de que no se limite, conduce a penas draconianas incompatibles con la valoración global de todos los delitos y con la sensibilidad jurídica, y ponen el siguiente ejemplo: “*un carterista convicto y confeso*

¹³⁸ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 75”, op. Cit., p. 702

¹³⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”, op. Cit., p. 17

¹⁴⁰ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, op. Cit., p. 37

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”¹⁴¹.

Por su parte, VALLE MUÑIZ sostiene que el sistema de acumulación material resulta impracticable, ya que, en muchos supuestos la propia naturaleza del castigo impedirá su cumplimiento simultáneo, y aún determinando el cumplimiento sucesivo de las distintas penas se llegaría a construir hipótesis aberrantes¹⁴².

Para evitar las críticas al sistema de acumulación material, el artículo 76 del Código Penal recoge el sistema de acumulación jurídica, que opera como un límite legal al cumplimiento efectivo de las penas impuestas por razón de un concurso real de delitos, evitando que la acumulación aritmética de los castigos se extienda desmesuradamente en el tiempo:

“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 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.*

¹⁴¹ Véase MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 445

¹⁴² Véase VALLE MUÑIZ, J.M. “Libro I: Título III (art. 73)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, ed. Aranzadi, 2001, p. 415

- 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”.

La necesidad de establecer unos límites al cumplimiento sucesivo de las penas se encuentra vinculada con el principio de proporcionalidad, con la prohibición constitucional de penas o tratos inhumanos o degradantes, y con la orientación de las penas a la resocialización del condenado (artículo 25.2 de la Constitución Española). Ahora bien, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 116/2015, de 10 de marzo, matiza que la resocialización del delincuente no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que la interpretación de los límites punitivos del artículo 76 del Código Penal *“debe ser compatible con todos aquellos fines (prevención general y especial), permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad y evitando que pudiera generarse una situación de impunidad respecto de posibles delitos futuros”.*

Sin embargo, VALLE MUÑIZ entiende que el límite máximo de cumplimiento de veinte años resulta más que suficiente si lo que queremos es salvaguardar alguna finalidad más en la pena que la meramente retributiva. Además, la excepcionalidad de hasta veinticinco o treinta años, difícilmente se compadece con la necesaria orientación que a las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 de la Constitución Española¹⁴³.

El artículo 76.1 del Código Penal establece dos límites. El primero de ellos es un límite relativo, referido al triplo de la pena más grave, el cual va a depender de cuál sea la pena más grave. Para determinar la pena de mayor gravedad ha de atenderse a las penas individualmente impuestas en cada sentencia, no siendo posible sumar las penas impuestas en una misma sentencia por delitos diferentes¹⁴⁴. Además, el triplo ha de fijarse de forma

¹⁴³ Véase VALLE MUÑIZ, J.M. “Libro I: Título III (art. 76)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, ed. Aranzadi, 2001, p. 424

¹⁴⁴ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 76”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137, Tomo I*, Navarra, ed. Aranzadi, 2015, p. 707

separada, sin convertir en años los meses de prisión, tal y como señala la STS 943/2013, de 18 de diciembre, la cual señala que el triplo de la pena de tres años y seis meses de prisión no será de diez años y seis meses, sino de nueve años y dieciocho meses, ya que los meses han de computarse a estos efectos como de treinta días y los años como de trescientos sesenta y cinco días.

El segundo de los límites es un límite absoluto, referido a que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder de veinte años. No obstante, se establecen excepciones a este límite, pudiendo elevarse el límite de veinte años hasta veinticinco (en el caso de que uno de los delitos esté castigado con pena de prisión de hasta veinte años) o treinta años (en el caso de que uno de los delitos esté castigado con pena de prisión superior a veinte años), por lo que, según VALLE MUÑIZ: *“en primer lugar se establece una excepción-limitación a la mera suma aritmética de las penas mediante el doble tope del triple de la más grave y el máximo de veinte años. En segundo lugar, se contempla una excepción a la primera excepción que tolera una máximo de cumplimiento efectivo del castigo de hasta veinticinco o treinta años”*¹⁴⁵.

Dentro de este límite absoluto hay otras dos excepciones al límite máximo de cumplimiento, introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio (artículo primero, apartado dos), que será de cuarenta años: en aquellos casos en los que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, como mínimo, dos de ellos estén castigados con pena de prisión superior a veinte años, y también en aquellos casos en los que habiendo sido condenado el sujeto por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (Capítulo VII del Título XXII del Libro II, del Código Penal).

Por último, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido una última excepción al límite absoluto de veinte años estableciendo que habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis del Código Penal cuando alguno de los delitos cometidos por el sujeto esté castigado con pena de prisión permanente revisable.

ESCUCHURI AISA afirma que, en realidad, no se establece un límite máximo de cumplimiento de la condena, 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 pena¹⁴⁶. En estos preceptos se asignan plazos de cumplimiento

¹⁴⁵ Véase VALLE MUÑIZ, J.M. “Libro I: Título III (art. 76)”, op. Cit., p. 424

¹⁴⁶ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 76”, op. Cit., p. 708

distintos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional (y se distingue, a su vez, si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales) en función de las penas que se acumulan, distinguiéndose tres grupos de casos:

- a) Si concurre la pena de prisión permanente revisable con otras penas que sumen un total que exceda de cinco años.
- b) Si concurre la pena de prisión permanente revisable con otras penas cuya suma supere los quince años.
- c) Si concurren dos o más penas de prisión permanente revisable, o bien una pena de prisión permanente revisable y otras penas cuya suma sea de veinticinco años o más.

CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA señalan que, cuando una de las penas que concurren es la prisión permanente revisable, esta impone sus propias reglas, originando un efecto de absorción sobre las demás. Por su carácter permanente, en principio, carece de límite máximo y, en su lugar, se establecen unos límites para acceder a los beneficios penales y penitenciarios. Ya no se trata de recortar el tiempo de condena, como efecto del concurso real, sino de garantizar un periodo de seguridad de cumplimiento para los condenados a prisión permanente revisable¹⁴⁷.

Tradicionalmente, la jurisprudencia había atendido, para la aplicación de estos límites excepcionales, a la pena abstracta prevista para el delito cometido, independientemente de si se trataba de delitos consumados o intentados (en este sentido, la STS 337/2012, de 4 de mayo: *“la fijación de los términos de la acumulación jurídica debe realizarse de acuerdo con la pena en abstracto asociada al delito cometido, con independencia de la degradación punitiva operada como consecuencia de la imperfecta ejecución del hecho pretendido por el autor”*).

Sin embargo, posteriormente el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012, señala que: *“Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras a) a d) del art. 76 del código penal hay que atender a la pena*

¹⁴⁷ Véase CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p. 356

máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito”.

Por tanto, como consecuencia de este Acuerdo, los límites establecidos en el artículo 76 del Código Penal son los máximos de cumplimiento posibles que se obtienen con la suma de las penas de los distintos delitos acumulados, pero consideradas en abstracto, es decir, debe tenerse en cuenta el hecho delictivo realmente producido, lo que incluye su grado de ejecución y participación concretas¹⁴⁸.

En el caso de que se aplique alguno de los límites, no tienen que cumplirse las penas que rebasen tales límites, aunque en la sentencia deberán ser impuestas las penas correspondientes¹⁴⁹. En contra, CUERDA RIEZU sostiene que las penas individuales que superan los límites previstos quedan extinguidas y, por tanto, no deben imponerse en la sentencia que resuelve el enjuiciamiento de varias infracciones en concurso real¹⁵⁰.

5.3 Concurso real de delitos en pluralidad de procesos

Como ya hemos señalado anteriormente, uno de los presupuestos del concurso real es que los diversos delitos hayan podido ser objeto de enjuiciamiento conjunto, aunque no se exige que lo hayan sido efectivamente, de manera que es posible apreciar la existencia de un concurso real a pesar de que los delitos hayan sido enjuiciados en procedimientos distintos.

Estamos ante el denominado “concurso posterior”, que en el Derecho comparado recibe la denominación de “concurso adicional” o “concurso retrospectivo” y reconoce dos modalidades¹⁵¹:

- Tras una sentencia firme viene a juzgarse a la misma persona por un delito cometido con anterioridad a aquella y que hubiera podido ser juzgado entonces. El Juez o

¹⁴⁸ Véase MUÑOZ RUIZ, J. “Análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 76 del Código Penal”, op. Cit., pp. 20-21

¹⁴⁹ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 76”, op. Cit., p. 708

¹⁵⁰ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, op. Cit., p. 84

¹⁵¹ Véase SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, op. Cit., p. 232

Tribunal que ahora conoce construirá una nueva pena global, que sustituye a la ya impuesta, o señalará una pena adicional a la fijada en el primer proceso.

- El denominado “concurso en la ejecución”, esto es, cuando se imponen diversas penas en otros tantos procesos, con inobservancia de las reglas que regulan la concurrencia delictiva, pudiendo entonces el órgano judicial correspondiente decretar, en el marco de la ejecución judicial de la pena, el cumplimiento de tales reglas¹⁵².

Por esta doble vía se posibilita la aplicación de las reglas punitivas propias del concurso real tanto si los delitos que concurren se conocen en un solo proceso, como si se conocen en procedimientos distintos, siempre que hubieran podido ser objeto, debido al momento de su comisión y no a eventuales exigencias procesales, de un solo proceso¹⁵³.

Como señala SANZ MORÁN, la cuestión aparece oscurecida en nuestro ordenamiento jurídico debido a la confusión conceptual entre concurso de delitos y conexidad, en sentido procesal, de los mismos¹⁵⁴. Tanto la escasa diferencia entre estos conceptos como el desconocimiento del concurso posterior han originado que, primero la jurisprudencia y después el legislador, consagren la exigencia de que los delitos concurrentes sean conexos, en sentido procesal, para poder aplicar los límites a la acumulación material de penas. Así, para que las infracciones se conozcan en un solo proceso es preciso que se trate de delitos conexos, en alguna de las modalidades recogidas en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y, en el caso de que los delitos se conocen en distintos procesos, el procedimiento previsto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza a fijar con posterioridad el límite del cumplimiento de las penas impuestas aparece también condicionado por la exigencia de que los hechos hubieran podido ser objeto de un solo proceso.

Inicialmente, el requisito de la conexidad, que fue introducido por la Ley 3/1967, de 8 de abril, tenía como finalidad evitar que cuestiones de carácter procesal interfiriesen en la

¹⁵² Véase SANZ MORÁN, A.J. “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”, op. Cit., p. 26

¹⁵³ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 166

¹⁵⁴ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Concurso de delitos y pluralidad de procesos”, en *Revista jurídica de Asturias* N.º 18, 1994, p. 32

aplicación de los límites al concurso real. Sin embargo, no se entendía por qué se condicionaba el concurso real a una exigencia procesal ajena a la naturaleza del mismo. Por ello, el Tribunal Supremo acabó considerando que la conexidad exigida en el artículo 76.2 del Código Penal y en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “*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 sólo podrán acumularse las penas impuestas por hechos delictivos que hubiese podido ser enjuiciados en un mismo proceso. Cabrá la refundición de las sentencias cuando ninguno de los hechos motivadores de las mismas sea posterior a la fecha de alguna o algunas de las sentencias acumuladas*”¹⁵⁵.

Como consecuencia de este pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, modificó el artículo 76.2 del Código Penal indicando 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.

MIR PUIG aduce que el concepto de concurso real no puede depender de que sean aplicables las limitaciones del artículo 76 del Código Penal por haber sido juzgados los distintos delitos en un mismo proceso o por haberlo podido ser por su conexión. Además, los requisitos procesales del artículo 76.2 del Código Penal solo afectan al tratamiento del concurso real, no a la presencia de este¹⁵⁶.

El marco regulativo de la refundición de condenas viene suscitando desde hace años importantes problemas interpretativos. Un caso significativo es la denominada “doctrina Parot”¹⁵⁷, expresión que alude al criterio establecido por la STS 197/2006, de 28 de febrero, en orden a la imputación de beneficios penitenciarios en los supuestos de refundición de condenas, y esta Sentencia señala que los límites absolutos del artículo 76.1 del Código Penal de 1995 (la Sentencia se refiere al artículo 70 del Código Penal de 1973) no se convierten en

¹⁵⁵ STS 2042/2000, de 4 de enero de 2001. Fundamento de Derecho Cuarto. “*Jurisprudencia manifestada, entre otras, en las sentencias de 18.7.96, 690/97 de 19.5, 1249/97 de 17.10, 1599/97 de 22.12, 11/98 de 16.1, 275/98 de 27.2, 303/98 de 16/5, 1462/98 de 24.11, 31/99 de 14.1, 717/99 de 10.5, 608/99 de 18.5, 1140/99 de 17.7, 1540/99 de 3.10, 785/2000 de 28.4, 1564/2000 de 16.10 y 1623/2000 de 23.10.*”

¹⁵⁶ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p 681

¹⁵⁷ La bibliografía en este punto es amplísima e inabarcable, con lo cual me limitaré a hacer unas someras referencias al respecto sin tratar de ocuparme específicamente de este problema.

una nueva pena, como hasta ahora, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente en otra distinta y resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un Centro penitenciario: *“una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario”*. Esto quiere decir que la operación de la acumulación jurídica no constituye una novación que compendia todo en uno. La acumulación jurídica sirve para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo (30 años).

Así, antes de la “doctrina Parot”, una condena de cientos de años en virtud de la acumulación jurídica quedaba reducida a treinta años, de los que el penado acababa cumpliendo unos veinte de estancia efectiva en prisión. Sin embargo, en esta Sentencia se consagra que el penado tiene que cumplir treinta años efectivos de condena en prisión antes de poder obtener la libertad¹⁵⁸.

La STS 197/2006, de 28 de febrero, llegó al Tribunal Constitucional, que confirmó el criterio seguido por el Tribunal Supremo, pero no se pronunció sobre cómo interpretar y aplicar el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 (actual artículo 76 del Código Penal de 1995), sino que se limita a examinar la “doctrina Parot” desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la legalidad (artículo 25.1 de la Constitución Española), a la libertad (artículo 17.1 de la Constitución Española), a la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), señalando que no se han infringido tales derechos fundamentales¹⁵⁹.

Finalmente, el asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su Sentencia de 21 de octubre de 2013, declaró que este criterio era contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵⁸ Véase NISTAL BURÓN, J. “El controvertido periplo judicial de la «doctrina Parot»”, en *Diario La Ley* N.º 8068, 2013, p. 6

¹⁵⁹ STC 114/2012, de 24 de mayo

Por otro lado, también ha sido objeto de discusión el criterio seguido por el Tribunal Constitucional desde la STC 57/2008, de 28 de abril¹⁶⁰. La previsión legal establecida en el artículo 58 del Código Penal es la del abono en su totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma causa. Así, se partía del hecho, a efectos de realizar la correspondiente liquidación de condena, de que el acusado que se encuentra también en calidad de penado no está “materialmente” en situación de preso preventivo, pues cuando se está de forma simultánea en situación de preventivo y de penado, el tiempo cumplido solo se computa como de cumplimiento de la condena.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional cambia de forma radical su criterio en su STC 57/2008, de 28 de abril, y considera que quien ostenta la doble condición de preso preventivo y penado simultáneamente, se halla “materialmente” en situación de preventivo a efectos de liquidación de condena. Por tanto, el Tribunal Constitucional sostiene que en los supuestos de concurrencia de situaciones procesales preventivas y penadas se debe abonar al recluso en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, lo que en la práctica supone abonar el mismo periodo de privación de libertad para el cumplimiento de condena en dos causas distintas.

Al hilo del criterio de la conexidad temporal, la STS 388/2014, de 7 de mayo, se pronuncia antes de la reforma penal de 2015 y señala cómo se debe proceder en la práctica para llevar a cabo la refundición de condenas: *“este criterio expansivo, favorecedor de la acumulación jurídica de condenas, no permite entender que en cualquier caso, sea cual fuere la fecha de comisión de los hechos y su conexión con otros que ya han sido objeto de enjuiciamiento, los límites fijados en el art. 76.1 del CP operarían como límites absolutos (...) Por tanto, como indica la sentencia ya citada núm. 14/2014, de 21 de enero, son dos los criterios a ponderar en aplicación de estas normas:*

- a) *En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular («ratione materiae»), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los arts. 17 y 300 LECr, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación. Este criterio amplio en beneficio del reo permite*

¹⁶⁰ Véase NISTAL BURÓN, J. “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas: consecuencias y efectos”, en *Diario La Ley*, N.º 6982, 2008, pp. 4-6

la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos, pudieron haber sido objeto de un único procedimiento.

- b) *En segundo lugar, con un criterio estricto en cuanto a la otra exigencia expresamente requerida en nuestros Códigos Penales: que los diferentes procesos, en los que esas diversas condenas a acumular se impusieron, «pudieran haberse enjuiciado en uno solo» («ratione temporis»). Cuando hay una sentencia condenatoria es claro que los hechos delictivos cometidos con posterioridad a tal sentencia no pudieron ser objeto de aquel otro proceso anterior en que ya ésta había sido dictada. Esta Sala viene fundando esta limitación en la peligrosidad que existiría, como facilitadora de la comisión de nuevos delitos, cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites legalmente establecidos.”*

Esto significa que los límites previstos en el artículo 76.1 del Código Penal se aplicarán, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos, siempre que los hechos que han determinado la imposición de esas penas se hayan cometido con anterioridad a la celebración del juicio que da lugar a la primera condena¹⁶¹.

Posteriormente, la Fiscalía General del Estado dictó la Circular 1/2014, “sobre acumulación de condenas”, en la que destacaba en la primera de sus conclusiones que: “*Para que la acumulación sea procedente es necesario que entre los hechos de los distintos procesos exista conexión temporal. Esta conexión temporal se ha interpretado pro reo. Más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión*”. Esto, finalmente, se plasmó en la reforma penal de 2015, al prescindir completamente del requisito de la conexidad en sentido procesal en el artículo 76.2 del Código Penal, para posibilitar la refundición de las distintas condenas.

Cuestión distinta es el momento a tener en cuenta para proceder a la refundición de condenas. A pesar de que algunas resoluciones atendían a la fecha de firmeza de la sentencia, el Tribunal Supremo señaló posteriormente que, aunque ese criterio podía beneficiar al reo, no podía ser acogido. Así lo recoge la STS 100/2015, de 4 de marzo: “*las SSTS 18.4.2013, 537/2012 de 28.6, 98/2912 de 24.2, y 840/2009 de 16.7, 572/2009 de 22.5, razonan que en orden al incorrecto entendimiento de que la sentencia detalla por el órgano competente para realizar la acumulación,*

¹⁶¹ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 76”, op. Cit., p. 710

es igualmente, la que determina la acumulación. Y no es así, una cosa es el criterio competencial para efectuar la acumulación que lo resuelve el art. 988 LECrim, y otro, muy distinto, es la sentencia que determina la acumulación, que es la de fecha más antigua de todas las que se pretenden acumular, con independencia del órgano que le hubiera dictado”.

Por tanto, deberá atenderse a la fecha de la primera sentencia recaída, sin exigir su firmeza. Ello es así porque, según señala la citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2014, “sobre acumulación de condenas”, por un lado *“una vez sentenciados unos hechos, aunque esté pendiente un recurso, no es posible el enjuiciamiento conjunto con causas seguidas por hechos posteriores”* y, por otro, si se llevara el límite a la fecha de firmeza *“se privilegiaría a quien interpone un recurso, aunque sea infundado, para desplazar esa fecha en el tiempo, frente a quien acata la sentencia”*. En este sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda de 29 de noviembre de 2005: *“No es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación”*.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se otorgó una nueva redacción al artículo 76.2 del Código Penal: *“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”*.

Una primera interpretación literal del artículo 76.2 del Código Penal, recogida en la STS 367/2015, de 11 de junio, planteó la conclusión de que el legislador había cambiado la fecha que determina el límite para la refundición, por lo que a partir de la reforma sería la fecha de la celebración del juicio que da lugar a la primera condena (la fecha en que los hechos “fueron enjuiciados”), y no la fecha de la sentencia, ni la de su firmeza.

Ahora bien, la STS 144/2016, de 25 de febrero, señala que *“la interpretación literal (fecha del enjuiciamiento y no de la sentencia) ha planteado una serie de problemas que han llevado esta Sala a efectuar, por unanimidad, una interpretación correctora en el reciente Pleno de tres de febrero, adoptando el siguiente acuerdo: <<a los efectos del art. 76 2º CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio>>”* y aduce la sentencia las razones que justifican este Acuerdo:

- *“En primer lugar de seguridad jurídica: la fecha de la sentencia consta con certeza en la certificación de antecedentes penales, y es fija, mientras que la del enjuiciamiento es en ocasiones más difícil de localizar y además puede ser variable.*

- *En segundo lugar, razones de coherencia jurisprudencial. En efecto, no se aprecian motivos de fondo para que el Legislador modifique un criterio jurisprudencial consolidado en esta materia, que tras diversas controversias se reafirmó mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005.*
- *Y, en tercer lugar, esta es la interpretación más favorable para el reo. En el supuesto de un hecho delictivo cometido después de celebrado el juicio, pero antes de la sentencia, la interpretación tradicional permite la acumulación, pero la interpretación literal de la reforma no la permite”.*

Una vez que entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, el 1 de julio de 2015, el Tribunal Supremo se pronunció sobre el problema de la refundición de condenas. Primero en el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2016, señalando cómo se debe actuar a la hora de determinar qué penas se incluyen en la refundición: *“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”.

También se pronunció el Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 27 de junio de 2018, fijando una serie de criterios en los casos de acumulación de condenas:

1. *“Las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tomada en cuenta).*
2. *La nulidad como solución al recurso casacional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión.*
3. *Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce ex novo en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación.*

4. *En la conciliación de la interpretación favorable del art. 76.2 con el art. 76.1 C.P., cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido.*
5. *Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento. Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba.*
6. *No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación*
7. *La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa.*
8. *La pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza.*
9. *A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días.*
10. *La competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del art. 801 LECr), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad.*
11. *Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, solo cabe recurso de casación”.*

La STS 518/2018, de 31 de octubre, se refiere al cuarto criterio del Acuerdo: “Con posterioridad a dicho acuerdo (refiriéndose al Acuerdo de 3 de febrero de 2016), fruto de la nueva redacción del artículo 76.2 del Código Penal, en la que se fija como único requisito de la acumulación el elemento cronológico, en el sentido de que las penas que se acumulen lo sean por hechos perpetrados antes de

la fecha de la sentencia de aquellos que -siendo objeto de acumulación- lo hubiera sido en primer lugar (sin ninguna otra exigencia a cómo debe formarse ese bloque), hemos alcanzado una modificación del criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación (SSTS 338/2016 y 339/2016, de 21 de abril; 579/2016, de 30 de junio o 790/2016, de 20 de octubre). Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se le agrupan, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado, esto es, la que viene referencia en cuarto lugar, tal y como el recurso reclama.

El criterio jurisprudencial quedó reflejado en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de junio de 2018, que recoge -entre otros extremos- que siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido, cabe elegir la sentencia inicial base de la acumulación, además de poderse elegir también la última de las condenas que haya de integrarse en la agrupación; descartando expresamente que pueda excluirse una condena intermedia del bloque, y eludir así la exacerbación que supone llevar el cumplimiento al triple de su extensión cuando sea la pena de mayor duración de la agrupación conformada”¹⁶².

Sobre los criterios tercero, séptimo y octavo del Acuerdo se pronuncia la STS 673/2019, de 15 de enero de 2020: *“En lo que se refiere a la fecha de las sentencias a que ha de atenderse para realizar el cómputo, debe estarse a la de las sentencias iniciales y no a la de la firmeza que eventualmente podría alcanzarse días, semanas o meses después. Partir de la fecha de firmeza acarrea un alargamiento del periodo en el que cabe agrupar las condenas recaídas. Potencialmente es más beneficioso para el condenado; pero no puede ser acogido conforme al Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, pues una vez que se haya dictado sentencia subsiguiente al plenario, ya no resulta posible la acumulación debido a la inviabilidad de enjuiciamiento conjunto. Ha de atenderse por tanto a la fecha de la primera sentencia (y no la de apelación o casación), a los efectos de cálculos y entrecruzamiento de datos cronológicos para decidir sobre la viabilidad de la acumulación (SSTS 240/2011 de 16 de marzo; 671/2013 de 12 de septiembre; 943/2013 de 28 de diciembre; 155/2014 de 4 de marzo; 654/2015 de 28 de octubre o 819/2016 de 31 de octubre). Solo cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce ex novo en apelación o casación, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación (Pleno de 27 de junio de 2018).*

¹⁶² En el mismo sentido, STS 525/2018, de 5 de noviembre, Fundamento de Derecho Tercero; STS 64/2020, 20 de febrero, Fundamento de Derecho Tercero; STS 548/2020, de 28 de octubre, Fundamento de Derecho Tercero.

En todo caso, han de tratarse de penas privativas de libertad, incluida la de localización permanente (así se pronunció expresamente el acuerdo de Pleno de 27 de junio de 2018), quedando excluidas las que son de otra naturaleza (entre otras, STS 866/2016 de 16 de noviembre). Aunque la circunstancia de que una pena esté previamente ejecutada no es obstáculo para la procedencia de la acumulación si se cumple la exigencia de la conexidad temporal (SSTS 1971/2000 de 25 de enero de 2001 o la 297/2008 de 15 de mayo). Sobre este aspecto el último acuerdo plenario acordó que “la pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa”.

6 CONCURSO MEDIAL DE DELITOS

6.1 Concepto y caracteres

El concurso medial se encuentra regulado en el segundo inciso del artículo 77.1 del Código Penal: “cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”. Por tanto, el concurso medial se caracteriza porque uno de los delitos es medio necesario para cometer otro, esto es, que exista una relación instrumental de medio a fin.

La justificación histórica de la aparición de esta figura en el Código Penal de 1848 se encuentra en la supuesta menor reprochabilidad que revelaría la existencia de una única resolución delictiva o voluntad unitaria, condensada exclusivamente en el delito fin.

No obstante, el problema aquí planteado es determinar cuándo una de las infracciones es medio necesario para cometer la otra. La primera posibilidad es la exigir la necesidad en abstracto, es decir, que el delito fin no se pueda cometer si no es a través de la comisión del delito medio. Sin embargo, esta primera posibilidad choca con el principio de consunción establecido para resolver el concurso de leyes. En el caso de que siempre que se cometiese un delito se realizaba al mismo tiempo el otro, el delito fin consumiría al delito medio, de manera que el *non bis in ídem* impediría aplicar los dos delitos¹⁶³.

Por ello, se abandona el criterio en abstracto y se plantea la necesidad de la conexión en sentido objetivo-concreto, esto es, se trata de determinar, con base en un juicio objetivo, si en esa concreta situación fáctica el delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro.

El Tribunal Supremo ha entendido, en la Sentencia 1837/2001, de 19 de octubre, que el medio necesario “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”.

Además, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 297/2007, de 13 de abril, señala que: “Esta Sala en términos generales nos dice que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente desde el

¹⁶³ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., pp. 441-442

aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético negativo resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito precedente.

Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales”.

Según GARCÍA ALBERO, el juicio objetivo acerca de la necesidad, en esa concreta situación fáctica, de la infracción medial, debe efectuarse *ex ante*, valorando, sobre la base del plan del autor, la viabilidad (y su mayor o menor dificultad de realización) de otras alternativas que no pasen por la realización del delito medio. Si tal juicio se efectuara *ex post*, todo delito instrumental resultaría necesario para la comisión del delito fin¹⁶⁴.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha reiterado su posición en la Sentencia 492/2016, de 8 de junio, indiciando que: *“En el concurso medial 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”.*

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha planteado el problema de las conexiones mediales encadenadas, esto es, cuando un delito es medio para cometer otro que, a su vez, es medio de un tercero. En estos casos, se han propuesto las siguientes soluciones¹⁶⁵:

- a) Apreciar tantos concursos mediales como relaciones de medio a fin existan. Esta opción ha sido rechazada, ya que algún delito intermedia sería valorado de forma doble, lo cual supondría una infracción manifiesta del principio *non bis in ídem*¹⁶⁶.
- b) Apreciar una sola vez la figura del artículo 77 del Código Penal, pero considerando que la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior puede estar constituida por la sanción que cabría imponer a la primera conexión medial, es decir, se considera que el delito medio está constituido por la primera relación de

¹⁶⁴ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: Título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 433

¹⁶⁵ Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 444

¹⁶⁶ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: Título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 436

medio a fin. No obstante, de esta manera se rebasa el marco del tenor de la ley que habla de que un delito sea medio necesario para cometer otro, por lo que es preciso que ambos términos de la relación, el “delito medio” y el “delito fin”, tienen que venir constituidos por verdaderas infracciones singulares¹⁶⁷.

- c) Apreciar un único supuesto de concurso medial. Esta solución tampoco es aceptable porque olvida que la cadena de delitos conectados teleológicamente puede ser muy larga y quedarán siempre impunes los hechos que excedan de dos¹⁶⁸.
- d) Aplicar las reglas penológicas del artículo 77 del Código Penal en relación con una conexión medial y aplicar un concurso real con el delito o delitos restantes. A favor de esta solución, entre otros, SANZ MORÁN, quien señala que se trata de la solución más coherente con la letra y “ratio” del artículo 71 del Código Penal de 1973 (actual artículo 77 del vigente Código Penal), donde solo se hace referencia a la conexión medial entre dos delitos¹⁶⁹, y GARCÍA ALBERO, quien señala que esta solución, pese a desconocer para algún delito el presupuesto de operatividad del concurso medial, respecta al menos el principio según el cual la realización de un delito adicional (el delito fin) no ha de comportar una mayor ventaja para el autor que si este no se hubiese realizado: *“resultaría un sinsentido que si el autor desiste del delito fin, todos los precedentes delitos medios comportaran, por el juego del artículo 76 del Código Penal, mayor pena que de haberse realizado aquel”*¹⁷⁰.

También es posible plantear otras hipótesis:

- a) El caso de que el delito medio o el delito fin constituyan dos o más delitos en concurso ideal, por ejemplo, un delito de allanamiento de morada que se comete con el fin de apoderarse de unos papeles que se divulgan al tiempo que se acusa a la víctima de ser un delincuente (descubrimiento y revelación de secretos en concurso ideal con el delito de calumnias).

¹⁶⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 220

¹⁶⁸ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 220

¹⁶⁹ Véase SANZ MORÁN, A.J. *El concurso de delitos*, op. Cit., p. 220

¹⁷⁰ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: Título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 436

- b) El caso de que el delito medio o el delito fin (o ambos) constituyen dos o más delitos en concurso real.

La solución a estas hipótesis dependerá de si se acepta o no la posibilidad de apreciar concurso medial más allá de los casos en que una infracción es medio para cometer otra. Un sector de la doctrina niega esta posibilidad. En la primera de las hipótesis habrá que apreciar el correspondiente concurso ideal y después aplicar las reglas del concurso real de delitos. En la segunda hipótesis habrá que aplicar la regla del concurso medial respecto a los delitos que aparezcan como los extremos más próximos de la conexión instrumental, a su vez, en concurso real con los demás delitos cometidos. Sin embargo, GARCÍA ALBERO está en contra de este argumento y aduce que el artículo 77 del Código Penal se refiera a una infracción para cometer otra, no quita nada a la conexión medial que se producirá entre todos y cada uno de los delitos iniciales en relación con el delito fin. Esto es, respecto de cada uno de los delitos por separado cabe una relación medial con el delito fin, por lo que se cumple con el presupuesto de operatividad del artículo 77, segundo inciso, del Código Penal¹⁷¹.

Si se admite que uno de los extremos de la relación esté representado por un concurso (ideal o real) estamos (al igual que sucedía en las hipótesis de abrazamiento, cuando se opta por la solución de apreciar un concurso ideal entre una infracción y un concurso real de las otras infracciones; y en el supuesto de conexiones mediales encadenadas, cuando se aprecia un concurso real entre el concurso medial y los otros delitos) ante un concurso de concursos¹⁷².

CUERDA RIEZU llega a la conclusión de que será admisible un concurso de concursos cuando el concurso abrazante parta de la determinación de las penas individuales como primera fase y los concursos abrazados lleven directamente a la imposición de una sanción definitiva consistente en una pena única¹⁷³. Es decir, el concurso abrazante deberá ser un concurso real y los delitos abrazados un concurso ideal o medial.

¹⁷¹ Véase GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: Título III (Art. 77)”, op. Cit., p. 435

¹⁷² Véase ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, op. Cit., p. 446

¹⁷³ Véase CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, op. Cit., pp. 258-259

6.2 Aspectos de determinación de la pena

El régimen de determinación de la pena aplicable a los supuestos de concurso medial de delitos aparece en el artículo 77.3 del Código Penal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Este precepto dice lo siguiente: *“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”*.

Con esta reforma parece que el legislador ha querido establecer una consecuencia jurídica menos grave que la prevista para el concurso real, pero más grave que la del concurso ideal, pues no tendría sentido castigarlo más severamente que el concurso real ni tampoco privilegiar el concurso medial frente al ideal¹⁷⁴.

Por su parte, MIR PUIG sostiene que la nueva redacción del artículo 77.3 del Código Penal contiene, al menos, dos puntos que pueden dar lugar a problemas de interpretación¹⁷⁵:

- Por un lado, cuando el precepto dice que *“se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave”*, para saber cómo opera esta regla será preciso determinar qué deba entenderse por *“una pena superior”*. Al respecto caben dos posibles interpretaciones: la primera de ellas apunta a que con dicha expresión el legislador ha querido referirse a la pena superior en grado, la segunda interpretación entiende por *“pena superior”* aquella que resulte de sumar, al menos, un día a la pena que habría correspondido a la infracción más grave con el límite máximo del marco penal establecido para dicha infracción. Las consecuencias de aplicar una u otra interpretación de la regla penológica del artículo 77.3 pueden variar de manera considerable, en tanto determinará el límite mínimo del margen punitivo para los casos de concurso medial.

¹⁷⁴ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 77”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137, Tomo I*, Navarra, ed. Aranzadi, 2015, p. 718

¹⁷⁵ Véase MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, op. Cit., p 679

- Por otro lado, cuando el precepto establece que, para determinar el marco penal concreto, *“el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66”*. Esta regla se remite, a efectos de fijar el marco penal concreto, a las reglas aplicables en los supuestos en que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Sin embargo, dichas circunstancias habrán debido ser tenidas en cuenta para fijar los límites mínimo y máximo del marco punitivo. Esta forma de proceder, por tanto, sería contraria al principio *non bis in ídem*.

Sobre este artículo 77.3 del Código Penal se pronunció la Fiscalía General del Estado dadas las dificultades interpretativas que suscitaba el precepto. Por ello, la Circular 4/2015, de 13 de julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, señala que *“el art. 77.3 CP no remite a la pena superior en grado, sino a “una pena superior a la que habría correspondido”. Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso”*. También señala que el marco vendrá dado, en cuanto a su límite máximo, por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada uno de los delitos, teniendo en cuenta, además, el límite de duración previsto en el artículo 76 del Código Penal. En cuanto al límite mínimo, lo constituye una pena superior a la concretamente imponible para el delito más grave.

ESCUCHURI AISA señala que de la lectura del precepto parece deducirse que hay que construir un nuevo marco penal cuyo límite mínimo viene determinado por la pena concreta prevista para la infracción más grave, que habrá que entender aumentada en un día (puesto que tiene que ser una pena superior), y un límite máximo representado por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos¹⁷⁶.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto sobre el artículo 77.3 del Código Penal en las SSTS 863/2015, de 30 de diciembre; 28/2016, de 28 de enero; 444/2016, de 25 de mayo, entre otras, señalando que: *“el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso*

¹⁷⁶ Véase ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 77”, op. Cit., p. 718

concreto por 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.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art. 66 CP, debiendo tomarse en consideración, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, que en ese momento ya no debemos tener en cuenta las “reglas dosimétricas” del artículo 66 CP, que ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo por lo que, caso de hacerlo, se incurriría en un “bis in ídem” prohibido en el artículo 67 CP”.

Así, puesto que las reglas del artículo 66 del Código Penal ya han sido tomadas en consideración en la determinación de la pena concreta correspondiente al más grave de los delitos, y para evitar un posible *bis in ídem*, la Circular 4/2015 entiende que solo es aplicable, a la hora de individualizar la pena final, la regla sexta del artículo 66.1 del Código Penal, pero no las demás reglas de dicho artículo, ya que su funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis.

Por ello, la Circular 4/2015 concluye: *“La reforma operada por LO 1/2015 sanciona el concurso medial con una pena híbrida o pena síntesis que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la pena concreta que se impondría al delito más grave) y un máximo (la suma de las penas concretas que se impondrían a los delitos para el caso de que se castigaran por separado). Para individualizar dentro de los límites de esta pena síntesis la concreta pena imponible habrán de aplicarse los criterios del art. 66.1.6ª CP (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho). Esta individualización final debe estar orientada hacia la traducción penológica del desvalor total del complejo delictivo. La pena final habrá de ser siempre superior en al menos un día a la concretamente imponible al delito más grave”.*

Resulta también significativo del artículo 77.3 del Código Penal que, con él, la denominada conexión medial entre delitos puede resultar ahora sancionada con una pena inferior a la que corresponde al concurso ideal de delitos. Por ello, la Circular 4/2015 propone a los Señores 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”.*

Esto, según SANZ MORÁN, equivale a esta propuesta: puesto que el legislador se ha equivocado, arbitrando una respuesta punitiva menos gravosa que la pretendida, corrijamos nosotros el error solicitando una pena mayor que la que resulta de la aplicación estricta de la nueva regla¹⁷⁷.

En definitiva, con el nuevo apartado 3 del artículo 77 del Código Penal estamos ante una situación que está suscitando serias dificultades, lo que, en este caso, hay que atribuir en alta medida a la cerrazón del legislador frente a las advertencias y sugerencias recogidas en los preceptivos 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 Código Penal¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Sobre el arte de contar los delitos...”, op. Cit., p. 18

¹⁷⁸ Véase SANZ MORÁN, A.J. “Sobre el arte de contar los delitos...”, op. Cit., p. 19

7 CONCLUSIONES

Una vez abordada la problemática relativa al concurso de delitos, es posible extraer las siguientes conclusiones:

- 1°. En primer lugar, es preciso distinguir entre concurso de leyes penales y concurso de delitos. La diferencia entre estas dos figuras radica en que en la primera se produce una sola infracción de la que se ocupan dos o más preceptos, por lo que con la aplicación de uno solo de ellos es suficiente para colmar el total desvalor del hecho, mientras que en el concurso de delitos se producen varias infracciones cometidas por el mismo sujeto y será preciso aplicar todas las normas concurrentes para colmar el total desvalor del hecho.
- 2°. El Tribunal Supremo parte de la unidad y pluralidad de acciones para diferenciar el concurso ideal y el concurso real de delitos. No obstante, no fue hasta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de enero de 2015, cuando el Tribunal unificó los criterios interpretativos en atención a la pluralidad de resultados producidos por una única acción, entendiéndose que a los ataques contra la vida de varias personas realizados a partir de una única acción deben aplicárseles las reglas previstas para el concurso real de delitos.

En relación con el delito de homicidio se plantea el debate entre “unidad de acción”, que indica una conducta, y “unidad de hecho”, que indica una conducta y el resultado pretendido o producido. Si una única acción provoca varios resultados, no estaríamos ante una “unidad de acción”, sino ante tantos hechos como sujetos pasivos del delito existan. Por tanto, para determinar el régimen concursal no solo se debe tener en cuenta la “acción” de matar, sino también el “hecho” de matar. Así, causar la muerte de varias personas a través de una única acción constituye varios delitos en concurso real y no en concurso ideal.

- 3°. Se establece un régimen punitivo más severo para el concurso real que para el concurso ideal y medial. Así, para el concurso real se prevé el sistema de acumulación material, previsto en los artículos 73 y 75 del Código Penal, aunque con los límites establecidos en el artículo 76 del Código Penal. Para el concurso ideal se prevé el sistema de absorción con agravación, previsto en el artículo 77.2 del Código Penal,

imponiéndose la pena del delito más grave, pero en su mitad superior. Y, por último, el régimen punitivo del concurso medial aparece en el artículo 77.3 del Código Penal, cuya redacción ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con esta reforma se desprende que la intención del legislador ha sido otorgar al concurso medial un tratamiento punitivo menos grave que el establecido para el concurso real, pero más grave que el previsto para el concurso medial.

4º. Por último, la mencionada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, ha introducido una serie de reformas de significativa importancia:

- En relación con el artículo 76 del Código Penal, introduce una nueva letra e) en el apartado 1 (estableciendo una excepción al límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de veinte años, señalando que habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis del Código Penal cuando uno de los delitos cometidos esté castigado con pena de prisión permanente revisable) y modifica el apartado 2, otorgándole una nueva redacción.
- Con la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, el Tribunal Supremo se pronunció sobre el problema de la refundición de condenas: primero en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2016, y posteriormente en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 27 de junio de 2018.
- La reforma operada en el artículo 77.3 del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso el pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2015, de 13 de julio, para tratar de resolver las dificultades interpretativas que planteaba el citado precepto.

8 BIBLIOGRAFÍA

BÉJAR GARCÍA, F.J., “Concurso de leyes en Derecho Penal”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A. “Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

COBO DEL ROSAL, M. “Sobre el delito continuado”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, ed. Tecnos, 2015.

CUERDA RIEZU, A. *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.

ESCUCHURI AISA, E. *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, Granada, Ed. Comares, 2004.

ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 73”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137*, Tomo I, Navarra, ed. Aranzadi, 2015.

ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 75”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137*, Tomo I, Navarra, ed. Aranzadi, 2015.

ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 76”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137*, Tomo I, Navarra, ed. Aranzadi, 2015.

ESCUCHURI AISA, E. “Artículo 77”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general. Artículos 1-137*, Tomo I, Navarra, ed. Aranzadi, 2015.

GARCÍA ALBERO, R. “Libro I: título III (Art. 77)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, ed. Aranzadi, 2001.

LLORCA ORTEGA, J. *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 1996.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. “El concurso de delitos”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2021.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Ed. Reppertor, 2015.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte general*. Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2019.

MUÑOZ RUIZ, J. “Análisis doctrinal y jurisprudencial del artículo 76 del Código Penal”, en *Anales de Derecho*, 2017.

NISTAL BURÓN, J. “El controvertido periplo judicial de la «doctrina Parob»”, en *Diario La Ley N.º 8068*, 2013.

NISTAL BURÓN, J. “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas: consecuencias y efectos”, en *Diario La Ley*, N.º 6982, 2008.

OBREGÓN GARCÍA, A. “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N.º. 74, 2008.

ORTS BERENGUER, E/GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2019.

QUINTANAR DÍEZ, M., ORTIZ NAVARRO, J.F., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “Concurso aparente de leyes”, en QUINTANAR DÍEZ, M (Dir.), *Elementos de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2020.

ROIG TORRES, M. *El concurso ideal de delitos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2012.

SANZ MORÁN, A. J. *El concurso de delitos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986.

SANZ MORÁN, A.J. “Concurso de delitos y pluralidad de procesos”, en *Revista jurídica de Asturias N.º 18*, 1994.

SANZ MORÁN, A.J. “El concurso de delitos en la reforma penal”, en CALDERÓN CEREZO, Á. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

SANZ MORÁN, A.J. “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, en *La Ley Penal N.º 67*, 2010.

SANZ MORÁN, A.J. “Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2013.

SANZ MORÁN, A.J. “La reiteración delictiva: modelos de respuesta”, en MALDONADO FUENTES, F. (Coord.), *Reincidencia y concurso de delitos*, Buenos Aires, Ed. BdeF, 2016.

SANZ MORÁN, A.J. “Una única acción, ¿concurso real de delitos?”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires, ed. BdeF, 2017.

SANZ MORÁN, A.J. “Sobre el arte de contar los delitos. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales”, en *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 2019.

VALLE MUÑIZ, J.M. “Libro I: Título III (art. 73)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, ed. Aranzadi, 2001.

VALLE MUÑIZ, J.M. “Libro I: Título III (art. 76)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, ed. Aranzadi, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R (Coord.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2010.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “El concurso de delitos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte general*. Valencia, ed. Tirant lo blanch, 2010.

9 SENTENCIAS

STC 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981)

STS de 8 de marzo de 1982 (Roj: 128/1982)

STS de 29 de septiembre de 1987 (Núm. de Recurso 18/1984)

STC 154/1990, de 15 de octubre (BOE núm. 268, de 08 de noviembre de 1990)

STS de 23 de abril de 1992 (Núm. de recurso 3654/1992)

STS 368/1997, de 21 de marzo (Núm. de Recurso 945/1996)

STS 799/1997, de 6 de junio (Núm. de Recurso 835/1996)

STS 1265/1997, de 17 de abril de 1998 (Núm. de Recurso 1112/1997)

STS 618/1998, de 8 de mayo (Núm. de Recurso 3045/1997)

STS 1640/1998, de 23 de diciembre (Núm. de Recurso 1107/1998)

STS 69/1999, de 26 de enero (Núm. de Recurso 969/1998)

STS 1404/1999, de 11 de octubre (Núm. de Recurso 2068/1997)

STS 1845/1999, de 27 de diciembre (Núm. de Recurso 1215/1998)

STS 771/2000, de 9 de mayo (Núm. de Recurso 1963/1998)

STS 2042/2000, de 4 de enero de 2001 (Núm. de Recurso 1507/1999)

STS 1837/2001, de 19 de octubre (Núm. de Recurso 493/2000)

STS 2328/2001, de 4 de diciembre (Núm. de Recurso 1498/2000)

STS 1284/2002, de 8 de julio (Núm. de Recurso 841/2001)

STS 867/2002, de 29 de julio (Núm. de Recurso 2038/2000)

STS 1671/2002, de 16 de octubre (Núm. de Recurso 969/2001)

STS 1753/2002, de 22 de octubre (Núm. de Recurso 886/2001)

STS 760/2003, de 23 de mayo (Núm. de Recurso 396/2002)

STS 885/2003, de 13 de junio (Núm. de Recurso 982/2002)

STS 1109/2004, de 5 de octubre (Núm. de Recurso 541/2004)

- STS 197/2006, de 28 de febrero (Núm. de Recurso 598/2005)
- STS 292/2007, de 16 de febrero (Núm. de Recurso 771/2006)
- STS 149/2007, de 26 de febrero (Núm. de Recurso 11281/2006)
- STS de 26 de febrero de 2007 (Núm. de Recurso 88/2006)
- STS 297/2007, de 13 de abril (Núm. de Recurso 10908/2006)
- STS 575/2007, de 9 de junio (Núm. de Recurso 245/2006)
- STC 57/2008, de 28 de abril (BOE núm. 135, de 04 de junio de 2008)
- STS 213/2008, de 5 de mayo (Núm. de Recurso 1929/2007)
- STS 439/2009, de 14 de abril (Núm. de Recurso 10371/2008)
- STS 365/2009, de 16 de abril (Núm. de Recurso 1466/2008)
- STS 480/2009, de 22 de mayo (Núm. de Recurso 10084/2008)
- STS 1250/2009, de 10 de diciembre (Núm. de Recurso 11545/2008)
- STS 122/2010, de 25 de febrero (Núm. de Recurso 11038/2009)
- STS 580/2010, de 16 de junio (Núm. de Recurso 298/2010)
- STC 77/2010, de 19 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010)
- STS 954/2010, de 3 de noviembre (Núm. de Recurso 10403/2010)
- STS 971/2011, de 21 de septiembre (Núm. de Recurso 10449/2011)
- STS 1372/2011, de 21 de diciembre (Núm. de Recurso 11333/2011)
- STS 337/2012, de 4 de mayo (Núm. de Recurso 11592/2011)
- STC 114/2012, de 24 de mayo (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2012)
- STS 365/2013, de 20 de marzo (Núm. de Recurso 1357/2012)
- STS 228/2013, de 22 de marzo (Núm. de Recurso 11045/2012)
- STEDH de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España (Demanda N.º 42750/09)
- STS 943/2013, de 18 de diciembre (Núm. de Recurso 10558/2013)

- STS 388/2014, de 7 de mayo (Núm. de Recurso 10974/2013)
- STS 627/2014, de 7 de octubre (Núm. de Recurso 238/2014)
- STS 663/2014, de 15 de octubre (Núm. de Recurso 10996/2013)
- STS 717/2014, de 29 de enero de 2015 (Núm. de Recurso 426/2014)
- STS 100/2015, de 4 de marzo (Núm. de Recurso 10863/2014)
- STS 367/2015, de 11 de junio (Núm. de Recurso 10043/2015)
- STS 863/2015, de 30 de diciembre (Núm. de Recurso 10924/2014)
- STS 28/2016, de 28 de enero (Núm. de Resolución 1137/2015)
- STS 144/2016, de 25 de febrero (Núm. de Recurso 10344/2015)
- STS 139/2016, de 25 de febrero (Núm. de Recurso 10536/2015)
- STS 444/2016, de 25 de mayo (Núm. de Recurso 10916/2015)
- STS 492/2016, de 8 de junio (Núm. de Recurso 10545/2015)
- STS 538/2016, de 17 de junio (Núm. de Recurso 10003/2016)
- STS 267/2018, de 4 de junio (Núm. de Recurso 10645/2017)
- STS 1504/2018, de 15 de octubre (Núm. de Recurso 4561/2017)
- STS 518/2018, de 31 de octubre (Núm. de Recurso 10135/2018)
- STS 57/2019, de 5 de febrero (Núm. de Recurso 333/2018)
- STS 673/2019, de 15 de enero de 2020 (Núm. de Recurso 10422/2019)
- STS 715/2020, de 21 de diciembre (Núm. de Recurso 526/2019)
- STS 120/2021, de 11 de febrero (Núm. de Recurso 977/2019)