

Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional

Coordinadores:

Laura Pozuelo Pérez

Daniel Rodríguez Horcajo



Derecho Penal
y Procesal Penal

CONCURRENCIA DELICTIVA: LA NECESIDAD
DE UNA REGULACIÓN RACIONAL

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra (†), catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

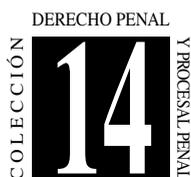
En memoria y recuerdo de don Vicente Gimeno Sendra (1949-2020).

CONCURRENCIA DELICTIVA: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN RACIONAL

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO
ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN
ESTRELLA ESCUCHURI AISA
ANA FERRER GARCÍA
SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS
MARTA PARDO MIRANDA
DAVID GALLEGO ARRIBAS
NICOLÁS CANTARD

COORDINADORES

LAURA POZUELO PÉREZ
DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición: agosto de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición
© De los trabajos, sus autores

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-22-193-5 (edición en papel)
090-22-194-0 (edición en línea, PDF)
090-22-195-6 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2854-8

Depósito legal: M-20772-2022

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	21
El problema del concurso desde una comprensión personal del ilícito penal (Cristina Líbano Monteiro).....	23
Sobre el «arte de contar los delitos». Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales (Ángel José Sanz Morán)	35
El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad (Estrella Escuchuri Aisa)	65
La aplicación de la concurrencia delictiva por parte del Tribunal Supremo (Ana Ferrer García)	103
Los delitos de medios comisivos determinados como tipos estructuralmente compuestos: problemas concursales (Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos)	113
La concurrencia delictiva en el delito de trata de seres humanos (Marta Pardo Miranda)	125
Relatoría correspondiente a la primera jornada (28-06-2021) del IV Seminario de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid (David Gallego Arribas)	133
Relatoría correspondiente a la segunda jornada (30-06-2021) del IV Seminario de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid (Nicolás Cantard).....	145

PRÓLOGO

La cuarta edición del seminario anual de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, coordinado por Laura Pozuelo Pérez y Daniel Rodríguez Horcajo, se ha dedicado a algunas de las principales cuestiones que desde un inicio trató de abordar nuestro Proyecto de Investigación DER2017-86139-P «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva». En ese marco y bajo el título «Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional», los días 28 y 30 de junio de 2021 tuvo lugar un fructífero encuentro académico cuyos resultados ven ahora la luz a través de la publicación de este libro.

No está de más por lo tanto que exponamos aquí brevemente las razones que nos llevaron a plantear dicho proyecto de investigación y algunos de sus principales objetivos, particularmente aquellos que se hallan más estrechamente relacionados con la temática de los artículos reunidos en este volumen.

I

La razón principal para emprender nuestro proyecto de investigación se encuentra en el hecho de que la regulación de la concurrencia delictiva, que se había mantenido muy estable a lo largo del tiempo, se ha vuelto inestable en los últimos años por la conjunción de diversos factores, que han hecho aflorar y hacer particularmente evidentes las graves inconsistencias que ya anteriormente aquejaban a dicha regulación.

1. En la legislación española se distinguen, de acuerdo con una larga tradición, compartida con la de muchos ordenamientos jurídicos de nuestro

entorno, dos formas básicas del concurso de delitos o de infracciones punibles, que se denominan también comúnmente, conforme a esa misma tradición, aunque ello carezca de reflejo en la terminología legal, concurso ideal y real de delitos.

Como es sabido, la distinción entre esas dos formas de concursos se cifra en que sean uno o varios los hechos que hayan dado lugar a (o, como dice el art. 77.1 CP, «constituyan») esa pluralidad de delitos. En el primer caso (el del llamado concurso «ideal»), la regla de tratamiento punitivo (establecida actualmente en el art. 77.2 CP) es la de la «absorción agravada»: se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, pero sin exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones concurrentes, pues en tal hipótesis se procederá a sancionarlas por separado. En cambio, en el segundo supuesto (el del llamado concurso «real»), la solución es, en principio, la de la «acumulación material»: se parte de que al responsable de dos o más delitos «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» (art. 73 CP) o, en otro caso, para su cumplimiento sucesivo (art. 75 CP); pero tal solución se ve restringida, a su vez, si se cumple lo dispuesto en el art. 76.2 CP, por el principio de «acumulación jurídica», pues entonces operan los límites máximos de cumplimiento que se establecen en el art. 76.1 CP.

Hasta la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al tratamiento legalmente dispuesto para el concurso «ideal» de delitos se asimilaba el del llamado concurso «medial», esto es, el correspondiente al caso de que uno de los delitos perpetrados por el sujeto fuera «medio necesario para cometer el otro». Ello, a pesar del generalizado entendimiento de que no nos hallábamos en este supuesto sino ante una hipótesis especial del concurso «real» de delitos que el legislador había decidido sin embargo sustraer a sus propias reglas para someterlo, por arcanas razones, al régimen del concurso «ideal».

El régimen jurídico diferenciado de esas formas del concurso de delitos, precisamente por ser fuente de un también diferente «descuento» punitivo (mucho más amplio en principio en el concurso «ideal» y «medial», que en el real y muy variable en el delito continuado) respecto de lo que supondría la ilimitada aplicación de la regla *tot poenae quot delicta*, a la que intuitivamente podría tender la regulación de la concurrencia delictiva, había sido objeto de fuertes controversias en la doctrina, pero se hallaba hasta hace poco legislativa y jurisprudencialmente bien asentado. Únicamente parecía algo más frágil la regulación, hasta aquí aún no considerada, de la construcción, primero judicial

y luego legal, del delito continuado, siempre a punto de ser modificada o incluso suprimida por el legislador.

2. Como ya se ha anticipado, diversos factores han venido a alterar este estado de cosas. Ante todo cabe mencionar en este sentido la nueva regulación introducida en la LO 1/2015, de 30 de marzo, para el concurso medial de delitos, así como algunas resoluciones y acuerdos adoptados en los últimos años por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que han puesto en cuestión la propia distinción de las mencionadas clases de concurso de delitos o, al menos, la de sus respectivos regímenes jurídicos y generado el «creciente embrollo» al que se ha referido uno de los miembros del equipo de trabajo de este proyecto y autor de una de las contribuciones incluidas en este libro, Ángel Sanz Morán.

a) Por un lado, el legislador de 2015 no sólo ha suprimido la tradicional equiparación del concurso medial de delitos con el concurso ideal, sino que lo ha hecho de un modo muy paradójico. Aunque el propósito de la reforma era indudablemente el de endurecer el tratamiento del concurso medial de delitos para situarlo en un punto intermedio entre el correspondiente al concurso real y el aplicable al concurso ideal, lo cierto es que, objetivamente, con la solución dispuesta en el nuevo art. 77.3 CP (consistente en imponer a quien cometa un delito que sea medio necesario para cometer otro una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, sin poder exceder de la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos cometidos) se produjo el sorprendente resultado de que «los hechos pueden ser sancionados con una pena inferior a la que correspondería conforme a la regla penológica prevista para el concurso ideal» (como tempranamente se advirtiera en la Circular 4/2015, de 13 de julio, de la Fiscalía General del Estado).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido también ocasión de mostrar su perplejidad por las consecuencias que en este punto ha traído consigo la reforma. Así, ya en la STS 688/2016, de 27 de julio, señaló que «todo permite entrever que el nuevo texto legal va a conseguir en un importante número de casos un efecto inverso» al que se proponía conseguir el legislador, «al distanciar al concurso medial del propiamente ideal, pero en dirección contraria a la que se pretendía».

Por otra parte, en esa misma sentencia se puso de relieve otra de las inesperadas repercusiones de la reciente reforma: una ampliación de las facultades discrecionales concedidas a los jueces y tribunales en la concreta asignación de la pena, que contrasta vivamente con lo que sucede en el caso del concurso real, en el que el margen de apreciación se limita a lo sumo a la fijación de las penas

individuales de los delitos concurrentes, resultando en lo demás la determinación de la pena concretamente aplicable de simples operaciones aritméticas; y de lo que ocurre también en el caso del concurso ideal de delitos, en el que la apreciación judicial queda constreñida al estrecho margen que media entre los límites mínimo y máximo de la mitad superior de la pena del delito más grave y la suma de las penas correspondientes a todas las infracciones cometidas. En el caso del concurso medial, para el que el art. 77.3 CP no ofrece más orientación que la de que «el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66», en la citada STS 688/2016, de 27 de julio, se admite que «las omisiones, la opacidad y los déficits de motivación punitiva que se observan en la práctica a la hora de individualizar la pena concreta dentro de un marco legal, pueden ahora hacerse bastante más notables al exigirse una doble individualización judicial: la primera para el delito más grave y la segunda para determinar la pena concreta a imponer al concurso delictivo. Y aunque no es admisible la aplicación duplicada de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, no será fácil tampoco en la segunda individualización judicial prescindir de facto de los criterios sustantivos utilizados en la primera». Si no se consiguen identificar criterios específicos de determinación de la pena para los supuestos de concurrencia delictiva, el riesgo de caer en decisiones insuficientemente motivadas o vulneradoras del principio *ne bis in idem* parece estar, pues, inevitablemente servido.

Sea como fuere, lo cierto es que la nueva regulación del concurso medial de delitos vino a desajustar aún más las relaciones internas entre las distintas modalidades del concurso de delitos, volviéndolas caprichosas e incongruentes. No es sin embargo razonable pensar que la búsqueda de una solución más racional del problema apuntado pase simplemente por regresar al estado de cosas precedente a la reforma de 2015. Es más probable que esa solución pueda hallarse en un nuevo equilibrio entre las distintas formas concursales, o más bien en la aproximación de sus regímenes jurídicos o, incluso, en la unificación de los mismos y en la remisión a los aludidos criterios específicos de determinación de la pena para captar las diferencias que pudiesen ser relevantes, en cuanto al grado de desvalor de los delitos concurrentes, a fin de poder así computarlas en la pena que pudiese resultar más adecuada a las características del conjunto de delitos de que se trate. Por este motivo, se pretende que nuestra investigación desemboque en la formulación de un proyecto alternativo de regulación del concurso de delitos, que deberá ir acompañado de orientaciones técnicas suficientemente precisas para la determinación de la pena que en cada caso resulte aplicable.

b) La inestabilidad, en este caso de los límites entre las formas básicas del concurso («ideal» y «real»), ha sido también propiciada también por determinadas decisiones y acuerdos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a las que, desde su privilegiada perspectiva, presta atención en este libro la Magistrada de dicha Sala Ana Ferrer García.

Desde la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado y con apoyo en un relevante sector de la doctrina española, así como en precedentes judiciales más remotos y, en parte también en el dato de que el elemento distintivo del concurso ideal y real no lo ha situado el legislador español en la unidad o pluralidad de las «acciones», sino en la de los «hechos», se fue desarrollando en el Tribunal Supremo español una línea jurisprudencial, conforme a la cual la producción (o el intento de producción) con dolo directo de una pluralidad de resultados (principalmente de muerte), constituye una pluralidad de hechos delictivos consumados (o intentados) que, por consiguiente, se entiende que concurren «realmente».

Dando un paso más en esta dirección, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, decidió 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 (v. gr. 382 del CP)».

En la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, en la que se hizo por primera vez aplicación de este Acuerdo, la mayoría de la Sala sostuvo que el problema de fondo sería «un problema de proporcionalidad de la pena». Frente a ello, el Magistrado Varela Castro, en su voto particular a dicha Sentencia mostró su discrepancia con «una resolución judicial de pretensiones correctoras de la voluntad legislativa» y apuntó un argumento que luego ha sido desarrollado por otros críticos de esta evolución de la jurisprudencia: su paralelismo con lo ocurrido con la doctrina Parot, caracterizada también, salvando todas las distancias, por suponer un cambio jurisprudencial realizado con el propósito de sancionar más «proporcionadamente», esto es, más severamente, determinadas formas de criminalidad múltiple o reiterada.

c) Es dudoso que sólo por referencia a la pretensión de obtener una respuesta más drástica al fenómeno de la violencia terrorista quepa explicar la dificultad de las viejas categorías del concurso de delitos para hacerse cargo de los problemas relacionados con la fijación de las penas a cumplir en los casos de comisión simultánea o sucesiva de una pluralidad de delitos. Al menos cuando esta pluralidad delictiva afecta a bienes altamente personales, se percibe en la

jurisprudencia más reciente una tendencia a extender el mismo criterio sentado hasta ahora principalmente en relación con los delitos dolosos contra la vida.

Así vino a confirmarlo otro Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al que se ha prestado mucha menor atención: el de 31 de mayo de 2016, relativo al asunto de «si el delito de trata de seres humanos definido en el art. 177 bis del Código Penal, dentro del Título VII bis del Libro II, últimamente reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el día 1 de julio de 2015, toma en consideración un sujeto pasivo plural, o bien han de ser sancionadas tantas conductas cuantas personas se vean involucradas en la trata como víctimas del mismo». Acerca de tal cuestión la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha acordado que, asimismo, «el delito de trata de seres humanos definido en el art. 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real». Este último Acuerdo fue aplicado entre otras por las SSTs 538/2016, de 17 de junio, y 807/2016, de 27 de octubre, en la que significativamente se advierte que «el bien jurídico personalísimo que justifica la sanción del tráfico de seres humanos impone que la conducta relativa a cada una de las víctimas deba sancionarse separadamente, conforme a las normas que regulan el concurso real».

d) Por otra parte, suscita muchas dudas la técnica, cada día más frecuente en nuestro Código Penal, de incluir regulaciones concursales expresas en diversos preceptos de su Parte Especial. Así sucede, por ejemplo, con la regla de que se castiguen separadamente del atentado a la integridad moral las posibles lesiones a la vida, la integridad física, u otros bienes jurídicos (en general altamente personales) afectados por los actos de violencia física o psíquica (arts. 173.2 y 177 CP). Ello sugiere que se pretende tratar tales casos como supuestos de concurso real de delitos, y así viene siendo habitualmente interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (un criterio, por cierto, en el que la STC 77/2010, de 19 de octubre, no apreció quebranto alguno del principio *ne bis in idem*).

En un proyecto orientado precisamente a propiciar una regulación racional de los concursos de delitos, la proliferación de esta clase de cláusulas obliga necesariamente a discernir si se trata de reglas superfluas o meramente reiterativas de la solución ya en general aplicable o si, por el contrario, se trata de excepciones o modulaciones de las reglas concursales generales y a dilucidar en tal caso cuál puede ser, si lo tiene, su respectivo fundamento.

3. Las diferentes cuestiones que se examinan en el marco de este proyecto se suscitan también en los demás ordenamientos jurídicos, con las parti-

cularidades que corresponden a la evidente diversidad de las fórmulas que en cada uno de ellos se han ido ensayando para su solución. Por ello es uno de nuestros objetivos principales efectuar un profundo y riguroso análisis de Derecho comparado a fin de explorar las diferentes opciones que en el mismo se ofrecen y los principios en que en cada caso se inspiran, así como, en definitiva, sopesar sus ventajas e inconvenientes respectivos. La contribución a este volumen de la especialista portuguesa Cristina Líbano Monteiro se inscribe manifiestamente en este propósito.

4. Objeto de nuestro proyecto de investigación es asimismo examinar la incidencia en la regulación de los concursos de determinados principios constitucionales y, muy señaladamente, de los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem*.

a) La influencia de este último principio se suele relacionar con un límite que es, por lo pronto, externo a la aplicación de las reglas de determinación de la pena en los supuestos de concurso de delitos: mediante el principio de *ne bis in idem* en sentido material se remiten al ámbito del llamado concurso de normas o de leyes penales aquellos casos en los que se considera que una sola norma (des)valora de forma adecuada el contenido de injusto de un comportamiento y la responsabilidad en la que habría incurrido el sujeto que lo cometió.

b) No obstante, la mención de dicho principio es oportuna también en relación con los casos del concurso de delitos al menos por las siguientes razones.

Por un lado, porque sigue siendo objeto de una importante controversia la cuestión de si, al menos marginalmente, tal principio juega algún papel en la definición del concurso «ideal» o «medial» de delitos y en el establecimiento para ellos de un régimen de «descuento» de pena considerablemente privilegiado con respecto al que se viene asignando al concurso «real».

Por otro, porque en la determinación de cuándo se puede considerar adecuada la aplicación de las reglas del concurso de leyes y no las del concurso de delitos en sus diferentes modalidades se percibe una radical diferencia de criterio entre quienes entienden que ello sucede siempre que se dé una «punición suficiente» (así, entre otros, el miembro del equipo de investigación de este proyecto Fernando Molina Fernández) y quienes consideran que el principio *ne bis in idem* sólo cubre una parte del campo propio del principio de proporcionalidad en estos casos (su vertiente negativa, en cuanto prohibición de exceso) y habría de ser complementado con su vertiente positiva, que reclamaría a su vez la «íntegra valoración del hecho» (o su «valoración global»). Con la particularidad de que en esta línea se ha sostenido que entre ambos «subprin-

cipios» del principio general de proporcionalidad mediaría una relación de jerarquía, conforme a la cual el «principio de íntegra valoración del hecho» vendría a ocupar el lugar preferente (así, muy especialmente, Estrella Escuchuri Aisa, cuya contribución al libro que aquí presentamos tiene por ello un especial significado).

II

El presente volumen consta, en primer lugar, de cuatro capítulos en los que se reproducen las ponencias que fueron encargadas por los Coordinadores del IV Seminario Anual de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid a sendos especialistas de primer nivel en sus respectivos temas.

1. En primer lugar, Cristina Líbano Monteiro, Profesora auxiliar de Ciencias jurídico-penales de la Universidade de Coimbra, se cuestiona, a través del artículo «El problema del concurso desde una comprensión personal del ilícito penal», si el problema de la concurrencia delictiva y, en concreto, de la unidad o pluralidad de delitos, más que residir en las formas especiales de surgimiento de infracciones debe abordarse, de forma menos problemática, en el peldaño dogmático del injusto. Para responder a este interrogante, parte Líbano Monteiro de un concepto de injusto personal que le permite resolver el problema a través de la tarea jurisdiccional ordinaria de individualizar injustos. En sus propias palabras, «El concurso no es un juego de normas sino un problema de individualización de ilícitos.» Y ello no se consigue a través de subsunciones formales y eventuales relaciones jerárquicas entre los tipos legales en juego, sino detectando la norma incriminadora cuyo contenido de injusto capte de manera más intensa el desvalor jurídico-penal del caso.

2. En segundo lugar, el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, Ángel Sanz Morán, aborda en su artículo «Sobre el arte de contar delitos: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», el punto de partida básico en el ámbito de la concurrencia delictiva: cuándo estamos ante un solo delito y cuándo ante varios, y cómo debe ser el «arte de contarlos». Critica este autor tanto la normativa del concurso de leyes del art. 8 CP como las cláusulas concursales que pretenden resolver este tipo de concursos en la parte especial del Código Penal. Se muestra también en desacuerdo con reglas como la del delito continuado, la actual regulación del concurso medial o el controvertido Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015 en torno al concurso ideal homogéneo y su

concreta puesta en práctica. Concluye Sanz Morán que la mayor parte de los problemas de la actual regulación de los concursos en el sistema legal español encuentran su origen en la adopción, como punto de partida, del criterio de la acumulación de penas. Y, como solución propone, por un lado, en los casos límite entre unidad y pluralidad de acción, un tratamiento penal diferente para los supuestos de concurso ideal y los de concurso real, aunque con consecuencias punitivas no demasiado diferentes en uno y otro caso. Por otro lado, en relación con los marcos penales del concurso ideal y el real, entiende que deberían coincidir en su límite mínimo, poniendo en práctica el principio de «combinación», en el sentido de posibilitar la imposición del mínimo penal más alto. En cuanto al límite máximo, considera que podría regir para el concurso ideal el actual principio de absorción con agravación, mientras que para el real cabría optar por la asperación obligatoria de la pena más grave en que el autor hubiera incurrido, sin rebasar en ningún caso la suma de las penas –con lo que el principio de acumulación sólo debe intervenir en este sentido «limitador»–, ni el máximo de la correspondiente clase de pena.

3. En el tercero de los trabajos, «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones sobre el principio de alternatividad», Estrella Escuchuri Aisa, Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, aborda la relación entre el concurso de delitos y el concurso de leyes y, en relación con este último, los criterios que pretenden resolver las antinomias o contradicciones normativas que subyacen a él. Para ello analiza las recientes reformas legislativas en esta materia en la parte especial del Código Penal, mostrándose crítica con el legislador, en especial en lo que atañe a cierto desdibujamiento de la frontera entre el concurso ideal y el concurso de leyes. Tras analizar los diferentes criterios legales tanto desde la perspectiva doctrinal como desde la jurisprudencial, se centra esta autora en el principio de alternatividad y considera que no debe ser entendido como un criterio que resuelva los errores de coordinación legislativa, pero sí tiene, a diferencia de los demás criterios, un carácter residual. Concluye su artículo Escuchuri Aisa afirmando que el paralelismo establecido entre el principio non bis in idem y bien jurídico, por un lado, y la prevalencia de ese principio, por otro, no solo ha condicionado la interpretación de las reglas del art. 8 CP, sino que, incluso, ha derivado en una modificación del propio concepto de concurso de leyes.

4. Por su parte, Ana Ferrer García, Magistrada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aporta una visión práctica acerca de los concursos de delitos y de leyes con su trabajo «La aplicación de la concurrencia delictiva por parte del Tribunal Supremo». En él critica los vaivenes legislativos en este

ámbito –haciendo hincapié en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015–, que no facilitan la aplicación de las reglas concursales por parte de los jueces y tribunales. Ello ha dado lugar a una serie de resoluciones y acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la magistrada aborda y explica. Entre ellas destaca, por un lado, el caso de la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, que dio lugar al Acuerdo de 20 de enero de 2015, que establece la necesidad de aplicar las reglas del concurso real a aquellos supuestos en los que, a partir de una única acción, existan ataques contra la vida de varias personas, ya sea con dolo directo o con dolo eventual, y con independencia de que se haya producido o no el resultado. Por otro lado, examina también el caso de la STS 538/2016, del 17 de junio, que dio lugar al Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional que determinó que habría tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas afectadas, aplicándose en este supuesto las reglas del concurso real. En tercer lugar, aborda la STS 339/2021, de 23 de abril, que estableció que el delito de sustracción de menores constituye una única infracción, aunque quede afectado más de un menor. Y, por último, en relación con la STS 316/2021, del 15 de abril, analiza el problema de la consumación parcial en los delitos de sustracción, cuando sólo uno de los intervinientes dispone del bien sustraído, pero no los demás.

III. Los dos últimos trabajos que se publican en este volumen son las comunicaciones que, como en años anteriores, resultaron finalistas entre las muchas que concurrieron a este seminario anual.

La que se expuso en primer lugar, «Los delitos de medios comisivos determinados como tipos estructuralmente compuestos: problemas concursales», por parte Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos, incide en los problemas concursales que se generan, por un lado, cuando hay una ruptura de la relación medial que vincula las dos conductas que componen el delito compuesto y, por otro, el problema de los excesos, esto es, cuando los medios comisivos producen un resultado cuyo desvalor no queda absorbido por el injusto del delito compuesto.

En segundo lugar, Marta Pardo Miranda, en su comunicación «La concurrencia delictiva en el delito de trata de seres humanos», analiza los problemas concursales que se generan entre el delito de trata de seres humanos y el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el art. 318 bis por un lado y, por otro, con los delitos para los que se comete la trata de seres humanos, como, por ejemplo, los de explotación sexual o explotación laboral.

Finalmente, del extenso y enriquecedor debate que se generó en este seminario dan cuenta las dos relatorías que se publican también en este libro: la primera de ellas, a cargo de David Gallego Arribas, aborda las cuestiones que se plantearon a lo largo de la tarde del 28 de junio, tras las intervenciones

de Cristina Líbano Monteiro, Ángel Sanz Morán y Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos. La segunda relatoría, a cargo de Nicolás Cantard, por su parte, resume el debate surgido tras las intervenciones Estrella Escuchuri Aisa, Ana Ferrer García y Marta Pardo Miranda.

Madrid, junio de 2022.

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS
LAURA POZUELO PÉREZ

Investigadores principales del Proyecto de Investigación
DER2017-86139-P: Hacia una regulación racional
de la concurrencia delictiva

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
Cfr.	Confróntese
Coord./coords.	Coordinador-a/coordinadores-as
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir./dirs.	Director-a/directores-as
Ed./eds.	Editor-a/editores-as
et al.	<i>Et alii</i> (y otros-as)
Idem	El mismo
LLP	La Ley Penal
LO	Ley Orgánica
Núm./núms.	Número/números
p./pp.	Página/páginas
RDPP	Revista de Derecho y Proceso Penal
Reimp.	Reimpresión
RDP	Revista de Derecho Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RJA	Revista Jurídica de Asturias
RP	Revista Penal
RPCC	<i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i>
ss.	y siguientes
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Trad.	Traducido por
<i>Vid.</i>	Véase

EL PROBLEMA DEL CONCURSO DESDE UNA COMPRENSIÓN PERSONAL DEL ILÍCITO PENAL

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO*

I. INTRODUCCIÓN

El tema del concurso de delitos busca, antes que nada, saber cómo separar la unidad de la pluralidad de delitos presente en el comportamiento global de un único agente (en el marco de un mismo juicio); y posteriormente, si concluye que hay más de un delito, busca un modo de castigar que tenga en debida cuenta que la sanción va a ser cumplida por una sola persona.

Esta investigación se centra en el primer problema: por dónde pasa la frontera entre la unidad y la pluralidad de delitos cometidos por el mismo autor. Se puede hablar, a este último propósito, de una unidad *auctoris causa*. Exclusivamente *auctoris causa*.

De todos modos, en Portugal (y muy brevemente) la pena del concurso es determinada según un criterio de acumulación jurídica, no de acumulación material. Se determina la pena concreta debida por cada uno de los delitos que integran el «gran hecho»¹, el hecho global. Luego se construye un marco penal que tiene como límite mínimo la pena concreta más gravosa y como límite máximo la suma de todas las penas concretas (que no puede sobrepasar los veinticinco años). Dentro de ese marco penal, el tribunal determina la medida

* Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (Portugal). El artículo se refiere exclusivamente a la bibliografía portuguesa.

¹ LÍBANO MONTEIRO, C.; «A pena 'unitária' do concurso de crimes – Anotação ao Ac. STJ de 12. VII.2005», *RPCC*, núm. 16, 2006, p. 159.

final de la pena, considerando en conjunto los hechos y la personalidad del autor (*vid.* art. 77 Código Penal portugués –CPP–)².

De ahora en adelante, el texto se limita a reflexionar sobre la frontera que separa la unidad de la pluralidad de delitos en el contexto concursal, es decir, sobre el concurso aparente.

Para que las cosas sean claras desde el inicio mismo del artículo, anticipo cuál será la posición defendida: el problema del «concurso de delitos» se denominaría mejor con la expresión «concurso de injustos penales». Es decir, el concurso no se resuelve relacionando tipos legales, sino relacionando concretos contenidos de injusto; el concurso no necesita plantearse dogmáticamente como una de las formas especiales de surgimiento de la infracción, sino que pertenece específicamente a la categoría del ilícito típico. No se trata de una cuestión de palabras, sino de alcanzar mayor justicia en las soluciones, lo que se logra a través de una mayor coherencia dogmática.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN (I) (PRIMACÍA DEL ENFOQUE MATERIAL SOBRE EL FORMAL)

La pregunta de la que surgió el presente estudio sobre la unidad o pluralidad de delitos viene de hace mucho tiempo. De cuando leía en el periódico, por ejemplo, que en cierto país alguien ¡había sido condenado a doscientos años de cárcel! O que *A* iba a juicio acusado de homicidio, daños sobre la vestimenta de la propia víctima del homicidio, etc. Y a *B* le sentenciaban por estafa y falsificación de documento. A *C*, por violación y secuestro. Los dos primeros ejemplos estarán presentes a lo largo de la exposición.

Me preguntaba, a raíz del primer ejemplo: ¿no bastaría la condena de homicidio para que el hecho delictivo quedara suficientemente ‘castigado’?, ¿sería necesario sumar, no digo ya las penas, sino todos los fragmentos de delito, cada una de las cualidades subsumibles en algún tipo, para que el contenido de injusto y de culpabilidad apareciera reprobado, censurado?, ¿donde se veía pluralidad de delitos, no habría, ciertamente, tan solo uno?

Sumar todas y cada una de las normas incriminadoras que el hecho rellenaba, por decirlo de algún modo, ¿llevaría a la justa valoración jurídico-penal de la actuación del agente? Claro que existe también el concurso aparente, que evita la violación del principio *ne bis in idem* sustantivo. Pero esa es la cues-

² Para ahondar en el tema, *vid.*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, J.; *Direito Penal Português. PG II. Consequências jurídicas do crime*, 3.^a reimp., Coimbra (Coimbra Ed.), 2009, Cap. 9.º/II.

ción: siempre que no exista violación del principio *ne bis in idem* sustantivo, ¿debe afirmarse la pluralidad de delitos?

Hay que preguntar: ¿qué le importa al Derecho penal, *de manera aislada*, el número de tipos penales formalmente implicados en un caso?, ¿eso añade gravedad al caso *necesariamente*?, ¿hará falta que se recuerde, en caso de que se aplique un único tipo penal, que «este delito único despertó, en su enjuiciamiento, dudas concursales»³?

Debe analizarse críticamente este planteamiento formal de las cosas y mostrar cómo el concurso aparente tradicional puede negar la buena solución de un caso.

Pensemos en la relación entre los delitos de estafa y falsificación de documentos. *A* presenta a *B* un certificado del Registro de la Propiedad falso, con el que logra que *B* le entregue una cantidad apreciable de dinero. ¿Aquí cuántos contenidos de injusto criminal se podrán apreciar en la conducta de *A*? Dos, dirán algunos, una vez que su conducta se corresponde con dos tipos penales: estafa y falsificación de documento. ¿Pero no es verdad que cualquier estafa tiene como elemento típico el engaño provocado en la víctima? *B* solo dispone de su patrimonio en favor de *A* porque incurre en error. ¿No deberá decirse, entonces, que no hay aquí más que un injusto (la estafa)?, ¿hay mayor gravedad en la conducta de *A* porque su conducta se subsume a dos tipos?, ¿no habrá incluso estafas más graves sin que incluyan una falsificación de documento? Aquí, ¿no será verdad que basta con condenar por estafa, es decir, que ello será suficiente para que no se repita el injusto en el futuro? La falsificación de documento se agota sin más en la estafa⁴.

Entonces, ¿habrá que fijar que entre estafa y falsificación documental siempre media un concurso aparente de delitos⁵? No, no siempre. Hay que

³ La argumentación presente en este artículo se encuentra, en toda su profundidad, en LÍBANO MONTEIRO, C.; *Do concurso de crimes ao «concurso de ilícitos» em direito penal*, Coimbra (Almedina), 2015. En él se analiza también el problema del concurso ideal, de raíz naturalista o de raíz normativa, según PUPPE, I.; *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin (Duncker & Humblot), 1979. Un concurso ideal normativista que ha sido defendido en Portugal ya en este siglo, por algunos autores, cuando siempre se entendió que en el CPP de 1982 (todavía vigente) no cabía tal figura (así lo enseñaba CORREIA, E.; *A teoria do concurso em direito criminal*, reimp., Coimbra (Almedina), 1963, pp. 27 ss.). La defensa del concurso ideal de naturaleza normativa es defendida por DUARTE D' ALMEIDA, L.; *Do concurso de normas em direito penal*, Coimbra (Almedina), 2004; LOBO MOUTINHO, J.; *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal Português*, Lisboa (Ed. Universidade Católica), 2005; FIGUEIREDO DIAS, J.; *Direito Penal. Parte Geral I*, 3.ª ed., Coimbra (Gestlegal), 2019, pp. 1175-92. Un análisis de estas posiciones doctrinales se puede ver en el libro mencionado al comienzo de esta nota al pie de página, pp. 99-179.

⁴ Para profundizar en esta opinión, *vid.* LÍBANO MONTEIRO, C.; 2015, pp. 166 ss., 216-219 (y nota 367), 291-293, y 313-314.

⁵ El Supremo Tribunal de Justiça (STJ) portugués, en la Sentencia de Fijación de Jurisprudencia núm. 10/2013, confirma las anteriores decisiones del STJ (19 de Fevereiro de 1992 e 8/2000 de 4 de Maio de 2000): entre estafa y falsificación de documento se da un concurso efectivo de delitos.

mirar, por ejemplo, este otro supuesto, que también se subsume en los mismos dos tipos: *A* falsifica por sí mismo el asiento del Registro de la Propiedad, siendo que el resto del caso continúa como el anterior. ¿Deberá decirse aquí que hay un concurso aparente, es decir, una unidad de delito? Aquí, el peligro que se encierra en la falsificación de documento no se agota en la concreta estafa, ya que, por ejemplo, todos los certificados que se basen en el asiento falso no podrán ser verdaderos. En este supuesto, parece que debe considerarse la existencia de una pluralidad de delitos, de contenidos de injusto.

Los mismos dos tipos de ilícito formalmente aplicables a una conducta determinada pueden dar lugar a una unidad o bien a una pluralidad de hechos injustos. Recuérdese el ejemplo del homicidio y el daño en el traje de la víctima. Si se le aplica la idea tradicional de mirar a las relaciones entre los tipos en abstracto, no queda más remedio que decir que el bien vida y el bien propiedad nada tienen en común, no son de la misma familia, lo que llevará a la conclusión de tener delante un concurso efectivo de delitos. Siempre. Y, sin embargo, la respuesta más justa sería: depende de cómo han sucedido los hechos. Si *A* disparó sobre *B* y le mató, a la vez que inutilizó el traje carísimo que vestía, puede defenderse que hay un solo hecho de homicidio. Si, de modo distinto, *A* disparó sobre *B* y le mató, a la vez que buscó en el coche de la víctima el traje carísimo y lo estropeó completamente, quizás haya dos hechos, desde el punto de vista penal: un homicidio y un daño patrimonial. Más adelante saldrá de nuevo este criterio.

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN (II) (ASPECTO DOGMÁTICO)

Por otra parte, y desde una perspectiva de la construcción de la infracción criminal, ¿por qué un fenómeno tan frecuente como la duda entre unidad y pluralidad de delitos en el comportamiento de alguien necesitaría ser tratado en las llamadas formas especiales de surgimiento de la infracción? Se comprende bien que sea así cuando uno entiende el hecho injusto como un injusto objetivo, donde no entran sino por excepción elementos subjetivos. Ahí se comprende que haga falta subir un peldaño más —el de la culpabilidad— para poder contar delitos, al menos cuando el origen se encuentre en la violación de un único tipo penal y se vuelva necesario acudir a la cantidad de decisiones o resoluciones del agente, para saber si hubo solo una o, por el contrario, más de una.

Pero cuando se entiende el hecho injusto penal como injusto personal, como violación de una norma de determinación, entonces ya no es obligado subir al nivel de la culpabilidad para poder contar decisiones: el dolo típico nos permitiría saber cuántas hubo. ¿Por qué, entonces, no llegar a la conclusión de que la cuestión del concurso, de la unidad o pluralidad de delitos, no reside en las formas especiales de surgimiento de infracciones y se ubica, sin más problema, en el peldaño dogmático del injusto?

Contestar a esta pregunta y ofrecerle solución lleva consigo profundizar en el carácter personal del injusto penal. Con breves palabras y siguiendo a Almeida Costa⁶, se muestra el concepto de ilícito penal que subyace a esta contribución.

El injusto penal consiste en el desvalor personal objetivo del hecho, es decir, en que ese hecho es reprochable cuando se considere cometido por una persona cualquiera, por el que suele llamarse hombre medio. En el ilícito se censura la conducta como si quien la cometió fuera una persona social, alguien provisionalmente poseedor de las capacidades emocionales del hombre medio (de su posición socio-existencial). Es decir, alguien que no sea inimputable con relación a ese hecho, que no actúe en situación de inexigibilidad subjetiva o en error de prohibición invencible.

Con distintas palabras, puedo denominar a este concepto de injusto penal como «culpa del hombre medio»⁷ o, quizás mejor, decir que *el injusto*, así comprendido, es un *contenido personal-objetivo de antinormatividad, de anti-juridicidad*.

El injusto penal es objetivo (contiene el desvalor de ofensa al bien jurídico, la mayor o menor gravedad del ataque), pero no olvida que el comportamiento de una persona es una unidad subjetiva y objetiva. Abarca asimismo la actitud interior que el sujeto (hombre medio) manifiesta en aquel hecho. Cualquier persona que actúe de aquella manera confiere a su conducta un significado. Ese hecho no es un simple acontecimiento exterior de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Tiene un significado, un sentido jurídico-penalmente disvalioso (no solo no tiene valor, sino que tiene valor negativo). En el nivel dogmático del injusto se fija ya si el injusto es doloso o imprudente. Y ese dolo, vuelvo a decirlo, no es solamente un dolo en sentido psicológico (el representarse y querer una cierta factualidad típica), sino que abarca también el elemento emocional. Todavía no, en este momento, la concreta actitud interior

⁶ ALMEIDA COSTA, A. M.; *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em direito penal*, Coimbra (Almedina), 2014, pp. 580-610.

⁷ La expresión pertenece también a ALMEIDA COSTA, A. M.; 2014, p. 580, entre muchas otras.

de aquel agente singular, sino la actitud del hombre medio, de la persona social, si se quiere. Mientras estemos en el peldaño dogmático del ilícito, juzgamos al agente concreto, pero suponiendo en él las competencias emocionales del hombre medio. Es decir, en el nivel dogmático del injusto el criterio de valoración de la conducta es el hombre medio. En el de la culpabilidad se busca el desvalor personal *subjetivo*.

Para el juicio de culpabilidad solo queda sustituir el hombre medio por el hombre concreto. Hay que ver, en realidad, si el agente individual posee las capacidades emocionales del hombre medio o no las posee. Si no las posee, el significado de su actuación no cambia, pero no se le puede reprochar por lo que hizo. Repito: o bien es inimputable, o actúa en situación de inexigibilidad subjetiva, o incurre en error de prohibición invencible. En cualquier caso, no hay delito, pues no hay delito sin culpabilidad. Pero, hay que subrayarlo, la culpabilidad no cambia el sentido de injusto del comportamiento. Y, por lo tanto, el juicio de culpabilidad no modifica el número de injustos: es ajeno a la decisión entre la unidad o la pluralidad de delitos.

En ese sentido, puedo decir que más que de concurso de delitos, se debería hablar de *concurso de injustos*.

Hace falta apuntar un detalle más. El problema del injusto personal *minimalista* es que *no siempre* puede determinar si un hecho es doloso o imprudente sin subir al nivel dogmático de la culpabilidad⁸. Por el contrario, el injusto personal que aquí defiendo permite que haya siempre congruencia entre el significado doloso o imprudente del injusto y el significado doloso o imprudente de la culpabilidad. Nunca puede pasar que sobre un injusto doloso se asiente una culpabilidad imprudente. Pongo un ejemplo: el error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación. ¿Excluye el dolo de tipo o el dolo de culpabilidad? Para ciertos adeptos del ilícito personal al que llamé *minimalista*, tal error es compatible con el dolo de tipo, ya que el agente se representa y quiere la factualidad típica; no habrá, sin embargo, culpabilidad dolosa, porque el hecho no revela una actitud contraria, enemiga o indiferente hacia el deber-ser jurídico-penal. En caso de que exista culpabilidad imprudente, serán forzados a aceptar la falta de congruencia entre ilícito y culpabilidad en la misma actuación: injusto doloso + culpabilidad imprudente = delito imprudente⁹.

⁸ La explicación se encuentra en LÍBANO MONTEIRO, C.; 2015, pp. 195 ss.

⁹ Para entender y profundizar en este problema de falta de congruencia entre ilícito y culpabilidad en la misma conducta, *vid.* ALMEIDA COSTA, A. M.; 2014, pp. 598-619 (notas 78 y 79), y LÍBANO MONTEIRO, C.; 2015, pp. 197-209.

Utilizando la noción de ilícito penal que propongo, este ejemplo será tratado como un ilícito no doloso. No habrá dolo de tipo, porque este no prescinde de un elemento normativo, es decir, no será jamás un dolo puramente *natural* donde esté ausente el sentido de la conducta humana realizada. El dolo de tipo es dolo del hombre medio, de cualquier persona que no difiera, en sus cualidades emocionales, del hombre al que van dirigidos los mandatos de las normas de determinación penales. De ahí que, ya en el escalón del ilícito típico, la conducta tenga un sentido de valor o desvalor subjetivo-objetivo.

Concretando, el desvalor de acción en el caso de error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación puede coincidir con una actitud de descuido o ligereza de la persona social que en él incurra y se dirá, entonces, que corresponde a un injusto imprudente¹⁰. Luego, habrá que reemplazar al hombre medio por el concreto agente y verificar si sus capacidades emocionales permiten que se le censure individualmente.

En realidad, la aceptación de un injusto personal *minimalista* trae como consecuencia necesaria la imposibilidad de prescindir del todo de la categoría de las formas especiales de surgimiento del delito. Siempre será necesario, en algún caso, ir al escalón de la culpabilidad para fijar el significado ilícito del comportamiento, con el esguince dogmático que ello supone.

IV. UN NUEVO ENFOQUE

El problema de saber cuántos delitos encierra el comportamiento de alguien no se distingue en nada del problema de saber *qué* injusto penal manifiesta esta conducta, al menos ese es mi parecer. Es decir: saber *cuántos* injustos hay es lo mismo que saber *qué* injustos son.

Con ello, mi propuesta es la que sigue: integrar la resolución de la duda concursal en la tarea jurisdiccional ordinaria de individualizar injustos. *El concurso no es un juego de normas sino un problema de individualización de ilícitos.*

¿Cómo hacerlo en la práctica? El punto de partida del procedimiento concursal no es la multiplicidad de subsunciones formales y eventuales relaciones jerárquicas entre esos tipos legales. La pelea, repito, no se da en el mundo de las normas, saliendo después de entre todas la/s vencedora/s, que se aplicará/n al caso. El punto de partida está en el comportamiento a enjui-

¹⁰ Como puede no corresponder, con lo que se estará delante de una acción criminalmente irrelevante.

ciar. El juez busca, en su experiencia, la norma incriminadora cuyo contenido de injusto capte de manera más intensa el desvalor jurídico-penal del caso. A esa deberá recurrir y tendrá entonces el sentido de ilícito preponderante (o prevaleciente) de aquella conducta.

A partir de allí, hay que preguntarse (es el momento que denomino como *duda concursal*) si esa norma capta *suficientemente* el contenido de antinormatividad del comportamiento.

Importa hacer algunas observaciones. Antes que nada, una observación metodológica: se encuentra la respuesta a la cuestión concursal yendo de abajo para arriba, jamás de arriba para abajo. Es decir, el mundo de las normas está arriba, el mundo de la vida está abajo, donde los hechos se realizan. El mundo de las normas, con sus criterios, sirve para valorar las concretas actuaciones. Si uno se apega al número formal de tipos, de bienes jurídicos afectados por la conducta del agente, y se autoimpone la regla de reflejar exhaustivamente en la pena del autor el contenido de injusto o de culpabilidad de todos esos tipos, sin mirar al contexto del «*gran hecho*», llegará en muchas ocasiones a resultados poco o nada justos. Habrá observado el «mandamiento de agotar todo el contenido de injusto y de culpabilidad de una actuación», pero muchas veces, desde la perspectiva de justicia material, la duda será si esa regla no es más propia de una visión retribucionista de la finalidad de las penas que de un enfoque prospectivo de la norma de determinación penal y preventivo de sus sanciones. ¿*Agotar* el contenido de injusto y culpabilidad o, al revés, limitarse a lo *necesario* para insistir en que la norma está para ser cumplida y los bienes jurídicos para ser respetados?, ¿no es esta última la función del Derecho penal y la finalidad de su pena?

Que el problema del concurso no es lógico-formal, sino de contenido material de ilícito del «gran hecho», lo prueba una figura de la dogmática del concurso: el resurgimiento o la «vuelta a la vida» (en el original alemán, el *Wiederaufleben*) de la norma desplazada¹¹.

La cuestión tiene que ver con ese concepto de concurso aparente como relación entre tipos legales. Si un tipo es especial en relación con otro, *lex specialis derogat legi generali*, lo que viene a resultar en la exclusión del tipo general¹². Pensemos en un homicidio cualificado (un padre que mata a un hijo, por ejemplo). Es alguien que mata otra persona: encaja a perfección en el tipo

¹¹ Para entender mejor el problema del *Wiederaufleben*, consultar LÍBANO MONTEIRO, C.; 2015, pp. 225-236 y 255-256.

¹² La llamada relación de especialidad, en el contexto del concurso aparente, se revela (aunque no lo parezca) equívoca. Dando cuenta de esa equívocidad, LÍBANO MONTEIRO, C.; «O equívoco da relação concursal de especialidade», *RPCC*, núm. 3, 2018, pp. 469 ss.

penal del homicidio básico. Es también un homicidio especialmente disvalioso que corresponde igualmente al tipo penal del homicidio cualificado. Aplicando la regla de la especialidad, se desplazará el homicidio básico, ya que el *ne bis in idem* impedirá que se apliquen los dos tipos al caso. Hasta aquí, no hay problema. Pero si, por alguna razón, sustantiva o procesal, se concluye que no puede aplicarse el tipo cualificado, la doctrina y la jurisprudencia optan por «resucitar», por revivir, a la norma básica y la aplican al caso.

Sigamos con la cuestión del *Wiederaufleben* e imaginemos que el problema surge ahora con relación a un comportamiento al que son de aplicación los tipos de homicidio básico y homicidio privilegiado. Como es natural y aplicando la misma regla de la especialidad, se desplaza el homicidio básico y el juez aplica la norma privilegiada. Si surge, como en la hipótesis anterior, un obstáculo a la aplicación del tipo privilegiado (ha prescrito, por ejemplo), ¿deberá el tribunal hacer resurgir el homicidio básico, norma general que había sido desplazada por la norma especial? La doctrina y la jurisprudencia, sin excepción, contesta que no, es evidente: no puede aplicarse un tipo más gravoso cuando corresponde al caso un desvalor muy inferior. Y hacen muy bien considerando las hipótesis de privilegio como una excepción al «resurgimiento» de la norma incriminadora inicialmente preterida.

Al final, la lógica que prevalece no es la de la relación formal entre preceptos, sino la de mirar al contenido disvalioso de las conductas. Entonces se hace obligado preguntarse: ¿qué utilidad tendrá un criterio formal que, para evitar sentencias injustas, necesita ser corregido por otro distinto, *material*?, ¿no sería preferible usar directamente el criterio del contenido material de ilícito?

V. EL CONCURSO COMO DELIMITACIÓN DE LOS SENTIDOS DE ANTINORMATIVIDAD MATERIAL QUE CADA CASO ENCIERRA

Precisamente, el problema del concurso, según mi punto de vista, consiste en *individualizar* ilícitos típicos en el comportamiento de alguien. Habrá un solo hecho injusto cuando la conducta pertenezca sin excesos al *significado intrínseco de un tipo de ilícito*. Es decir, cuando «quepa entera» en el *ámbito de protección* de la norma incriminadora. Desde la perspectiva jurídico-penal, dejando la acción en el mundo de la vida al que pertenece (esto es, acción concreta, dibujada con sus exactos contornos), habrá que enjuiciar, a la luz del tipo de ilícito preponderante, si este alcanza todo el desvalor de esa conducta o si,

siempre según criterios penales, será necesario añadir algún ulterior tipo de ilícito también de factible aplicación (al menos en abstracto).

¿Qué debe entenderse, pues, por *significado intrínseco* de un tipo de ilícito, o bien *ámbito de protección* de la norma incriminadora? Antes que nada, hay que reconocer que se trata de una cuestión viva, con la mirada puesta en el hecho concreto y en el alcance de la prohibición contenida en el tipo de ilícito preponderante. Volvamos al ejemplo del homicidio y daño del traje de la víctima, cuando la muerte fue causada por una ráfaga de disparos. ¿Podrá el acto de provocar la muerte contener, integrar en su sentido, un daño patrimonial por ese mismo acto ocasionado? O, de otra manera: ¿la protección del bien jurídico vida puede alcanzar también, de un modo suficiente y en ciertos contextos, la salvaguarda de la integridad de la cosa ajena?

La respuesta a esta pregunta debe tomar en cuenta lo siguiente. El acto de matar no se da separado de todo lo que no se incluya necesariamente en el concepto de causar la muerte de una persona. No tiene el sentido aséptico de una definición esencial. Cualquier acción de matar jurídico-penalmente relevante contiene impurezas, adherencias que acompañan todo el acto real de quitar la vida a otro. Atribuir a esas adherencias un sentido autónomo, por la sencilla razón de que «entran» en otro tipo de ilícito; entender, v.g., que hay más desvalor (personal-objetivo) en aquella conducta de matar por venir acompañada de la destrucción de una medalla de oro (utilizada por la víctima e impactada también por el disparo homicida), equivale a sustituir el sentido material de antijuridicidad del caso por la posible subsunción formal de sus elementos en los diversos enunciados normativos disponibles. Ahora bien, la gravedad del caso no depende, al menos automáticamente, de la cantidad de tipos verificados en la conducta del autor. El sentido de ilícito del homicidio, para seguir con el ejemplo, cubre más que la acción de matar «químicamente pura» (inexistente, por cierto, en la realidad de los hechos). También cubre la «ganga» (variable de acuerdo con el «proceso causal» elegido en cada caso) que sea inherente a esa actuación. Si *A* mata a *B*, que se desplaza en su coche, con una ráfaga de disparos, los daños en el vehículo son parte del concreto homicidio. Ya no será así si *B* se hace llevar por el conductor *C* y los tiros se descargan de manera que muera también este último. Cada acción de matar, por la naturaleza personal del bien jurídico ofendido, constituye una unidad autónoma de sentido penal. En esta modificación del caso, *A* responderá entonces por dos homicidios, pero no por el ilícito típico del daño patrimonial.

Pero mírense las cosas desde el ángulo inverso, es decir, desde la naturaleza preventiva de la norma de determinación «no dañes». Es comúnmente

conocido que en general y en abstracto el daño patrimonial doloso es delito, es una conducta voluntaria que atenta contra un bien jurídico con dignidad penal y que requiere protección del derecho sancionador que opera como ultima ratio. ¿Pero tendrá sentido añadir a la reprobación por un homicidio ejecutado a través de una descarga de disparos, una específica condena por los daños causados en el automóvil¹³?

Insistiendo en la perspectiva propia del Derecho penal: ¿exigirá el significado del caso que se refuerce, además del deber de no matar (de no realizar acciones que lleven, desde una perspectiva *ex ante*, a la muerte de una persona), también la obligación de no dañar (de no actuar de un modo que permita prever la posibilidad de destruir –total o parcialmente– una cosa mueble ajena)?

El criterio personal objetivo indicará que, cuando el daño forme parte del contenido intrínseco del acto de matar, basta con reafirmar solemnemente, por decirlo así, la intolerabilidad de este hecho. Condenar (y castigar) por homicidio satisface por entero la tarea de prevención de homicidios que impliquen como adherencia la producción de daños patrimoniales. La norma de prohibición del homicidio también previene, en este caso, daños materiales en el coche. Agota el contenido útil de protección del tipo de daño. En una palabra: la consideración independiente de la pérdida de valor del coche es innecesaria en el acto. Tal desvalor es suficientemente mostrado por la reprobación criminal del homicidio que lo engloba.

En resumen: el criterio jurídico-penal que debe presidir la individualización de ilícitos típicos (y, del mismo modo, la solución del problema del concurso) puede enunciarse como sigue. Hay unidad de ilícito (es decir, no habrá concurso de ilícitos y tampoco de delitos) cuando el sentido del caso protagonizado por un solo sujeto corresponda sin excedencias al sentido intrínseco de un solo tipo de ilícito. Lo que equivale a decir que se dará un solo ilícito típico cuando la norma de determinación que predomine en el caso prevenga aún, suficientemente, nuevos daños a cualquiera de los bienes jurídicos afectados. Es decir, cuando la eficacia prospectiva de la norma de determinación preponderante *in casu* se demuestre capaz de evitar, en circunstancias similares, nuevas ofensas a los bienes jurídicos perjudicados.

Pongo fin a esta exposición, pero no sin antes destacar un aspecto. Alguien podría decir que el criterio que propongo es inservible, por su carácter

¹³ Hay que aclarar que nada de lo que se dice en el plano jurídico-penal impide la reparación civil de los daños ocasionados. Los criterios penales no son los criterios civiles, tal como no es la misma la función de una y otra rama del Derecho.

■ CONCURRENCIA DELICTIVA: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN RACIONAL

vago y abierto al arbitrio de los tribunales. Pero, de hecho, se le pide al juez lo que es natural pedirle. Y se le pide con un grado de dificultad similar, o incluso menor, al que reviste la tarea de sentenciar si hay o no, en cada caso, materia penalmente relevante, donde se incluye, para ir a lo concreto, descifrar el posible incumplimiento del deber de diligencia, indispensable para la afirmación del hecho imprudente. Y, sobre todo, la duda concursal es así superada en una dirección general restrictiva, *favor rei*, en la medida en que estrecha los márgenes de la pluralidad criminal.

SOBRE EL «ARTE DE CONTAR LOS DELITOS». ÚLTIMAS APORTACIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN*

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El título de esta ponencia evoca una afirmación de Max Ernst Mayer frecuentemente citada por quienes se ocupan con esta intrincada materia: «El arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar»¹. En efecto, la teoría de la concurrencia delictiva se ocupa convencionalmente de los supuestos en los que un mismo autor debe responder de varios delitos, presentándose entonces el problema de cómo determinar la sanción finalmente aplicable. A tal efecto, los Códigos penales fijan los correspondientes criterios en el contexto de las reglas relativas a la determinación de la pena. Existe, sin embargo, una cuestión metodológica previa: cómo decidir, en los casos límite, si estamos ante un solo delito o ante varios. Es decir, cómo «contar los delitos», ese auténtico «arte», en la expresiva formulación de Mayer, que acabamos de recordar.

* Catedrático de Derecho penal, Universidad de Valladolid. El artículo se corresponde con la ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Madrid, el día 28 de junio de 2021, en el marco del IV Seminario de Derecho Penal UAM: «Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional». Se trata de una versión actualizada del Discurso pronunciado, con mismo título, el día 5 de julio de 2019, en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. Debo reiterar a los coordinadores del Seminario de la UAM, Laura Pozuelo y Daniel Rodríguez, mi más sincera gratitud por invitarme a participar en el mismo.

¹ Vid. MAYER, M. E.; *Derecho Penal. Parte General* (trad. de la edición alemana, de 1915, a cargo de Politoff Lifschitz, S.), Montevideo/Buenos Aires (BdeF), 2007, p. 194.

Esta es, por tanto, la primera tarea que corresponde abordar: la de separar aquellos supuestos donde, pese a lo que pudiera parecer a primera vista, estamos ante un único delito, de aquellos otros en los que está presente una pluralidad de delitos a cargo de un mismo autor, supuesto éste en el que entran en aplicación las reglas especiales de aplicación de la pena a las que antes aludíamos: en el Código Penal Español (en adelante, CPE), los artículos 73 a 78 bis.

Como hemos desarrollado en otros lugares², la existencia de una infracción única, pese a la apariencia contraria, cabe deducirla por distintas vías, reconducibles todas ellas a un pensamiento común: basta con la simple aplicación de un tipo penal y la sanción conminada al supuesto fáctico allí previsto para colmar el total desvalor del hecho. Lo contrario supondría una mácula al principio «non bis in idem»³. Ello sucede en tres grupos de casos (aunque la terminología puede variar de un autor a otro):

a) En las denominadas «unidades típicas en sentido estricto», donde la formulación típica «capta» o «abraza» actos singulares desde el punto de vista naturalístico, haciendo de ellos una unidad valorativa o legal. Entrarían en esta categoría fenómenos legislativos como los delitos «complejos» (formados a partir de otros), los delitos «permanentes» (en los que se prolonga la constricción del bien jurídico tutelado y, por tanto, el período consumativo), los delitos «habituales» (constituidos por una serie de acciones que individualmente consideradas no revisten carácter delictivo), los delitos «de varios actos», los tipos que contienen «conceptos globales», los «tipos mixtos alternativos», etc., categorías en las que no podemos detenernos ahora.

b) En las hipótesis de «concurso aparente de leyes penales», donde la interpretación de la conexión existente entre los tipos formalmente concu-

² Vienen aquí en consideración, especialmente, las monografías *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid (Ediciones Universidad de Valladolid), 1986, y *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría del concurso en Derecho Penal*, México D. F. (Dijuris), 2012, así como los trabajos «El concurso de delitos en la reforma penal», *CDJ*, 1995, pp. 191-239, y «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en: Romeo Casabona, C. M., et al. (eds.); *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada (Comares), 1999, pp. 505-520. En todos ellos, con ulteriores referencias. Siguen un planteamiento semejante, en la doctrina española, entre otros autores, GONZÁLEZ RUS, J. J.; «Artículos 73 y 75 a 78», en: Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, T. III, Madrid (Edersa), 2000, pp. 920 ss., y SUÁREZ LÓPEZ, J. M.; *El concurso real de delitos*, Madrid (Edersa), 2000, pp. 62 ss.

³ Para el significado central de este principio en orden a la separación entre unidad y pluralidad de delitos, es fundamental la monografía de GARCÍA ALBERO, R.; «*Non bis in idem*» y *concurso aparente de leyes penales*, Barcelona (Cedecs), 1995. *Vid.*, además, CID MOLINÉ, J.; «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos», *ADPCP*, 1994, pp. 29-63.

rrentes conduce a la aplicación de uno solo de ellos (el «especial», o el «principal», etc.), lo que supone apreciar un solo delito⁴.

c) En las denominadas «unidades típicas en sentido amplio», donde la sucesiva realización del mismo tipo no multiplica el número de delitos, siempre que pueda hablarse de una simple intensificación (en términos cuantitativos) del contenido de injusto del hecho, persistente una misma situación de motivación o culpabilidad unitaria. Cabe distinguir aquí dos grupos de casos, en función de la mayor o menor contextualidad de las acciones singulares: los que se conocen –convencional e impropia– como «unidad natural de acción» (el torrente de expresiones injuriosas no constituye sino un solo delito de injurias) y el delito continuado, en la única forma en que éste es, a nuestro entender, admisible: como modalidad extrema de la denominada «unidad típica en sentido amplio». En uno y otro caso se tendrá en cuenta un límite: la pluralidad de sujetos pasivos rompe la unidad delictiva siempre que el bien jurídico atacado sea de los denominados « eminentemente personales ».

Consideremos a continuación, siguiendo también lo anticipado en el Título de esta ponencia, alguna de las cuestiones objeto de debate en estos últimos años en relación a las dos «unidades delictivas» más significativas de entre las que acabamos de mencionar: el «delito continuado» y la categoría «concurso aparente de leyes penales». Apenas es necesario indicar, por otra parte, que la índole de esta contribución obliga a reducir al mínimo indispensable las referencias bibliográficas.

II. UNIDADES DELICTIVAS

En relación a los distintos grupos de casos de unidad delictiva, a los que acabamos de referirnos, se plantea el problema de si debe el legislador fijar criterios que permitan separar la infracción singular de la pluralidad de delitos, estableciendo, en su caso, las oportunas reglas sancionadoras. Hemos insistido, en anteriores contribuciones, en nuestro rotundo rechazo a la necesidad de una intervención legislativa en este ámbito. Se debe, antes bien, dejar al arbi-

⁴ Vid. solo, en la doctrina más reciente, la monografía de MATUS ACUÑA, J. P.; *El concurso aparente de leyes*, Santiago de Chile (Astrea), 2008, que ofrece una completa reconstrucción histórico-dogmática de la institución. Cfr., además, las contribuciones de Szczaranski, Maldonado, Artaza, Mañalich, Bascur, Basso y Quintana en la importante obra colectiva: MALDONADO FUENTES, F. (ed.); *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, cuyo contenido, pese al título, se refiere fundamentalmente a esta materia del concurso aparente de leyes.

trio del juzgador y a las reglas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular (bien porque el tipo legal así lo exija –unidades típicas en sentido estricto–, o al menos lo permita –unidades típicas en sentido amplio–, bien por la existencia de un conflicto meramente aparente de leyes penales) y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concursal.

1. Concurso aparente de leyes penales. El abuso legislativo de las cláusulas concursales

Ello vale, en primer lugar, en relación al *concurso aparente de leyes penales*. La disparidad de puntos de vista a la hora de concretar los principios de solución de estos conflictos aparentes de leyes penales provoca que, con buen criterio, la mayor parte de los Códigos penales europeos opten por dejar abierto este problema interpretativo al criterio del Juez o Tribunal correspondiente. De ahí también nuestra oposición, desde un primer momento, a un precepto como el actual artículo 8 CPE, completamente superfluo y perturbador⁵, que, sin embargo, no se ha visto afectado por las numerosísimas reformas (más de treinta, alguna de ellas, de gran amplitud) sufridas por nuestro Código Penal.

Pero dejando a un lado este precepto, queremos llamar la atención sobre otro aspecto del problema: la criticable tendencia, de la que nos hemos hecho eco en alguna contribución más reciente⁶, a incorporar al texto legal «cláusulas concursales», en cuya virtud el legislador cede a la tentación de fijar, de manera apodíctica, cómo debe resolverse el caso en que un supuesto de hecho aparece *prima facie* subsumible bajo dos o más preceptos del Código Penal, decidiendo si el concurso lo es de normas penales o de delitos, determinando incluso en el primer caso el criterio interpretativo aplicable y, en el segundo, la clase de concurso (ideal o real) de que se trate, o fijando reglas *ad hoc* que no coinciden con ninguno de los anteriores supuestos. Ya en referencia al anterior Código Penal, destacaba García Albero «el efecto distorsionador de tal técnica legislativa» y proponía, de *lege ferenda*, «suprimir tales cláusulas, dejando al

⁵ Ya así en SANZ MORÁN, A. J.; 1999, pp. 507 ss. Por más que se diga –lo que es obvio– que la ley especial desplaza a la general, o la principal a la subsidiaria, ello no resuelve el problema interpretativo central: determinar cuándo nos encontramos ante una relación de especialidad o de subsidiariedad entre las distintas leyes y cuál de ellas cobra, en tal situación, carácter preferente, desplazando su aplicación a la de las restantes.

⁶ Vid. SANZ MORÁN, A. J.; «Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal», en: Álvarez García, F. J., et al. (coords.); *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 211-225.

intérprete la tarea de discernir entre el concurso ideal, el real y el concurso aparente con los instrumentos habituales»⁷. Pues bien, el Código Penal vigente, lejos de atender tan prudente advertencia, multiplica significativamente el número de tales cláusulas y lo ha ido incrementando incluso en las sucesivas reformas que ha experimentado desde su aprobación.

Obviamente, no podemos abordar aquí un estudio, siquiera somero, de estas distintas cláusulas, cuya redacción dista, por otra parte, de ser uniforme. En algunas de ellas, el tenor mismo induce a dudar si el legislador está queriendo establecer una cláusula de subsidiariedad, o entiende que el delito allí recogido concurrirá efectivamente con aquellos otros que puedan venir en consideración⁸. En otros supuestos, resulta patente que el legislador establece que estamos ante un concurso de delitos, pero solo en relación a alguna otra figura delictiva concreta⁹. En ocasiones, la limitación se refiere no al particular delito con el que puede concurrir el que estamos considerando, sino a la penalidad aplicable, decretándose que la concurrencia lo será únicamente con otros delitos más graves¹⁰. Pero la mayoría de las cláusulas que ahora nos ocupan contienen solo una referencia genérica a la eventual concurrencia con otros delitos; en ocasiones, de manera inequívoca¹¹, pero otras veces en forma tan vaga que, como acabamos de indicar, resulta difícil decidir entonces si realmente nos está imponiendo el legislador la aplicación conjunta (concurso de delitos) del tipo en el que se recoge la cláusula y cualquier otro que pueda concurrir o, simplemente, nos advierte el legislador de la posible (por frecuente) concurrencia del delito en cuestión con otros, dejando al intérprete la decisión sobre

⁷ Vid. GARCÍA ALBERO, R.; 1995, p. 339.

⁸ Así sucede, por ejemplo, con la frase que cierra el artículo 223 CPE (quebrantamiento de deberes de custodia de menores): «... sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave». Para el alcance de esta cláusula, *vid.*, por todos, Díez Ripollés, J. L.; *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 44-45 (y en: Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M. [coords]; *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2004, pp. 1166-1167), quien la interpreta como cláusula de «concurso de leyes por alternatividad», pero reconoce que la doctrina dominante ve en ella una referencia al concurso (ideal o real) de delitos.

⁹ Este es el caso, entre otras, de la cláusula contenida en el artículo 282 bis CPE (introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, para salir al paso de determinadas conductas fraudulentas en el mercado de valores), que señala que la pena allí prevista, lo es «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código» (que recoge el fraude de subvenciones); o la recogida en el número 2 del artículo 335 CPE (caza ilícita), en cuya virtud, la pena allí señalada es compatible con las que pudieran corresponder por la comisión del delito contemplado en el número 1 del mismo artículo; asimismo, las penas previstas por la realización de la conducta a que alude el artículo 350 CPE (riesgo provocado por explosivos u otros agentes), lo son «sin perjuicio» de las que puedan corresponder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 316 CPE (delitos contra la seguridad en el trabajo), etc.

¹⁰ Es el caso, por ejemplo, de las cláusulas concursales previstas en los artículos 492 y 499 CPE.

¹¹ Como sucede, por ejemplo, cuando se fija la pena para los delitos de robo violento (artículo 242.1 CPE) o extorsión (artículo 243 CPE), «sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase».

si, en tal supuesto, se aplica solo uno o todos los concurrentes¹². Por lo demás, en el establecimiento de estas cláusulas no dejan de percibirse importantes discordancias valorativas¹³. Y en otras ocasiones dan lugar a dificultades interpretativas apenas superables¹⁴.

Especial significación cobran, por la frecuencia con la que vienen en consideración, dos reglas jurídicas concretas. Por un lado, la previsión del artículo 173.2 CPE en cuya virtud la pena prevista para el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, lo es «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». Ya hemos expuesto en otros lugares cuál fue la razón que llevó al legislador adoptar este controvertido criterio¹⁵, en absoluto obligado¹⁶, y dudosamente compatible con el principio «non bis in idem», pese a que, como es notorio, el Tribunal Constitucional haya entendido lo contrario en su sentencia 77/2010, de 19 de octubre.

¹² En tal sentido, interpreta FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.; *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid (Dykinson), 1998, p. 248, la cláusula contenida en el artículo 292 CPE. (delito societario de imposición de acuerdos lesivos) «únicamente como un expreso reconocimiento por el legislador de que, por la peculiar naturaleza del tipo, será relativamente fácil que concurra con otros delitos»; se trataría así solo «de llamar la atención al juzgador por la frecuente presencia en la práctica de otros delitos con un bien jurídico diferenciado».

¹³ Así, por ejemplo, la conversión legislativa en concurso de delitos del abandono peligroso de menores o incapaces con resultado lesivo, prevista en el artículo 229.3 CPE., tal y como lo entiende la doctrina mayoritaria, no encuentra paralelo en el caso, estructuralmente idéntico, del abandono traslativo con peligro para los bienes jurídicos fundamentales del abandonado, recogido en el artículo 231.2 CPE. Cfr. al respecto, Díez RIPOLLÉS, J. L.; 2004, pp. 1377 ss., quien, como ya hemos indicado, entiende –a nuestro juicio, con mejor criterio–, que la cláusula del artículo 229.3 CPE no hace referencia a un concurso de delitos sino de normas, con remisión al delito más grave.

¹⁴ Piénsese solo en la relación entre la cláusula concursal específica prevista para la violencia intrafamiliar habitual en el artículo 173. 2 CPE –de la que nos ocupamos a continuación en el texto– y la genérica que para los delitos contra la integridad moral prevé el artículo 177 CPE.

¹⁵ Vid. SANZ MORÁN, A. J.; «Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género», en: De Hoyos Sancho, M. (dir.); *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid (Lex Nova), 2009, pp. 57-58, e ÍDEM; 2013, pp. 217-219. Muy recientemente he vuelto sobre el particular en SANZ MORÁN, A. J.; «Algunas reflexiones sobre la violencia habitual del artículo 173, apartados 2 y 3 CP», en: Abel Souto, M., et al. (coords.); *Estudios penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 1349-1366.

¹⁶ Que la solución de entender presente, en el caso que nos ocupa, un concurso de delitos no resulta obligada nos lo muestra el caso de la legislación chilena –deudora en buena medida de la española en el tratamiento de este problema–, cuya Ley 20066, de 7 de octubre de 2005, de violencia intrafamiliar, contiene una regla (art. 14) de acuerdo con la cual se castiga el ejercicio habitual de violencia física o psíquica (...), «salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará solo la pena asignada por la ley a éste»; se entiende aquí, por tanto, que estamos ante un concurso aparente de normas penales, cediendo el delito que nos ocupa frente a aquel otro –sea en razón de subsidiariedad o consunción, cuestión ésta secundaria a los efectos de lo que aquí nos interesa– que comporte mayor sanción. Esta regla resulta, sin duda, más respetuosa con el principio «non bis in idem».

El otro supuesto al que queremos referirnos brevemente es la previsión del artículo 382 CPE en el sentido de que en algunos de los delitos contra la seguridad vial (en concreto, en los previstos en los artículos 379, 380 y 381 CPE), cuando «se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior...»¹⁷. Pues bien, aunque el Preámbulo que acompañó a la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre 2007 –que modifica ampliamente la regulación de los delitos contra la seguridad vial– se refiere a la pervivencia de «una específica regla para salvar el *concurso de normas* cuando se hubiera ocasionado además del riesgo prevenido un resultado lesivo»¹⁸ (cursiva nuestra), sin embargo el tratamiento dispensado (pena de la infracción más grave, en su mitad superior¹⁹) coincide con el previsto en el artículo 77 CPE para el concurso ideal de delitos, con la salvedad de que en este último caso se prevé también el castigo por separado de las infracciones concurrentes si resulta más favorable, previsión que no encontramos en el artículo 382 CPE. Que el legislador está pensando aquí en un concurso de delitos y no de leyes penales se desprende también del inciso final del precepto –en su redacción anterior a 2019, como veremos a continuación–: «y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado»; previsión pensada para el caso –poco probable, por lo demás– de que las lesiones o muerte producidas comportaran menor sanción que la realización del correspondiente delito contra la seguridad vial. Pero lo que termina de complicar la situación es que en la reciente reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, se añade al reiterado artículo 382 CPE un segundo párrafo con este tenor: «Cuando el resultado lesivo concorra con un delito del artículo 381, se impondrá en todo caso la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en este precepto en su mitad superior»; indicación que cobra sentido si el

¹⁷ La bibliografía relativa a esta cláusula concursal es muy abundante. *Vid.* solo el completo análisis de TRAPERO BARREALES, M. A.; *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 487 ss.

¹⁸ Recordemos, en cualquier caso, que nos encontramos aquí ante el caso paradigmático del binomio peligro/lesión que, como es notorio, resulta especialmente controvertido desde la óptica de la separación entre concurso de normas y de delitos. No podemos detenernos ahora en esta cuestión. *Vid.*, por todos, ESCUCHURI AISA, E.; *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada (Comares), 2004, pp. 308 ss. Cfr. ahora también las contribuciones de Bascur y Basso en MALDONADO FUENTES, F. (ed.); 2021.

¹⁹ Encontramos también en el 343.2 CPE una cláusula concursal en cuya virtud, cuando además del riesgo prevenido se produce «un resultado constitutivo de delito», se apreciará «tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior», siguiendo así el mismo criterio que en el artículo 382 CPE que ahora nos ocupa.

resultado lesivo, en la denominada «conducción-suicida», se entiende producido con dolo eventual, ya que los delitos de homicidio o lesiones dolosas, a diferencia de las correspondientes modalidades imprudentes, no prevén la pena de privación de permiso de conducir²⁰.

Y no conforme con la modificación introducida en este artículo 282 CPE, a favor de cuya supresión se venía manifestando la doctrina mayoritaria, el legislador, en esta misma reforma del Código añade un nuevo delito: el de abandono del lugar del accidente, incorporado en el artículo 282 bis CPE²¹, donde de nuevo nos encontramos con una cláusula concursal cuya interpretación va a resultar de problemática, pues se refiere a la conducta del conductor que «fuera de los casos contemplados en el artículo 195...», fórmula que parece evocar una relación de exclusividad entre los dos tipos penales, que, por tanto, no podrían entrar nunca en conflicto normativo, por referirse a supuestos distintos, criterio que parece avalar el Preámbulo de esta Ley Orgánica, aunque lo exprese de manera bastante oscura. Sin embargo, la caracterización de la conducta típica en este nuevo artículo 282 bis CPE presenta zonas de interferencia con los dispuesto en el artículo 195 CPE, en los que parece dudoso que la solución sea acudir al precepto más general, como podría desprenderse del tenor de la cláusula que nos ocupa.

Por otra parte, y para añadir mayor confusión, también el Tribunal Supremo, a través de esa técnica tan discutida de los Acuerdos de Sala adoptados en Plenos no Jurisdiccionales²², tercia en la decisión de determinados conflictos normativos; cambiando incluso en ocasiones de parecer sin explicación suficiente²³. Y, enmarañando aún más la situación, en algún supuesto es de nuevo el legislador quien sale al paso de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo a través de intervenciones que los invalidan.

Debemos, en definitiva, insistir en lo desafortunado de las distintas referencias legislativas al concurso aparente de normas penales. Y en tal sentido, no solo debería suprimirse el actual artículo 8 CPE, sino que habría que reducir al mínimo imprescindible las numerosas cláusulas concursales contenidas

²⁰ En relación a este nuevo párrafo añadido al artículo 282 CPE, *vid.* solo DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; *Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga*, Madrid (Reus), 2019, pp. 113 ss.

²¹ Para el análisis de esta figura delictiva remitimos de nuevo a DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; 2019, pp. 123 ss.

²² Cfr. al respecto, por todos, MARTÍNEZ FRANCISCO, M. N.; *Los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo: Problemática sustantiva y constitucional*, Madrid (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), 2012.

²³ Sin abandonar nuestro campo de estudio, baste recordar –volveremos inmediatamente sobre ello– los vaivenes producidos en relación al tratamiento sancionador del delito continuado patrimonial. *Vid.* SANZ MORÁN, A. J.; «El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial», *LLP*, núm. 67, 2010, pp. 10-20.

en la parte especial del Código –que, debemos insistir en ello, se han visto notablemente incrementadas en las sucesivas reformas del Código Penal–, dejando al arbitrio del juzgador y a las normas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis de concurso efectivo de delitos. Más aún, cabría plantear si con estas recurrentes cláusulas nos encontramos ante uno de aquellos «automatismos legislativos», objeto de consideración crítica por parte de la Corte Constitucional italiana, que viene declarando inconstitucionales algunas «presunciones absolutas» del legislador penal, basadas en «un único y rígido parámetro normativo», de modo que «impiden al juez individualizar (...) la respuesta penal más adecuada», limitando o neutralizando irrazonablemente, al imponer un grado excesivo de rigidez a la disposición», un interés o derecho constitucional²⁴: en nuestro caso, la efectiva vigencia de los principios de proporcionalidad y *non bis in idem* que están, como ya hemos indicado, en la base de la separación entre concurso aparente de leyes y concurso de delitos. Lamentablemente, no podemos detenernos ahora en este problema constitucional²⁵.

2. La tortuosa singladura del denominado «delito continuado»

Tampoco debería establecerse regla legal alguna relativa al denominado *delito continuado*. Fuera de aquellos supuestos de «extensión» o «ampliación» del concepto de «unidad natural de acción», carece de toda justificación la admisión de la figura de un delito continuado, con la consecuencia del tratamiento punitivo privilegiado frente al concurso real homogéneo, máxime allí donde la aceptación de tal figura se deba solo a razones de economía procesal. Nos encontramos, en los supuestos que convencionalmente denominamos «delito continuado», o ante un delito único, en el sentido que acabamos de

²⁴ Vid. al respecto, por todos, DOVA, M.; «El sistema sancionatorio entre automatismos legislativos y discrecionalidad judicial» (trad. a cargo de Bonsignore Fouquet, D.), en: Juanatey Dorado, C./Sánchez-Moraleda Vilches, N. (dirs.); *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, pp. 25-46 (de donde tomamos los pasajes entrecomillados en el texto, en pp. 25 y 27). Singular interés reviste, en este contexto, la sentencia de la *Corte Costituzionale* núm. 31 de 2012 que declara la inconstitucionalidad del artículo 569 del *Codice Penale* en la parte que establece que en caso de condena pronunciada contra el progenitor por delito de alteración de estado civil (previsto en el artículo 567, apartado 2) ello conlleva la pérdida de la patria potestad, cerrando así al juez toda posibilidad de valorar el interés del menor en el caso concreto.

²⁵ Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J.; «Los denominados ‘automatismos legislativos’: ¿Categoría trasladable a España?», en: Santana Vega, D. M., et al. (dirs.); *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona (Atelier), 2021, pp. 95-106.

apuntar, o ante un concurso real homogéneo, que como tal debe ser tratado. Estamos, de nuevo, ante un mero problema interpretativo: determinar si, en la situación concreta, lo que desde un punto de vista formal aparece como reiterada realización del tipo, puede ser caracterizado, valorativamente, como un solo delito por darse los requisitos subjetivo (idéntica situación de motivación) y objetivo (intensificación simplemente cuantitativa del injusto) a que aludíamos al comienzo de esta contribución²⁶.

Pese a ello, ya el anterior Código penal, en la «Reforma Parcial y Urgente» operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, introdujo, como es notorio, en su artículo 69 bis, una regla relativa al delito continuado, precedente inmediato de la que recoge el actual artículo 74 CPE. De sus carencias y defectos ya nos hemos hecho eco sobradamente, abogando lisa y llanamente por su supresión²⁷. No lo ha hecho así el legislador, aunque en los trabajos previos a la amplia reforma penal del año 2015 hubo un intento de introducir significativas modificaciones en su regulación, que no llegaron a incorporarse al texto finalmente aprobado²⁸, lo que nos excusa de entrar aquí en una consideración más detenida.

Pero el hecho mismo de que se planteara tan amplia reforma indica la necesidad de cuestionar una previsión legal como la del precepto que nos ocupa. Su existencia aparece condicionada, de manera decisiva, por el mantenimiento del anacrónico principio de acumulación material de penas como pun-

²⁶ Intenta, pese a todo, trazar una separación suficiente entre los supuestos de «unidad natural de acción» y los de delito continuado, en la doctrina española más reciente, CARUSO FONTÁN, V.; «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la ‘unidad natural de acción’ y el delito continuado», *RP*, núm. 36, 2015, pp. 36-60. Por lo demás, tampoco la jurisprudencia acierta a caracterizar adecuadamente el problema del delito continuado, al estar anclada en aquel modelo explicativo (de origen alemán) que parte de la unidad de acción y no de la unidad de realización típica, a la hora de separar la unidad y pluralidad de delitos, como lo pone de manifiesto la STS 905/2014, de 29 de diciembre, cuyo fundamento jurídico décimo (redactado, por lo demás, con notable claridad) recurre, en la determinación de la existencia de un delito continuado, a la categoría «unidad jurídica de acción», que separa a su vez de la «unidad de acción en sentido natural», la «unidad natural de acción» y la «unidad típica de acción». Más información sobre los posibles modelos metodológicos en el tratamiento de la unidad y pluralidad delictiva en SANZ MORÁN, A. J.; 1986, pp. 115 ss.

²⁷ *Vid.* solo en SANZ MORÁN, A. J.; 1999, pp. 510 ss. y, más recientemente, IDEM; «Concursos de normas y de delitos: Artículos 74, 76 y 77 CP», en: Álvarez García, F. J. (dir.); *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 284-285.

²⁸ Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J.; «Novedades legislativas y jurisprudenciales en torno al problema de la unidad y pluralidad de delitos», *Diálogos Jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 2, 2017, pp. 137-138, con posteriores referencias bibliográficas. La reforma proyectada se centraba en tres aspectos: la restricción del alcance del denominado delito continuado, mediante la exigencia de cercanía «temporal» entre las sucesivas acciones que forman la continuidad; además, se excluía su aplicación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y demás bienes jurídicos personalísimos, excepto el honor y, finalmente, se modificaba la respuesta sancionadora, prescindiendo de la referencia al denominado «delito masa» e incorporando una confusa regla punitiva que fue objeto de amplia crítica.

to de partida para el tratamiento del concurso real o material de delitos, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante. Que en la reforma penal de 2015 se pretendiera limitar la apreciación de esta figura a los supuestos de cercanía temporal entre las distintas acciones que forman la continuidad era una (tímida) expresión de la necesidad de aproximar esta figura a los supuestos, estructuralmente análogos, de la denominada «unidad natural de acción». Y que tratara de excluirse de la continuidad delictiva a los delitos contra la libertad sexual y demás bienes jurídicos personalísimos (excepto el honor), mostraba que sigue sin entenderse cuál es el problema que presentan los bienes personalísimos en orden a la apreciación de un solo delito (continuado): que, en el caso de verse afectados tales bienes jurídicos, la pluralidad de víctimas impide hablar de un único injusto típico, aunque intensificado, de modo que habrá que apreciar tantos delitos como víctimas. Pero si la víctima es la misma, no debería haber problema para admitir, dados los demás requisitos, un único delito, aunque el bien jurídico afectado sea eminentemente personal; así, las sucesivas llamadas telefónicas amenazantes a la misma víctima constituirían un solo delito de amenazas, por poner un ejemplo de bien jurídico personalísimo distinto del honor o la libertad sexual. Por lo demás, la existencia del artículo 74 CPE entendemos que no contribuye a resolver, sino que, al contrario, complica la decisión de si estamos ante uno solo o ante distintos delitos de agresión o abuso sexuales, como pone de manifiesto un mínimo repaso de la abundante jurisprudencia al respecto. Y, más allá de los delitos contra bienes jurídicos personalísimos, la posibilidad o no de apreciar la figura de delito continuado está originando intensa controversia jurisprudencial en figuras delictivas como el denominado «impago de pensiones», el tráfico de drogas o los delitos contra la Hacienda Pública²⁹.

Pero donde se manifiesta de manera más clara la crisis de la plasmación legislativa del denominado delito continuado, es en el fracaso a la hora de articular un modelo adecuado de respuesta para los delitos continuados patrimoniales. Excede claramente de nuestro propósito ocuparnos aquí de este problema, al cual dedicamos ya atención específica hace algunos años³⁰. Baste recordar, por un lado, el carácter perturbador que provoca la recepción, en el apartado 2 del artículo 74 CPE, del denominado «delito masa», caracterizado por unos elementos (fraudes patrimoniales de «notoria gravedad» y con perjui-

²⁹ A propósito de la admisión o no de la categoría «delito continuado» en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública, *vid.*, entre las más recientes, las importantes SSTS 374/2017, de 24 de mayo y 290/2018, de 14 de junio (con sendos votos particulares discrepantes). Ofrecíamos una sucinta reflexión al respecto en SANZ MORÁN, A. J.; «De nuevo sobre el privilegio del fisco», *RDPP*, núm. 52, 2018, pp. 11-13.

³⁰ Más información en SANZ MORÁN, A. J.; *LLP*, núm. 67, 2010, *passim*.

cio «a una generalidad de personas»), que reaparecen como causas específicas de agravación en los distintos delitos contra el patrimonio que suelen venir en consideración cuando se habla de «fraudes colectivos»: estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles (artículos 250 y 259 bis CPE), lo que está originando unas dificultades de interpretación apenas superables, a la hora de decidir la pena a imponer. Pero más allá de estos supuestos específicos del «fraude colectivo», la misma existencia en el artículo 74 CPE de dos criterios sancionadores: uno de carácter general (apartado 1) y otro referido a los delitos patrimoniales (apartado 2) ha originado una jurisprudencia sinuosa, con algún cambio de criterio y sucesivos Acuerdos de Sala (en Plenos no Jurisdiccionales) no siempre suficientemente diáfanos, cuestiones en las que no podemos ahora detenernos³¹.

III. LOS CONCURSOS IDEAL Y MEDIAL DE DELITOS

1. La controvertida reforma del artículo 77 CPE en 2015

Entrando ya en el concurso efectivo de delitos y, en concreto, en la primera de las dos modalidades del mismo que convencionalmente vienen en consideración: el concurso ideal o formal (una sola acción que da lugar a dos o más delitos), lo primero que debemos destacar, a la hora de hacer balance del estado más reciente de los problemas concursales, es el alcance de la reforma del Código Penal Español del año 2015, donde dejando a un lado alguna otra modificación de menor entidad introducida en el *artículo 77 CPE*³², sorprendió a todos el legislador suprimiendo la tradicional equiparación entre concurso ideal y conexión medial o teleológica entre delitos.

Es sobradamente conocido el origen histórico de esta equiparación: la tesis, sustentada por los más significativos representantes de la «Escuela clásica» italiana, de acuerdo con la cual el criterio delimitador para apreciar la existencia de uno o varios delitos debe situarse en el fin del agente, de manera

³¹ Ofrecemos un sumario repaso de la misma en la contribución citada en la nota precedente. Con posterioridad a su publicación, baste citar, como muestra de estas dificultades en la determinación de la pena del delito continuado de carácter patrimonial, las SSTS 207 y 250/2015, de 15 y 30 de abril de 2015 respectivamente, cuando tratan de aclarar el alcance del Acuerdo de Sala de 30 de octubre de 2007, cuya «dificultad de interpretación» fue ya expresamente reconocida, por ejemplo, en la STS 527/2010, de 4 de junio.

³² Como la sustitución del término «infracciones» por el de «delitos», motivada por la supresión del Libro Tercero del Código Penal, que recogía las «faltas», por lo que ahora solo existen «delitos» de distinta gravedad.

que, dándose unidad de fin y pluralidad de derechos lesionados, el delito medio pasa a convertirse en circunstancia agravante. Superado hace tiempo este planteamiento, la doctrina mayoritaria se inclinaba a considerar que estamos aquí ante una hipótesis de concurso real, que como tal debe ser tratada³³.

En lugar de ello, lo que hace el texto aprobado en 2015 es fijar para este concurso medial un régimen sancionador propio y distinto del previsto para el concurso ideal en sentido estricto (que pervive en sus mismos términos en el actual apartado 2 del artículo 77 CPE), pero también diverso del que se establece en los casos de concurso real de delitos, al que después aludiremos. De los textos respectivos de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de octubre de 2012 y del Proyecto definitivo de septiembre de 2013 (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 4 de octubre de 2013), se desprende que lo que pretendía el legislador era establecer, tanto en este caso como en el del delito continuado, un tratamiento penal más severo que el de la simple absorción de penas, pero sin llegar a su acumulación³⁴. Lo cierto es que, una vez que se decide, en sede parlamentaria, mantener la regulación precedente del delito continuado, sobre el que se centraban las referencias de la Exposición de Motivos, desaparece de ésta, en el texto finalmente aprobado, toda mención a la regulación del concurso de delitos.

Nos encontramos, en definitiva, ante un criterio sancionador completamente novedoso y sobre cuyo alcance no se pronuncia en absoluto el legislador. De acuerdo con el nuevo artículo 77.3 CPE, en el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, para 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

³³ Más información en SANZ MORÁN, A. J.; 1986, pp. 216 ss., e IDEM; *CDJ*, 1995, pp. 227-228, en ambos casos, con ulteriores referencias bibliográficas. También la más reciente monografista del concurso ideal de delitos, ROIG TORRES, M.; *El concurso ideal de delitos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, deja fuera de su estudio al denominado concurso medial «porque en esencia se asemeja más al concurso real» (p. 17).

³⁴ En cualquier caso, como destacaron distintos autores, así como algunos de los Informes técnicos que precedieron a la presentación del Proyecto de Ley, era inexacta la afirmación de la Exposición de Motivos en el sentido de que fueran coincidentes las previsiones sancionadoras del delito continuado y de la conexión medial entre delitos. Más información en SANZ MORÁN, A. J.; *Diálogos Jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 2, 2017, p. 140 (y allí, la nota 20) con ulteriores referencias bibliográficas. Para los criterios sancionadores en materia de concurso de delitos, sigue siendo fundamental la monografía de CUERDA RIEZU, A.; *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid (Tecnos), 1992.

expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior»³⁵.

Como muestra de las dificultades interpretativas de este último apartado del artículo 77 CPE, baste recordar el dato de que la Fiscalía General del Estado se vio obligada a dictar una Circular (la 4/2015, de 13 de julio de 2015), exclusivamente destinada a «la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos». Y en ella se concluye que el marco vendrá dado, en cuanto a su límite máximo, por «la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos», teniendo, además, en cuenta, «el límite de duración previsto en el artículo 76»; mientras que el límite mínimo lo constituye una pena «superior a la concretamente imponible para el delito más grave». Ello obliga a determinar cuál de los delitos es el más grave, atendiendo al grado de ejecución y a la participación, así como a las eximentes incompletas y al error de prohibición vencible; y a concretar además la pena de este delito más grave «mediante la aplicación de todas las reglas del artículo 66 CPE concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común». Una vez fijado este mínimo que supone la pena aplicable en concreto para el delito más grave, bastará, en la individualización final, con imponer una pena superior a este mínimo³⁶, pero sin rebasar el límite máximo antes indicado, lo que nos da un amplio margen de arbitrio judicial. Puesto que las reglas del artículo 66 ya han sido tomadas en consideración en la determinación de la pena concreta correspondiente al más grave de los delitos, y en evitación de un posible *bis in idem*³⁷, entiende la Circular que comentamos

³⁵ Como puede observarse, no coincide siquiera la formulación de los límites máximos con la establecida en el apartado anterior para el concurso ideal de delitos, pues en esta última, alude el artículo 77.2 CPE a la resultante de la punición separada de las infracciones, pero sin remitir al artículo 66, ni a los límites máximos que para el concurso real de delitos establece el artículo 76 CPE. Vid. solo MANZANARES SAMANIEGO, J. L.; *La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Madrid (La Ley), 2015, pp. 80 ss.

³⁶ Rechaza, con razón, esta Circular, que esta «pena superior a la que habría correspondido...», pueda interpretarse como la «pena superior en grado», pues siempre que el legislador «quiere tal efecto, utiliza una referencia totalmente consolidada», aunque se trate de una interpretación posible de la regla que, con toda probabilidad, se corresponda además con la *voluntas legislatoris*. Defiende, sin embargo, esta posibilidad interpretativa MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.; «Artículos 73 a 79», en: Roma Valdés, A. (dir.); *Código Penal Comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Barcelona (Bosch), 2015, p. 159. Parece también apuntar a esta interpretación SUÁREZ LÓPEZ, J. M.; «Reglas especiales de aplicación de las penas», en: Morillas Cueva, L. (dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 214-215, con expresa remisión a las reglas del artículo 70 CPE relativas a la determinación de la pena superior en grado.

³⁷ Previene frente a ello, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, J.; «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 ss.)», en: González Cussac, J. L. (dir.); *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 311-312.

que la remisión del artículo 77.3 CPE al artículo 66 CPE, a la hora de individualizar la pena final, lo es solo a la regla 6.^a del apartado 1 de dicho precepto (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), pero no al resto de las reglas del artículo 66.1 CPE, «cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis»³⁸.

Además de la mencionada ampliación del arbitrio judicial, lo más significativo de esta previsión legal es que, con ella, la denominada conexión medial entre delitos puede resultar ahora sancionada –aunque probablemente fuera otra la intención del legislador– con una pena inferior a la que corresponde al concurso ideal de delitos, lo que ya fue destacado, críticamente, 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 Penal. De ahí que –de modo muy revelador– la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, proponga a los Sres. Fiscales, «como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita», concretar la pena final «en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro». Lo que equivale, en términos más descarnados, 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 regla.

En definitiva, con el nuevo apartado 3 del artículo 77 CPE estamos, sin duda, ante una de aquellas novedades legislativas cuya aplicación está suscitando serias dificultades, lo que, en este caso, hay que atribuir en muy alta medida a la cerrazón del legislador frente a las sensatas advertencias y sugerencias recogidas en los preceptivos Informes que precedieron a la presentación del Proyecto de reforma. Ello por no entrar en otras cuestiones adicionales que ha venido planteando la doctrina y en las que tampoco podemos detenernos aquí³⁹.

³⁸ En el mismo sentido, ESCUCHURI AISA, E.; «Artículo 77», en: Gómez Tomillo, M.; *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I Parte General, Artículos 1-137*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, pp. 718-719. De otra opinión, MUÑOZ CUESTA, J./RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E.; *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, quienes, aunque resumen con precisión el contenido de la Circular comentada en el texto (pp. 63 ss.), entienden, sin embargo, que la concreción de la pena del delito más grave debe hacerse sin atender al artículo 66 CPE, dejando la consideración de éste para la individualización de la pena final (p. 62).

³⁹ Sirvan de ejemplo, a este respecto, las dos que sugirió, muy pronto, GUARDIOLA GARCÍA, J.; 2015, pp. 314-315: «¿Qué hacer cuándo uno de los delitos en concurso medial tenga indicada la pena de prisión permanente revisable?» y cómo articular la regla del artículo 77.3 CPE con la nueva modalidad de asesinato cuando la muerte dolosa de otro se cometa «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se

2. El problema del denominado «concurso ideal homogéneo»

Pero ya antes de producirse la reforma legal que acabamos de evocar, el Tribunal Supremo, en el de Acuerdo de la Sala de lo Penal, en Pleno no Jurisdiccional celebrado el día 20 de enero de 2015, adoptó una decisión cuando menos controvertida, en relación a una cuestión que ha sido objeto de amplio debate en la doctrina y jurisprudencia española: cuál sea el tratamiento más adecuado de algunas hipótesis de concurso ideal homogéneo; en particular el caso de una sola acción que produce la muerte de varias personas. La naturaleza de este *concurso ideal homogéneo* nunca ha sido una cuestión pacífica; así, encontramos en la doctrina –como es notorio– defensores de los tres puntos de vista que, en abstracto, cabe tomar en consideración: que se trata de un delito único –en opinión de Geerds, «cuando con la acción de arrojar una bomba se causa la muerte a varias personas, estaremos solo ante un homicidio de gran volumen»–; que es un supuesto de concurso real de delitos –como ha venido sosteniendo, en la doctrina española, fundamentalmente Mir Puig–; o que se trata de un caso enteramente asimilable al concurso ideal heterogéneo, punto de vista este último dominante en la doctrina española y que también nosotros hemos defendido: se trata de una modalidad de concurso ideal que capta las hipótesis de lesión, en unidad de acción, de bienes jurídicos eminentemente personales de diferentes titulares, pues cuando una acción produce múltiples resultados típicos homogéneos habrá un solo delito siempre que el tipo en cuestión incluya la elevación cuantitativa del objeto de ataque⁴⁰.

También sobre este particular hemos tenido ocasión de volver hace no mucho tiempo, lo que excusa aquí una consideración más detenida⁴¹. El problema había cobrado un relieve particular en la jurisprudencia española más reciente⁴², que venía ofreciendo un amplio abanico de soluciones, distinguiendo según el carácter doloso (e incluso, la clase de dolo) o imprudente de la

descubra» (artículo 139.1, 4.ª CPE). Por lo que se refiere a la jurisprudencia posterior a esta reforma legislativa, la STS 688/2016, de 27 de julio, aclara el alcance de la nueva redacción, indicando los serios inconvenientes que plantea (habla esta resolución de «notables distorsiones» y «graves incoherencias axiológicas»); y la STS 346/2016, de 21 de abril, plantea incluso el problema de la posible aplicación retroactiva, como más beneficioso para el reo, de este nuevo criterio sancionador del concurso medial de delitos.

⁴⁰ Más detalles en SANZ MORÁN, A. J.; 1986, pp. 149-151 y 212-213, con ulteriores referencias bibliográficas, e IDEM; *CDJ*, 1995, pp. 226 ss. En la doctrina española más reciente, defiende de manera particularmente minuciosa la tesis del concurso real, ROIG TORRES, M.; 2012, pp. 19 ss., 136 ss., 148 ss. y *passim.*, apoyando fundamentalmente su planteamiento en una determinada interpretación del término «hecho» utilizado por el legislador en el artículo 77 CPE, en línea próxima a la que viene defendiendo Mir Puig.

⁴¹ Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J.; «Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial», en: Silva Sánchez, J.-M., et al. (coords.); *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir*; Montevideo/Buenos Aires (BdeF), 2017, pp. 865-876.

⁴² Exhaustivamente analizada por ROIG TORRES, M.; 2012, pp. 167 ss.

acción única, así como la naturaleza homogénea o heterogénea de los resultados por ella producidos. Pues bien el antes mencionado Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015 resolvió que «los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real, salvo la existencia de regla penológica especial».

Ahora bien, como se desprende de la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, primera de las que aplican este Acuerdo, dista de quedar claro su ámbito concreto de aplicación⁴³, así como las razones que lo avalan, pues aunque se aducen distintos argumentos dogmáticos –escasamente convincentes– en su favor, en la decisión adoptada se atiende decisivamente a las penas resultantes según se aprecie un concurso ideal o real de delitos⁴⁴, lo que no deja de ser sintomático. Y como recuerda el voto particular discrepante de uno de los Magistrados (Varela Castro) que formaron la Sala que dictó esta sentencia, sigue, pese a todo, sin explicarse cómo el carácter homogéneo o heterogéneo de los delitos realizados en unidad de acción puede provocar que estemos ante una u otra clase de concurso.

Con posterioridad, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de mayo de 2016 considera también que en delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CPE hay que «sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real». En aplicación de este Acuerdo, la STS 538/2016, de 17 de junio, contiene algunas reflexiones dignas de resaltar. Que haya tantos delitos como víctimas (dos en el caso sentenciado) sería

⁴³ Ello pese a que la sentencia que comentamos trata de precisar qué es lo que *no* ha sido objeto del Acuerdo: aquellas cuestiones sobre las que no existe discrepancia jurisprudencial, como lo son «los supuestos de una unidad natural de acción», «la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción, o de una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia»; así como «tampoco afecta el Acuerdo a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, *que da lugar a un delito único*, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado» (cursivas nuestras). Según esto, si una única acción imprudente da lugar a varias víctimas mortales, estaríamos ante ¡un único homicidio imprudente!, retornando así a la tesis del *crimen culpae*, existiendo concurso *ideal* si esa única acción imprudente causa «varios resultados subsumibles (...) en varias normas penales», separándose, por tanto, aquí del criterio de admitir tantos «hechos» como resultados materiales producidos.

⁴⁴ Leemos, en efecto, en la mencionada resolución: «...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 del artículo 77 CPE que, *a priori*, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica». E insiste en ello, más adelante, la misma sentencia: en el fondo 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». Resulta llamativa la constante apelación de la sentencia a la aplicabilidad «*a priori*» del artículo 77 CPE a estas hipótesis.

consecuencia de la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido en este delito: la dignidad humana. Y que esta pluralidad de delitos constituya un concurso real «se deriva de nuestro Acuerdo Plenario de 20 de enero de 2015». Ahora bien, puesto que, en el supuesto enjuiciado, los delitos de trata de seres humanos están en relación instrumental con sendos delitos de coacción a la prostitución, para evitar «exasperaciones que podrían resultar desmesuradas», se acoge la sentencia a la literalidad de la nueva regla penológica introducida en 2015 en el artículo 77.3 CPE para este concurso medial –acabamos de ocuparnos de ella–, 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. Nueva muestra de cómo en nuestro Tribunal Supremo priman, ante todo, consideraciones de justicia (o, si se quiere, de proporcionalidad), en la decisión de los problemas concursales⁴⁵.

3. Las soluciones específicas previstas en los delitos de homicidio y lesiones

Como acabamos de ver, el Acuerdo de Sala de 20 de enero de 2015, a propósito del tratamiento del denominado concurso ideal homogéneo, salva la posible «existencia de regla penológica especial»; y pone como ejemplo la prevista en el artículo 382 CPE, de la que nos ocupábamos más arriba. Ahora bien, a la fecha del Acuerdo, está a punto de introducir el legislador (en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), en la nueva regulación de los delitos contra la vida, una regla en cuya virtud se reserva la nueva pena de prisión permanente revisable, entre otros supuestos, para «el reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas» (art. 140.2 CPE). Obviamente, no es éste tampoco el momento de detenernos en el análisis de esta previsión⁴⁶. Nos interesa destacar cómo, de manera simultánea, tanto el Tribu-

⁴⁵ Una de las ponentes del Seminario de la UAM que está en el origen de esta publicación, la Magistrada Ana Ferrer García, se hizo eco en su intervención de la reciente STS 339/2019, de 23 de abril, recaída en un supuesto que tuvo importante trascendencia mediática, en la que, frente a la línea interpretativa que recogemos en el texto, se entendió que en la sustracción «parental» de dos menores, del artículo 225 bis CPE, no existen tantos delitos en concurso real como víctimas, como había apreciado la Audiencia, sino un solo delito, conclusión a la que llega el Tribunal Supremo tras una controvertida (hay un voto particular discrepante) argumentación relativa al bien jurídico protegido en ese delito.

⁴⁶ Vid. SANZ MORÁN, A. J.; «La reforma de los delitos contra la vida», en: Maqueda Abreu, M. L. et al. (coords.); *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho. Estudios penales en homenaje al Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Madrid (Servicio de Publicaciones Universidad Complutense), 2016, pp. 821-838. Cfr. además, por todos, ALONSO ÁLAMO, M.; «La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la L. O. 1/2015», *CPC*, núm. 117, 2015, pp. 46-48, y PEÑARANDA RAMOS, E.;

nal Supremo como el legislador, están buscando tratamientos específicos para exasperar la pena del «homicida múltiple» (recuérdese que el Acuerdo de 20 de enero de 2015 habla «de ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual»), orillando en cualquier caso la aplicación de las reglas previstas en el artículo 77 CPE para el concurso ideal de delitos.

Pues bien, siguiendo esta misma dirección, una de las últimas reformas del Código Penal, la introducida por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, incorpora nuevas excepciones al régimen general del concurso ideal de delitos para los supuestos de imprudencia grave de la que resultan varias personas muertas o lesionadas, en los respectivos casos previstos en los artículos 142 bis y 152 bis CPE⁴⁷. Dejando a un lado lo que el nuevo criterio supone de reinstauración del vetusto modelo de *crimen culpae*⁴⁸, nos interesa destacar aquí las consecuencias penológicas que comporta. La conducta imprudente que causa la muerte (o muerte y lesiones graves) de múltiples víctimas debería considerarse un caso más de concurso ideal; vendría, por tanto, en aplicación, la regla del apartado primero del artículo 77 CPE: la pena del delito más grave (homicidio imprudente) en su mitad superior: esto es, si el artículo 142 CPE fija una pena, para el homicidio imprudente, de uno a cuatro años de prisión, su mitad superior supone un marco de dos años y seis meses a cuatro años. En lugar de ello, el nuevo artículo 142 bis, permite imponer la pena superior en un grado (esto es, una pena de cuatro a seis años de prisión) «si el hecho revistiere notoria gravedad (...) y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas del artículo 152.1. 2.º o 3.º en las de-

«Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código Penal», en: Bacigalupo Saggese, S. et al. (dirs.); *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces), 2016, pp. 1279-1280.

⁴⁷ Artículo 142 bis CPE: «En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado». Artículo 152 bis CPE: «En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado». Cfr. al respecto, por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.; 2019, pp. 98 ss. y 112.

⁴⁸ Como ya tuvimos ocasión de indicar, también la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, que aplica el reiterado Acuerdo relativo al concurso ideal homogéneo, sigue considerando los múltiples resultados causados por una acción imprudente no como un concurso ideal de delitos, sino como un solo delito de imprudencia: «tampoco afecta el Acuerdo a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, *que da lugar a un delito único...*» (subrayado nuestro).

más»; pudiéndose llegar a una pena superior en dos grados (es decir, entre seis y nueve años de prisión) «si el número de fallecidos fuere muy elevado». En definitiva, si en aplicación del artículo 77 CPE, el límite máximo de la pena de los múltiples homicidios imprudentes en unidad de acción es de cuatro años de prisión, esta nueva y peculiar regla penológica permite llegar hasta los nueve años de prisión. Huelga todo comentario.

IV. EL CONCURSO REAL DE DELITOS

1. Problemas del modelo de respuesta punitiva

Y así llegamos al *concurso real o material de delitos*, donde los cambios legislativos y jurisprudenciales en estos últimos años resultan, como vamos a ver, menos significativos. Y en ello reside precisamente el problema: la inalterabilidad del *modelo sancionador* adoptado desde los inicios mismos de la codificación penal española. En efecto, nunca se insistirá lo suficiente en que la mayor parte de los problemas de la actual regulación de los concursos en el sistema legal español encuentran su origen en la adopción, como punto de partida, del criterio de la acumulación de penas para la hipótesis que ahora nos ocupa.

Se mantuvo, en efecto, en sus grandes líneas, tras la reforma penal de 2015, el mismo contenido de los artículos 73, 75, 76 y 78 CPE, que recogen el régimen legal de esta modalidad concursal: sigue así partiéndose del principio *tot delicta, quot poenae*, que rige en términos absolutos si las penas son «susceptibles de cumplimiento simultáneo», ejecutándose, caso de penas incompatibles, en orden sucesivo de gravedad (artículos 73 y 75 CPE, no modificados por la Ley Orgánica 1/2015), con los límites que se establecen en el artículo 76: «el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido» y veinte años (que excepcionalmente pueden llegar a ser veinticinco, treinta o cuarenta), como límite absoluto de privación de libertad (artículo 76 CPE), a lo que hay que añadir las (ampliamente criticadas) previsiones del artículo 78 CPE relativas al denominado «cumplimiento íntegro de las penas» impuestas.

Las novedades introducidas se limitaron, sucintamente expuestas, a las siguientes. En el artículo 76 CPE, se añadió a su apartado 1 una última letra «e)» con este tenor: «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». Dado que las letras precedentes se ocupan de los supuestos en que, de manera excepcio-

nal, el límite máximo de cumplimiento de las penas puede rebasar los veinte años, establecidos con carácter general –llegando incluso hasta cuarenta, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio⁴⁹–, la introducción, en la Ley Orgánica 1/2015, de la pena de «prisión permanente revisable», obligaba a contemplar el supuesto en que esta pena concurre con otras, a los efectos de establecer los límites máximos de cumplimiento a que se refiere el precepto que nos ocupa. Obviamente, no es éste el lugar de ocuparnos con los problemas que suscita la mencionada pena, que está siendo objeto, por lo demás, de amplia contestación; baste aquí con una mínima caracterización de las previsiones relativas a su concurrencia con otras penas.

Como indica Guardiola García, la doble remisión que contiene esta nueva letra e) del artículo 76.1 CPE «tiene por función disipar la duda interpretativa que podría haberse planteado acerca de una eventual eficacia de las limitaciones previstas en las letras b), c) y d) en los casos en que una de las penas concurrentes fuera prisión permanente revisable»⁵⁰. De este modo, la concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas se traducirá, fundamentalmente, en el endurecimiento del régimen de cumplimiento de aquella y, concretamente, en la mayor duración del período de cumplimiento exigible para el acceso al régimen abierto o a la libertad condicional, en los términos que establece el artículo 78 bis CPE⁵¹. Pues es éste, en particular, el precepto que contiene el mencionado régimen de cumplimiento, dado que el nuevo artículo 92 CPE, relativo al acceso de los condenados a prisión permanente revisable a la libertad condicional (o «suspensión de la ejecución del resto de pena», en la terminología incorporada en la reforma que nos ocupa), se limita a indicar que, en caso de que la prisión permanente revisable concurre con otras penas, el pronóstico favorable de reinserción social debe referirse a todos los delitos cometidos.

El nuevo artículo 78 bis CPE –cuya reproducción obviamos– establece, como acabamos de indicar, plazos mínimos para la progresión al tercer grado (dieciocho años si el resto de las penas impuestas junto a la prisión permanente revisable suman más de cinco años⁵²; veinte años si las penas impuestas

⁴⁹ Para una consideración crítica de esta reforma, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, A. J.; «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», *RDP*, núm. 11, 2004, pp. 11-40.

⁵⁰ *Vid.* GUARDIOLA GARCÍA, J.; 2015, pp. 298-299.

⁵¹ En palabras de MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.; 2015, pp. 162-163: «Ya que no cabe exasperación de una pena que por definición no puede ser agravada puesto que es permanente, la regla de acumulación material se resuelve, en este caso, en una agravación, no de la duración de la pena, pero sí de las condiciones de su cumplimiento en lo que concierne a dos aspectos: el acceso al tercer grado y la suspensión del resto de la pena».

⁵² De donde se desprende que la imposición, junto a la prisión permanente revisable, de penas cuya suma no llegue a cinco años, carece de significación a los efectos de modificar los plazos de acceso al régimen abierto o a la libertad condicional previstos con carácter general para aquella.

junto a aquella suman más de quince años; y veintidós años si dos o más de los delitos por los que ha sido condenado el sujeto comportan pena de prisión permanente revisable, o bien concurre ésta con penas que suman veinticinco años o más) o a la suspensión de ejecución del resto de la pena (veinticinco años de prisión en los dos primeros casos que acabamos de indicar, o treinta años de prisión en el tercero). Elevándose a su vez esos plazos, en los términos que establece el apartado 3 del precepto que nos ocupa, «si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales»⁵³. Aunque el texto definitivamente aprobado mejora las previsiones de alguno de los Anteproyectos que precedieron a esta reforma de 2015, siguen latiendo algunos problemas de correlación con lo dispuesto en otros preceptos, en particular, con lo dispuesto en el artículo 78 CPE, y ello pese a las advertencias efectuadas al respecto tanto por el Consejo Fiscal como por el Consejo de Estado en sus respectivos Informes⁵⁴. Por otra parte, resulta llamativo, desde la perspectiva de la coherencia interna, que dos supuestos diferenciados por su gravedad a la hora de acceder al régimen abierto (letras a y b del apartado 1 del artículo 78 bis CPE), se consideren de idéntica gravedad cuando se trata del acceso a la libertad condicional (letra a del apartado 2 del artículo 78 bis CPE). Y ha sido objeto de crítica generalizada el criterio, consolidado ya en nuestro sistema legal, y acogido también, como hemos indicado, en este artículo 78 bis CPE, de separar del régimen general de cumplimiento de las penas, las impuestas por delitos de terrorismo y asimilados⁵⁵.

También se ha visto modificado, finalmente, en esta misma reforma de 2015, el artículo 78 CPE, precepto que, como es notorio, ha recibido crítica generalizada desde su incorporación al vigente Código Penal de 1995⁵⁶. No obstante lo cual, en este caso, los cambios introducidos deben valorarse positivamente, en cuanto que desaparece el anterior apartado 2 (introducido en 2003), que con-

⁵³ Ofrecen precisos esquemas explicativos del alcance de estas reglas GUARDIOLA GARCÍA, J.; 2015, p. 320, y MUÑOZ CUESTA, J./RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E.; 2015, pp. 57 ss. *Vid.*, además, SUÁREZ LÓPEZ, J. M.; 2015, pp. 219 ss. Entiende, por otra parte, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.; 2015, p. 163, que, al no decir nada al respecto este artículo 78 bis CP, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, no se ve afectado el régimen de permisos de salida establecido con carácter general para aquella en el artículo 36 CP, así como la regla del artículo 36.3 CP (por una evidente errata, habla este autor del artículo 36.4 CP) relativa al régimen excepcional de acceso al tercer grado de septuagenarios y enfermos graves.

⁵⁴ Para el sentido de la separación entre el cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable y las reglas previstas en el artículo 78 CP, resulta esclarecedora la reciente STS 217/2021, de 10 de marzo.

⁵⁵ Lo cual, como recuerda MANZANARES SAMANIEGO, J. L.; 2015, p. 84: «no se aviene bien con el sistema de individualización científica».

⁵⁶ Así ya en SANZ MORÁN, A. J.; 1999, pp. 517-518 y, en relación a la reforma experimentada por este precepto en 2003, IDEM; *RDP*, núm. 11, 2004, pp. 16 ss.

vertía en preceptiva la aplicación de lo previsto (con carácter potestativo) en su apartado 1, en los supuestos en los que, de acuerdo con las reglas del artículo 76 CPE, la pena a cumplir fuera superior a veinte años y, por otra parte, suprime del régimen excepcional previsto en su anterior apartado 3 (ahora 2) a los «grupos criminales», separándolos así de las «organizaciones criminales» *stricto sensu*. No vamos a detenernos más en un precepto por cuya abrogación nos hemos pronunciado reiteradamente.

2. Concurso «retrospectivo». La denominada «refundición de condenas»

Mayor significación cobra el curso del debate más reciente en torno al denominado «concurso posterior», materia que, al fin, va adquiriendo la atención doctrinal que merece⁵⁷. Como hemos expuesto en otros lugares⁵⁸, el derecho comparado conoce dos modalidades distintas de este «concurso posterior» (también denominado «adicional» o «retrospectivo»). La primera de ellas hace referencia al supuesto en el que, tras una sentencia firme, se juzga a la misma persona por un delito cometido con anterioridad a aquella y que hubiera podido ser considerado entonces: el Juez o Tribunal que ahora debe fallar construirá una nueva pena global, que sustituye a la ya impuesta, o señalará una pena adicional a la fijada en el primer proceso, criterio este último más respetuoso con el carácter firme de la condena precedente; en ambos casos, garantizando que la multiplicidad de procesos no obste a la observancia de los límites penales máximos fijados para la concurrencia delictiva. La segunda modalidad, recogida de ordinario en las leyes procesales, se refiere al caso en el que se imponen diversas penas en otros tantos procesos con inobservancia de las reglas que regulan la concurrencia delictiva, pudiendo entonces el órgano judicial correspondiente –el que dictó la última resolución, o la que contemple la sanción más elevada, o el Juez de Vigilancia, etc.– decretar, en el

⁵⁷ Mencionemos solo estas dos contribuciones monográficas, centradas en la jurisprudencia más reciente y los problemas prácticos de toda índole que sigue planteando la denominada «refundición de condenas»: DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (coord.); *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Barcelona (Bosch), 2017, y SOLAR CALVO, P.; *Triple de la mayor y condenas eternas*, Madrid (Reus), 2019. Cfr. además ORTEGA MATE SANZ, A.; «La prescripción de las penas de cumplimiento sucesivo en el Ordenamiento jurídico-penal español. Acumulación material, jurídica y refundición de penas», *ADPCP*, 2021, pp. 637-706.

⁵⁸ Amplia información en SANZ MORÁN, A. J.; 1986, pp. 228 ss.; IDEM; *CDJ*, 1995, pp. 232 ss.; IDEM; 1999, pp. 518 ss. y, de manera más específica, IDEM; «Concurso de delitos y pluralidad de procesos», *RJA*, núm. 18, 1994, pp. 31-49; en todos ellos, con ulteriores referencias doctrinales, jurisprudenciales y de derecho comparado.

marco de la ejecución judicial de la pena, el cumplimiento de tales reglas. Por esta doble vía se posibilita la aplicación de las reglas del concurso tanto si los delitos concurrentes son juzgados en un solo proceso, como si lo son en procesos diversos siempre que, en este último supuesto, los distintos delitos hubieran podido conocerse, atendiendo al momento de su ejecución, de manera conjunta.

También resulta sobradamente conocido cómo nuestro ordenamiento positivo, desconociendo por completo la primera de estas dos modalidades, se refiere a la segunda tanto en el apartado 2 del artículo 76 CPE, como en el artículo 988 de la LECrim, que recoge el incidente convencionalmente denominado de «refundición de condenas», dirigido a posibilitar, ya en sede en ejecución de sentencia, la aplicación de los límites previstos, para el concurso real de delitos, en el artículo 76 CPE, cuando los delitos concurrentes han sido objeto de distintos procesos. No podemos detenernos en los importantes problemas interpretativos que viene suscitando la aplicación de estos preceptos. Tenemos un ejemplo significativo de ello en los intensos debates suscitados, de una parte, por la denominada «doctrina Parot» (acogida –como es notorio– en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006), en orden a la imputación de beneficios penitenciarios en los supuestos de refundición de condenas⁵⁹; y, por otra parte, por el criterio seguido por el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 57/2008, de 28 de abril, a la hora de abonar los períodos pasados en libertad provisional en los supuestos de pluralidad de condenas a penas de prisión, lo que motivó incluso la intervención del legislador en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. El estudio, siquiera somero, de estos problemas desbordaría sobradamente los límites que aquí nos hemos propuesto⁶⁰.

⁵⁹ Ofrecimos ya una temprana aproximación crítica a esta sentencia en SANZ MORÁN, A. J.; «Refundición de condenas e imputación de beneficios penitenciarios (A propósito de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, n.º 197/2006, de 28 de febrero)», *RDP*, núm. 18, 2006, pp. 11-43. Apenas es necesario recordar que el criterio defendido en esta sentencia y confirmado en numerosas resoluciones posteriores, pese a ser (también reiteradamente) avalado por el Tribunal Constitucional (ya desde la sentencia 9/2012, de 29 de marzo), finalmente (y con razón) fue declarado contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013.

⁶⁰ Por la misma razón, tampoco podemos abordar el reciente debate en torno al problema de la refundición de sentencias cumplidas en el extranjero, mediatizado, como es notorio, por la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales de la Unión Europea, que transpone la Decisión Marco 2008/2014/JAI. Amplia información al respecto en las SSTs 874/2014, de 27 de enero de 2015; 178 y 179/2015, ambas de 24 de marzo; 235/2015, de 20 de abril; 270/2015, de 4 de mayo y, entre las más recientes, la importante STS 344/2017, de 12 de mayo. Más información al respecto en SOLAR CALVO, P.; 2019, pp. 83 ss. Debe recordarse, por otra parte, la necesidad de separar el problema de la refundición de condenas del artículo 988, párrafo tercero LECrim. del denominado «enlace de penas»,

En estos últimos años, la jurisprudencia viene llevando a cabo un notable esfuerzo por precisar tanto los requisitos materiales que posibilitan esta refundición de condenas, como los aspectos procesales implicados. En el período inmediatamente anterior a la reforma penal de 2015, podemos citar, como especialmente significativa, la STS 388/2014, de 7 de mayo, que ofrecía un minucioso recuento de los pasos a dar en la práctica de dicha refundición, al hilo de la jurisprudencia constitucional y del propio Tribunal Supremo recaída al respecto. Y, poco después, la Fiscalía General del Estado dictó la Circular 1/2014, «sobre la acumulación de condenas», dada su «enorme trascendencia a la hora de concretar el *quantum* penológico a aplicar a ejecutoriados con condenas plurales, pues puede tener un relevante impacto en orden a la determinación del tiempo efectivo de privación de libertad a cumplir». Pues bien, tanto la sentencia antes citada, como esta Circular de la Fiscalía General del Estado insisten en que el único criterio relevante a la hora de acumular condenas es el dato (al que a veces se alude con la expresión, no demasiado precisa, de «conexidad temporal») de que «los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión». Y es esto, precisamente, lo que reconoce finalmente el legislador con la modificación introducida, en la reforma penal de 2015, en el apartado 2 del artículo 76 (con redacción, desde luego, claramente mejorable), al prescindir completamente del requisito de la «conexidad» en sentido procesal, en orden a posibilitar la refundición de las distintas condenas. Se culmina así un proceso que, iniciado por distintas sentencias a comienzos de la última década del pasado siglo⁶¹, y pasando por la reforma operada en el artículo 76 por la Ley Orgánica 7/2003 (donde ya se permite, como alternativa a la conexidad, atender al «momento de comisión de los delitos»), lleva ahora a tomar exclusivamente en consideración aquel dato temporal ya reconocido como único relevante por la jurisprudencia. En esta medida –e insistiendo en lo mejorable de la redacción– la reforma mereció, con carácter general, una valoración positiva⁶².

Cuestión diversa es la de si la nueva fórmula legal permitía entender zanjado el debate relativo al momento «ad quem» a tener en cuenta en el momento de proceder a esta refundición de condenas. Desde luego, no parecía que la sustitución de la referencia a que los hechos «pudieran haberse enjuiciado» en

previsto en el artículo 193 del Reglamento Penitenciario. Cfr. al respecto la STS 685/2020, de 11 de diciembre y el comentario a la misma en ORTEGA MATE SANZ, A.; *ADPCP*, 2021, pp. 665-666.

⁶¹ Más información en los trabajos recogidos en la nota 59. Cfr. además, SUÁREZ LÓPEZ, J. M.; «La unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento como límite a la aplicación del criterio de acumulación jurídica», *CPC*, núm. 76, 2002, pp. 121-142.

⁶² En el mismo sentido, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, J.; 2015, pp. 300 ss. y SUÁREZ LÓPEZ, J. M.; 2015, p. 208.

un solo proceso (redacción anterior), por la ahora existente a «hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo fueron en primer lugar», supusiera modificación alguna en el criterio consolidado –y ratificado tanto por la sentencia de 7 de mayo de 2014, como por la Circular 1/2014, antes mencionadas– en el sentido de que deberá atenderse a la fecha de la primera sentencia recaída, sin exigir su firmeza⁶³. Y ello porque, como reconoce la reiterada Circular, «una vez sentenciados unos hechos, aunque esté pendiente un recurso, no es posible enjuiciamiento conjunto con causas seguidas por hechos posteriores» y, por otra parte, si se llevara el límite a la fecha de la firmeza «se privilegiaría a quien interpone un recurso, aunque sea infundado, para desplazar esa fecha en el tiempo, frente a quien acata la sentencia»⁶⁴.

Con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley Orgánica 1/2015, ha tenido ocasión de volver dos veces el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre este problema de la refundición de condenas. En primer lugar, el Acuerdo de 3 febrero de 2016 (continuación de otro de 8 de julio de 2015) se limita a trazar las líneas básicas a seguir 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 esta condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esta 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». Como recuerda la STS 144/2016, de 25 de febrero, que aplica este Acuerdo, el criterio adoptado en el mismo había sido ya defendido *obiter dicta* por la STS 706/2015, de 19 de noviembre. Sin embargo, la más reciente de

⁶³ En tal sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en el Acuerdo de Sala de 29 de noviembre de 2005. Criterio que ha sido ratificado por el Acuerdo de 3 de febrero de 2016, al que aludiremos a continuación en el texto: «A los efectos del artículo 76. 2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio». En aplicación de este último Acuerdo, la importante STS 144/2016, de 25 de febrero, aduce, frente a lo que pudiera desprenderse de la nueva redacción del artículo 76 CP, razones de seguridad jurídica, coherencia jurisprudencial y el hecho de tratarse de la interpretación más favorable al reo.

⁶⁴ Se hace eco, no obstante, esta Circular 1/2014, de una sentencia (la núm. 1196/2000, de 17 de julio) en la que se excluyó la refundición de penas por un hecho cometido con anterioridad a la fecha de la sentencia que determina la acumulación, pero en un supuesto en que el hecho que motivó la segunda condena (falso testimonio durante la celebración de la vista oral relativa al primer delito), por su propia esencia, no podía haber sido objeto de enjuiciamiento en un único procedimiento.

las sentencias mencionadas reconoce que hay cuestiones no cerradas, pues el mencionado Pleno no Jurisdiccional no consideró la posibilidad «de decidir sobre la procedencia de la acumulación, siempre y con solo que las penas, en cualquier combinación que respete la regla de que todos los hechos sean anteriores a cualquiera de las sentencias acumuladas, aunque ello implique prescindir de las penas impuestas en alguna sentencia más antigua que todas o alguna de las acumuladas»; ni tampoco resolvió «cuál sea la solución a adoptar si cabe formar más de un bloque con resultado más favorable al reo cuando para eso es necesario desordenar la secuencia temporal de sentencias». En definitiva –viene a concluir la sentencia–, la nueva redacción del artículo 76.2 CPE «no ha querido fijar prioritariamente un método de cálculo para componer la acumulación obligando a comenzar por las acumulaciones posibles a la más antigua de las sentencias condenatorias sufridas por el penado. Lo que pretende es imponer un límite al resultado de todas y cada una de las combinaciones que efectivamente se puedan llevar a cabo»; pues otra interpretación supondría, «contra reo, transformar lo que es voluntad legal dirigida a ampliar la autorización que implique una disminución del tiempo de condena en una imposición restrictiva que se traduzca en mayor tiempo de cumplimiento»⁶⁵.

Finalmente, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2018 –último de los dictados hasta la fecha en relación a esta cuestión–, fija una serie de criterios (hasta once), en relación a otros tantos aspectos problemáticos que sigue presentando el incidente de refundición de condenas, entrando en aspectos tan controvertidas como el de si «es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido» (lo rechaza en el apartado 4), o si son acumulables las condenas suspendidas, o el período de prisión sustituido por la expulsión, o la multa o la localización permanente (apartados 5 a 8), o si, en fin, puede ser competente para dictar el auto de refundición el Juez de Instrucción (apartado 10)⁶⁶. Obviamente, tampoco es este el momento de entrar en mayo-

⁶⁵ Vid. además las SSTS 339/2016, de 21 de abril y 531/2016, de 16 de junio, en la que se concluye que, al margen de los matices que en cada caso puedan introducirse, «toda la mecánica o la metodología de acumulación debe ir orientada a obtener la combinación que más favorece al reo en el sentido de obtener una acumulación punitiva que le lleve a reducir en la mayor medida posible el remanente punitivo que tenga que cumplir». Cfr. además, entre las sentencias más significativas de las inmediatamente anteriores al último –por ahora– de los Acuerdos plenarios, del que nos ocupamos a continuación, las SSTS 206/2018, de 26 de abril, y 275/2018, de 8 de junio.

⁶⁶ Entiende que sí, siempre que haya dictado la última sentencia y ello, aunque la pena impuesta por él «no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad». En el mismo sentido se había pronunciado ya la STS 353/2017, de 17 de mayo.

res detalles de este importante Acuerdo⁶⁷, que está sirviendo de referencia inexcusable en la práctica de la refundición de condenas.

V. PERSPECTIVA DE *LEGE FERENDA*

Baste con esta somera caracterización de los más recientes cambios legislativos operados, así como de las últimas tendencias jurisprudenciales en relación a esta compleja materia. En cualquier caso, el estudio muestra suficientemente que subsisten aquí (incluso incrementados en algún respecto) los tradicionales problemas que aquejan la regulación de este campo y que derivan, en muy alta medida, de adoptar, como punto de partida, el arcaico criterio de la acumulación material de penas.

No es éste el momento de proponer una concreta regulación alternativa a la existente⁶⁸, pero permítasenos resumir aquellas exigencias político criminales perentorias que deberían concitar la atención del legislador en este ámbito y que, formuladas hace ya unas tres décadas –y con generosa recepción doctrinal–, pretenden ofrecer una regulación que, en lugar de seguir anclada en siglo XIX, apunte a las exigencias del momento presente.

En primer lugar, se debe dejar al arbitrio del juzgador y a las normas generales de la interpretación la determinación de cuándo existe una infracción singular (bien porque el tipo legal así lo exija –unidades típicas en sentido estricto–, o al menos lo permita –unidades típicas en sentido amplio–, bien por la existencia de un conflicto meramente aparente de leyes penales) y cuándo estamos, por el contrario, ante una hipótesis concursal. Con ello reiteramos nuestra oposición a la regulación del delito continuado y del denominado «delito masa», así como a la fijación de los criterios interpretativos en materia de concurso aparente de normas penales.

El Código debería regular solamente las consecuencias penales de la concurrencia delictiva, de la efectiva pluralidad de delitos a cargo de un mismo sujeto. A tal efecto, y pese a las dificultades de separación, en los casos límite, entre unidad y pluralidad de acción en el sentido de la teoría del concurso, hemos abogado por un tratamiento penal diferente para los supuestos de concurso ideal y los de concurso real, si bien con consecuencias punitivas no demasiado dispares en uno y otro caso.

⁶⁷ Se ocupa con detenimiento del mismo SOLAR CALVO, P.; 2019, especialmente, pp. 29 ss.

⁶⁸ Lo hemos hecho, recientemente, en SANZ MORÁN, A. J.; 2013, *passim*.

En cuanto a los correspondientes marcos penales del concurso ideal y el real, ambos deberían coincidir en su límite mínimo, poniendo en práctica el principio de «combinación», en el sentido de posibilitar la imposición del mínimo penal más alto («efecto obstructor de la ley más benigna») y de las penas accesorias ligadas a cualquiera de las infracciones. En cuanto al límite máximo, podría regir para el concurso ideal el principio (hoy vigente) de absorción con agravación, mientras que para el real cabría optar por la asperación obligatoria de la pena más grave en que se incurrió, dependiendo la elevación de la amplitud de los marcos penales previstos para las singulares infracciones. En ningún caso podrá rebasarse (y ello tanto en el concurso ideal como en el real) la suma de las penas en las que se incurrió –el principio de acumulación solo debe intervenir en este sentido «limitador»–, ni el máximo de la correspondiente clase de pena. Se tendrá en cuenta, por otra parte, que las penas concurrentes pueden ser de naturaleza heterogénea, estableciéndose en tal caso los oportunos módulos de equivalencia⁶⁹.

Y deberá acometerse, finalmente, la regulación del denominado «concurso posterior» en las dos modalidades que conoce el derecho comparado y a las que nos referíamos sucintamente más arriba.

⁶⁹ El debate suscitado por el Acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2013, relativo al abono a la duración de la pena impuesta de las compareencias «apud acta» decididas junto a la libertad provisional, puso de manifiesto esta necesidad de establecer reglas concretas de equivalencia entre penas heterogéneas, como se ha comprobado después en la abundante jurisprudencia relativa al abono de otras medidas cautelares, como la retirada del pasaporte, etc.

EL CONCURSO DE LEYES EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO RECIENTE. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

ESTRELLA ESCUCHURI AISA*

A Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá,
in memoriam.

I. INTRODUCCIÓN

Puede decirse que en nuestro ordenamiento jurídico-penal la teoría del concurso no ha sido objeto de una revisión conjunta o global por parte del legislador. La aprobación del CP incluyó con carácter novedoso un precepto relativo al concurso de leyes (que no encuentra paralelo en otros ordenamientos próximos), pero en lo que respecta al concurso de delitos, salvo las necesarias adaptaciones derivadas de las modificaciones en el sistema de penas, no se produjo un cambio sustancial respecto a la regulación anterior. Tampoco en ninguna de la multitud de reformas efectuadas en el CP en los últimos años se ha llevado a cabo esta tarea, aunque sí se han incluido modificaciones parciales que ocupan ahora el interés de la doctrina por las enormes dificultades interpretativas que han traído consigo. Estas reformas se han centrado sobre todo en la consecuencia jurídica de algunas figuras concursales y se ha obviado o dejado de lado un debate previo y más amplio referido al supuesto de hecho de

* Profesora contratada doctora. Miembro del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación consolidado, financiado por el Gobierno de Aragón y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Universidad de Zaragoza.

las normas concursales que, entre otros aspectos, tendría como eje la cuestión de si se debe unificar el tratamiento del concurso ideal y real –en tanto que resulta discutible la idea de que el primero tiene un menor contenido de injusto– o si se debe mantener dicha distinción¹. Como ha destacado Sanz Morán, más allá de las discrepancias concretas (sobre la necesidad de separar el tratamiento del concurso real y el del ideal, o la regulación del delito continuado) hay exigencias político-criminales compartidas por la doctrina para abordar el tratamiento de esta materia que no han tenido eco en las reformas penales².

Entre las novedades referidas a las consecuencias jurídicas cabe mencionar en primer lugar la reforma de 2003 que plasmó el empeño del legislador en

¹ En nuestro país la distinción entre concurso ideal y real tiene una larga tradición histórica, ya en el CP de 1848 se encuentran recogidas las tres modalidades concursales que subsisten hoy: concurso real, ideal y medial de delitos. Sin embargo, la dificultad para precisar el concepto de unidad de acción y delimitar los supuestos de concurso ideal han abierto el debate sobre la necesidad de mantener el tratamiento diferenciado en función de si la pluralidad de infracciones se ha cometido mediante un hecho o mediante varios. A favor de prescindir de esta distinción e introducir un sistema de pena única se ha pronunciado MORILLAS CUEVA, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, (Tecnos), 2002, p. 485 (incluyendo una propuesta de regulación) y, de acuerdo con él, SUÁREZ LÓPEZ, J. M.^a, *El concurso real de delitos*, Madrid, (Edersa), 2001, p. 148. En cambio, SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, (Universidad de Valladolid), 1986, p. 257, defiende el tratamiento distinto del concurso ideal y real de delitos desde un punto de vista que atiende a la existencia de un solo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico en los casos de concurso ideal. Prescindiendo de argumentos que puedan tener apoyo en la culpabilidad, CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990», *ADPCP*, tomo 44, 1991, p. 849, rechaza la posibilidad de asignar el régimen penológico previsto para el concurso real al concurso ideal (sistema de la pena unitaria) porque sería incompatible con el principio *non bis in idem* y, en consecuencia, contrario a la Constitución. Esto se basa en la idea de que «el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto que el concurso real, en cuanto que *una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto* y en consecuencia no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impide el *non bis in idem* y el principio de proporcionalidad». CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General, volumen II, Teoría del delito (2)*, Madrid, (Dykinson), 2009, pp. 650-651, parece decantarse por una solución penal unitaria, pero señala que, tanto si se opta por el sistema de pena única como si no, habría que tener en cuenta: «1. Los tipos realizados (cuanto sea relevante para su aplicación) han de estar perfectamente comprobados. 2. Debe establecerse la relación entre los tipos delictivos constatados, empezando por la decisión acerca de si se trata de un concurso de leyes o de delitos (infracciones). 3. Debe establecerse el marco de pena, que, de manera nominada, como ocurre ahora (perfeccionando el concurso ideal en los términos propuestos más arriba), o de manera innominada, argumente con criterios hermenéuticos por qué el tribunal considera que está ante una única infracción, dos infracciones distintas pero superpuestas o dos infracciones netamente diferenciadas (salvo en la unidad de sujeto pasivo)».

² Véase con más detalle SANZ MORÁN, A. J., «Novedades legislativas y jurisprudenciales en torno al problema de la unidad y pluralidad de delitos», *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 2, 2017, p. 149; en relación con sus propuestas de *lege ferenda*, «La reiteración delictiva: modelos de respuesta», en Maldonado Fuentes (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos*, 2016, (B de F), pp. 23 ss. Cfr. también SUÁREZ LÓPEZ, J. M.^a, «Reglas especiales de aplicación de las penas», en Morillas Cueva (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, (Dykinson), 2015, p. 213, quien a propósito de la modificación del concurso medial recuerda los planteamientos críticos de la doctrina que reclaman un cambio hacia «un modelo de principios uniformes para todas las modalidades concursales».

el llamado «cumplimiento efectivo de las penas». Se inicia así un camino que extiende cada vez más la duración de la pena de prisión al incorporar la posibilidad de cumplimiento de penas de hasta 40 años, a la par que se añadían requisitos más rigurosos para el acceso al tercer grado y la libertad condicional. Posteriormente la LO 1/2015, de 30 de marzo, aunque no acomete una reforma profunda de las figuras concursales, sí introduce modificaciones de calado en la Sección 2.^a del capítulo II del título III dedicada a las reglas especiales para la aplicación de las penas³:

1.^a) Se mantiene el sistema de acumulación jurídica para la determinación de la pena en el concurso real de delitos, pero al dar entrada en el catálogo de penas a la de prisión permanente revisable, incluye en el apartado 1 del artículo 76 una previsión específica para los casos en que esa pena concurre con otras.

2.^a) Se da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 76, que se refiere a la posibilidad de aplicar los límites previstos para los supuestos de acumulación sucesiva de las penas cuando estas se hayan impuesto en distintos procesos. Según indicaba la exposición de motivos se pretendía introducir una mejora técnica con el objeto de fijar con claridad las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena cuando se trata de penas que han sido impuestas en distintos procedimientos, conforme al criterio consolidado en la jurisprudencia. La redacción del precepto resulta, sin embargo, confusa: «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»⁴.

3.^a) Asimismo como consecuencia de la irrupción en el sistema de penas de la prisión permanente revisable se suprime uno de los apartados del artículo 78, y se incorpora un nuevo artículo 78 bis que establece plazos en relación con el acceso al tercer grado y la suspensión de la ejecución del resto de pena para los supuestos en que la prisión permanente revisable concurre con otras penas.

4.^a) Otra de las modificaciones significativas es el cambio del régimen punitivo del concurso medial de delitos, recogido en el artículo 77 CP. En nuestro derecho el concurso medial o instrumental de delitos siempre se ha

³ Al respecto, con más amplitud, GUARDIOLA GARCÍA, J., «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 ss.)», en González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a ed., Valencia, (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 289 ss.; SANZ MORÁN, A. J., 2017, pp. 142 ss.; SUÁREZ LÓPEZ, J. M.^a, 2015, pp. 199 ss. y ESCUCHURI AISA, E., «Arts. 73, 75 y 76», en Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, tomo I*, Pamplona, (Thomson Reuters Aranzadi), 2015, pp. 685 ss.

⁴ Sobre esta cuestión véase el exhaustivo trabajo de VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Madrid, (Reus), 2020, pp. 86 ss.

regulado junto al concurso ideal, a pesar de que la mayoría de la doctrina consideraba que se trata en rigor de un concurso real de delitos (se realizan dos hechos distintos, aunque uno sea medio para cometer el otro). Esa conexión medial entre los dos delitos no justificaba según parte de la doctrina ese tratamiento más benigno que se le otorgaba⁵. Quizá haciéndose eco de estas críticas se modifica su régimen penal, pero curiosamente no asimila al previsto para el concurso real, sino que se establece uno distinto (similar al que aparecía en los textos de los proyectos para el delito continuado⁶). La delimitación del sistema de determinación de la pena previsto en el apartado 3 del artículo 77 no resulta fácil⁷, y tanto la FGE como la doctrina han puesto de relieve las dificultades que plantea el sistema acogido⁸. Como indica Vizueta Fernández «se empeña el legislador de forma contumaz en ofrecer regulaciones sin el análisis y consensos necesarios, que acaban por propiciar variadas interpretaciones que en nada contribuyen a otorgar a esta materia la necesaria seguridad jurídica»⁹. En cualquier caso, puede decirse que esta regulación resulta en cierto modo fallida, pues hay que suponer que el legislador no ha querido ins-

⁵ Véase, con ulteriores referencias, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada, (Comares), 2004, pp. 439 ss.

⁶ Tanto en el anteproyecto de 2012 como en el proyecto de reforma de 2013 se anunciaba como novedad la reforma del delito continuado. Sin embargo, la LO 1/2015 no incluye modificaciones de esta figura. Según la exposición de motivos del proyecto este cambio se hacía con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, ya que la figura del delito continuado conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. Con ese propósito se limitaba la aplicabilidad del delito continuado que quedaba reducido a supuestos de conductas delictivas cercanas en el tiempo, se excluía de la continuidad delictiva a los delitos sexuales y se revisaba el sistema de determinación de la pena. El delito masa que se había suprimido en el anteproyecto, aparecía de nuevo recogido. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se admitieron las enmiendas que proponían su supresión, de forma que la regulación del delito continuado permanece inalterada.

⁷ De la lectura del precepto parece deducirse que habrá que construir un nuevo marco penal cuyo límite mínimo viene determinado por «una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, para la infracción más grave» y un límite máximo representado «por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos». Respecto al límite mínimo es cierto que se elude hablar de la pena concreta, pero la referencia a la «pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto» puede interpretarse como la pena concreta aumentada en un día (aunque también podría entenderse una pena «abstracto-concreta»). Por otro lado, el límite máximo viene conformado por la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de este marco penal el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66 CP. Esta previsión también plantea dudas pues las circunstancias atenuantes y agravantes ya han sido tenidas en cuenta para determinar las penas concretas y, por tanto, se procedería a una nueva valoración de las mismas.

⁸ Al respecto, entre otros, CADENA SERRANO, F. A., «La aplicación judicial de la pena. Reglas generales y especiales. Novedades de la LO 1/2015», en *La reforma de la parte general del Código Penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015*, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, 2015, pp. 30 ss.; GUARDIOLA GARCÍA, J., 2015, pp. 310 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código penal español», *RGDP*, núm. 5, 2021, pp. 39 ss.

⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., 2021, p. 52.

taurar un régimen más benigno que el del concurso ideal, pero tampoco más gravoso que el del concurso real, y, sin embargo, en determinados supuestos la pena puede ser más beneficiosa que la prevista para el concurso ideal.

Sin duda, la configuración de las consecuencias jurídicas de las distintas figuras concursales es un aspecto decisivo en la materia que conviene revisar, en particular lo referido al sistema de acumulación de penas previsto para el concurso real¹⁰. No obstante, este no va a ser el objeto de nuestro estudio. En esta contribución ponemos el foco en el supuesto de hecho de las figuras concursales y concretamente en el del concurso de leyes penales. Tras una exposición somera del concepto admitido de forma generalizada por la doctrina y jurisprudencia se revisa la aplicación de los tradicionales criterios de solución del mismo en el actual contexto legislativo (caracterizado por una mayor intervención penal y sometido a constantes reformas). En particular se presta atención al principio de alternatividad, no solo porque su determinación conceptual es la más discutida, sino para poner de relieve que, en ocasiones, se utiliza como expediente para eludir la aplicación de las normas del concurso de delitos y justificar la aplicación del concurso de leyes (si ninguno de los otros principios resulta operativo).

II. EL CONCURSO DE LEYES Y SU DELIMITACIÓN DEL CONCURSO DE DELITOS

1. Naturaleza y ubicación del concurso de leyes

En el desarrollo histórico de la institución del concurso de leyes una cuestión debatida ha sido la de definir si el concurso de leyes tiene carácter concursal (es posible la efectiva subsunción de un hecho en varias leyes penales) o si se trata de un problema de interpretación de las leyes o delimitación *a*

¹⁰ Cabe recoger, a propósito de la reforma de 2015, la reflexión de SANZ MORÁN, A. J., 2017, p. 149: «[...] las modificaciones legislativas son mínimas –apenas significativas si prescindimos de la novedosa y problemática regla de determinación de la pena para el concurso medial y de los mecanismos de adaptación a las reglas concursales de la nueva pena de prisión permanente revisable–, por lo que subsisten aquí los tradicionales problemas que aquejan la regulación de este campo y que derivan, en muy alta medida, de adoptar, como punto de partida, el arcaico criterio de acumulación de las penas». Efectivamente el criterio de acumulación material de penas ha sido objeto de crítica por la doctrina, véase con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, CARDENAL MONTRAVETA, S., «Dogmática creadora, política criminal y determinación de la pena del concurso real de delitos», en Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castiñeira Palou (coords.), *Estudios de Derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Argentina, (B de F), 2017, p. 917 y especialmente la nota 6.

priori del alcance de las leyes penales en juego. Esto, como ha destacado Matus, tenía también un reflejo en la discusión respecto a la denominación de la figura (concurso de leyes, unidad de ley, concurso aparente de leyes, concurso impropio de leyes...), así como en la ubicación sistemática del mismo (si se inserta en la teoría concursal común o dentro de la teoría de la ley)¹¹. Esta discusión todavía, al menos en nuestro país, no parece zanjada (así, por ejemplo, basta observar que en manuales y comentarios unas veces se trata de forma conjunta el concurso de leyes y de delitos al final de la teoría jurídica del delito y en otras ocasiones se remite el estudio del concurso de leyes a la parte relativa a la interpretación de la ley penal).

Antes de pronunciarnos sobre lo anterior, con carácter previo mencionaremos brevemente la conexión del concepto de concurso de leyes con el de las antinomias o contradicciones normativas que surgen en un sistema jurídico y que ponen de manifiesto una incoherencia del ordenamiento jurídico en la medida en que existen normas que tienen carácter contradictorio. Nos referimos a la situación en que dos o más normas o preceptos legales incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez¹². Siguiendo las aportaciones de Ross, se suelen distinguir tres tipos de antinomias normativas según la mayor o menor extensión de la contradicción entre dos normas:

a) antinomia total-total, si se trata de dos normas incompatibles que tienen igual ámbito de validez. No hay ningún supuesto en que una de las normas pueda ser aplicada sin generar conflicto con la otra. Gráficamente se representa esta relación como dos círculos superpuestos;

b) antinomia parcial-parcial, cuando dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte coincidente y en parte no: la antinomia se da solo en aquellas partes que tienen en común. Se representa con la imagen de dos círculos secantes;

c) la antinomia total-parcial, se presenta cuando de las dos normas incompatibles hay una que tiene un ámbito igual al de la otra, pero más restringido. Hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y solo

¹¹ Cfr. MATUS, J. P., «La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)», *Ius et praxis*, vol. 6, núm. 002, 2000, pp. 315-316. Es destacable el exhaustivo y profundo análisis histórico que realiza de la teoría del concurso de leyes en Alemania desde sus orígenes (donde sitúa a Merkel) hasta la doctrina más reciente. Véase también a propósito de lo que denomina tesis de la interpretación y tesis de la aplicabilidad, MALDONADO FUENTES, F., «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales», *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30 (diciembre 2020), [<http://polit.crim.com/wp-content/uploads/2020/10/Vol15N30A1.pdf>], pp. 496 ss., incluyéndose por la segunda (p. 516).

¹² Véase BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Madrid, (Debate), 1991, pp. 200 ss.

parcial de la segunda respecto de la primera. Esto significa que la primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda, mientras que la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera. Se corresponde con la imagen de dos círculos concéntricos¹³.

Para superar o solucionar las antinomias, en aras de realizar el postulado de coherencia del ordenamiento jurídico, se recurre en primer término a la interpretación armonizadora y si no es posible la armonización se recurre a la interpretación derogatoria¹⁴. Son tres los principios o criterios que tratan de resolver el conflicto o colisión de normas o de preceptos legales: el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) que determina que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad, el criterio jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) según el cual entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior, y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*) que da preferencia a la norma específica respecto a la más general¹⁵. No obstante, estos principios derogatorios no operan de la misma forma¹⁶. A diferencia de los dos primeros, el criterio de especialidad no produce realmente una derogación, ya que ambas normas en conflicto se mantienen vigentes. Se trataría de un supuesto de *compatibilización normativa*: si concurren dos normas y una de ellas regula una materia de manera más específica se aplicará con preferencia sobre la general, pues se sobreentiende que esa intención del legislador de regular con mayor detalle una realidad determinada desplazaría la regulación más general (sin perjuicio de que esta última seguirá aplicándose en los casos no previstos en la ley especial)¹⁷. Dado que el

¹³ BOBBIO, N., 1991, pp. 200 ss.

¹⁴ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, 2.ª edición revisada y aumentada, Madrid, (Tecnos), 2000, pp. 187 ss.

¹⁵ Sobre los criterios de solución de antinomias y sus límites véase RUIZ MANERO, J., «Sistema jurídico: lagunas y antinomias», en González Lagier (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, (Marcial Pons), 2015, pp. 60 ss. donde indica que esas metarreglas o criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* no garantizan la solución de todas las antinomias pues a veces no resulta aplicable ninguna de ellas o incluso las propias metarreglas pueden aparecer como antinómicas. Dada la complejidad de los sistemas jurídicos se añaden también el criterio de competencia y el criterio de prevalencia.

¹⁶ Cfr. AGUILÓ REGLÁ, J., «Derogación», en edición de Garzón Valdés/Laporta, *El Derecho y la justicia*, Madrid, (Trotta), 1996, p. 200. Indica este autor que no toda incoherencia normativa da lugar a una derogación por incompatibilidad. En el caso de que se aplique el principio de *lex posterior* sí hay una derogación; el principio de *lex superior* puede ser visto como un principio de resolución de conflictos entre normas en tanto que sirve como fundamento de todas las formas de anulación de normas jurídicas (pero no sería un principio derogatorio). Tampoco el principio de *lex specialis* constituiría un principio derogatorio, sino un criterio de individualización de disposiciones jurídicas complejas (p. 203).

¹⁷ Véase BUENAGA CEBALLOS, O., *Dogmática jurídica. La elaboración científica del Derecho*, Madrid, (Dykinson), 2020, p. 130. También CALVO GARCÍA, M., 2000, p. 189: la aplicación del criterio jerárquico o cronológico determina la exclusión del ordenamiento jurídico de las normas de rango inferior o

artículo 8 del CP recoge expresamente este principio parte de la doctrina ha establecido una conexión del concurso de leyes con el fenómeno de las antinomias¹⁸. En todo caso, creo que para designar el instituto del concurso de leyes es mejor eludir expresiones como conflicto o colisión de normas que remiten a la idea de eliminación de una de ellas del ordenamiento (lo que no se produce en el concurso de leyes).

Aquí empleamos la expresión «concurso de leyes en sentido amplio» para referirnos a aquel fenómeno en el que aparece como teóricamente aplicable a un suceso de la realidad una pluralidad de preceptos legales. Dentro del mismo cabe distinguir, a su vez, los supuestos en los que efectivamente se aplican de forma cumulativa todos los preceptos legales concurrentes (concurso propio) y los casos en que no es posible esa aplicación conjunta, de forma que una de las leyes prevalece frente a las demás que quedan desplazadas o excluidas (concurso de leyes en sentido estricto).

El origen y caracteres de las situaciones de concurrencia entre preceptos penales está vinculado a las características peculiares de nuestro sistema jurídico-penal formado por un sistema de tipos ordenados a la protección de bienes jurídicos. Cualquier problema concursal que surja estará condicionado, tanto en su planteamiento como en su solución, por el bien o bienes jurídicos protegidos, la estructura técnico-jurídica y las relaciones internas que puedan

posteriores en el tiempo (dejan de ser válidas y aplicables); pero en el caso del principio de especialidad no se excluye o deroga la referencia o contenido de la norma más general, solo se descarta para el caso concreto. En el análisis que efectúa BOBBIO, N., 1991, pp. 203 ss., especialmente p. 207, sobre los criterios para solucionar antinomias normativas distingue los casos en los que la antinomia se resuelve conforme al criterio cronológico o el criterio jerárquico, y los casos en los que la antinomia se resuelve conforme al criterio de la especialidad: «La situación de antinomia creada por la relación entre una ley general y una especial corresponde al tipo de antinomia *total-parcial*. Esto significa que cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino solo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia *parcialmente*. Cuando se aplica el criterio cronológico o el jerárquico, generalmente se elimina totalmente una de las dos normas. Luego, a diferencia de la relación cronológica y de la jerárquica, que no suscitan necesariamente situaciones antinómicas, la relación de especialidad es necesariamente antinómica, lo que significa que los dos primeros criterios se aplican *cuando* surge una antinomia y el tercero se aplica *porque* se presenta una antinomia».

¹⁸ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 171 ss. consideraban siguiendo a Ross y Bobbio que el «concurso aparente de Leyes penales agrupa una serie de casos reconducibles a la idea general de conflicto de normas». La peculiaridad del concurso o conflicto aparente de leyes penales es que este se limitaría al análisis del modo de operar el principio de especialidad (prescindiendo de los principios de jerarquía y posterioridad). Cfr. ORTS BERENQUER J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J., *Introducción al Derecho penal. Parte general*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2020, p. 78, que distinguen el concurso de normas del conflicto que se produce entre disposiciones de rango diferente o normas del mismo rango que se suceden en el tiempo y regulan la misma materia; en el concurso de leyes el conflicto que se plantea es de índole valorativa y surge cuando en varias leyes (del mismo rango y coetáneas en la vigencia) se recoge un juicio negativo sobre un mismo hecho.

establecerse entre los distintos tipos. Esto no significa que las situaciones de concurso aparezcan como un problema de relaciones abstractas entre tipos, al contrario, resulta necesario que un suceso empírico se corresponda con varias descripciones típicas. A partir de la apariencia de aplicabilidad de varias leyes penales a un sector de la realidad, hay que analizar en primer lugar si se dan todos los elementos de las diversas figuras delictivas que concurren. En esta labor es inevitable realizar una interpretación de los tipos legales a nivel abstracto. Solo una vez que hemos comprobado que, en relación con el caso concreto que se enjuicia, el suceso fáctico presenta las características legales de varias figuras delictivas se puede afirmar que estamos ante una situación concursal en tanto que de manera efectiva una pluralidad de preceptos concurre en la valoración del suceso. Otra cosa distinta es que lleguen a aplicarse todos o uno solo de ellos, esto es, que se identifique una verdadera pluralidad delictiva. En suma, el concurso de leyes en sentido amplio aparece en el momento en el que el comportamiento de un sujeto se corresponde con los requisitos típicos de varias figuras delictivas y no en un momento posterior en el que se ha decidido acerca de la aplicabilidad de las mismas.

Esta concepción de las situaciones concursales nos lleva a incluir el concurso de leyes en sentido estricto en el ámbito de la teoría del concurso, que a su vez se integra en la teoría del delito. También esta figura presupone la subsunción plural de un suceso en distintos preceptos, o lo que es lo mismo, exige la realización de los requisitos típicos de varias figuras delictivas¹⁹. Si se admite este punto de partida, y se rechazan aquellas concepciones que lo definen como un fenómeno de exclusión entre tipos, no tiene sentido desgajarlo de la teoría del concurso y tratarlo como un simple problema interpretativo²⁰. Es

¹⁹ Coincido con Díez RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español, Parte general*, 5.ª ed. revisada, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, p. 609, cuando destaca la improcedente calificación del concurso de leyes como «aparente»; en realidad los preceptos concurren «efectivamente» aunque haya que optar por la aplicación de uno solo de ellos. También en este sentido MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., actualizada y revisada con la colaboración de Gómez Martín y Valiente Iváñez, Barcelona, (Repper), 2016, p. 682, considera que esta concepción permite tener en cuenta el precepto desplazado en combinación con el precepto preferente a determinados efectos y sobre todo que se pueda aplicar el delito desplazado cuando no lo sea el preferente. Sobre las consecuencias de sostener una concepción del concurso de leyes basada en relaciones de exclusión es fundamental la obra de PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, (Civitas), 1991, pp. 39 ss. (véase también p. 182, donde se hace eco de que buena parte de la doctrina coincide en que el concurso de leyes presupone la realización de una pluralidad de tipos penales).

²⁰ No se entiende así de forma generalizada. Según MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 10.ª ed. revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, p. 439, el artículo 8 va referido a los casos en los que «el delito cometido puede ser subsumido aparentemente, al mismo tiempo, en varios preceptos [...]» y además este precepto sería solo un «reflejo parcial de lo que se llama concurso de leyes, que realmente es más un problema de interpretación de la ley penal aplicable que de concurrencia de varias leyes [...]».

cierto que mediante operaciones interpretativas se aclara el sentido de cada una de las leyes concurrentes y en tal caso la interpretación interviene en toda situación concursal²¹ (es más, una correcta interpretación de los tipos de la Parte Especial servirá tanto para descartar falsas relaciones concursales como para plantear correctamente las que sí lo sean), pero no se le puede negar el carácter de verdadero concurso afirmando que en estos casos existe una sola infracción, ya que con ello se atiende únicamente a la consecuencia jurídica aplicable²². El rasgo caracterizador de las situaciones de concurso no es la efectiva existencia de una pluralidad de infracciones, sino la posibilidad de subsumir el hecho o hechos realizados por un sujeto en varias figuras delictivas.

La conexión entre concurso de leyes y de delitos no se puede obviar; de ahí que muchos autores, aunque quieran verlos como problemas distintos, acaban tratándolos de forma conjunta²³.

2. El concepto de concurso de leyes penales

A partir de lo expuesto anteriormente se pueden concebir las normas concursales como normas de segundo nivel respecto a las de la Parte Especial²⁴.

²¹ Cabe distinguir, siguiendo a GUASTINI R., *La interpretación de los documentos normativos*, México, (Derecho Global Editores), 2018, pp. 155-156, entre interpretación en abstracto que consiste en determinar el significado de un texto normativo (determinar qué normas expresa, sin ponerlo en relación con un caso concreto) y la interpretación en concreto que consiste en aplicar o no a un supuesto de hecho individual la norma previamente identificada en sede de interpretación en abstracto (en decidir si determinado supuesto de hecho queda o no comprendido en el campo de aplicación de la norma). La aplicación de la norma a un supuesto de hecho concreto es lo que se denomina subsunción. «Si la interpretación en abstracto evidencia (cuando es cognitiva) o resuelve (cuando es decisoria) la equívocidad de los textos normativos, la interpretación en concreto, por su parte, reduce o resuelve la vaguedad de las normas. Naturalmente toda interpretación “en concreto” presupone lógicamente una interpretación “en abstracto”».

²² A mi modo de ver no cabe hablar de concurso aparente de normas penales, pues ni es aparente ni tampoco en realidad concurren normas sino leyes penales. Sin embargo, es un término que se sigue utilizando. Así, por ejemplo, ORTS BERENGUER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J., 2020, p. 78; RAMOS TAPIA, M. I., «Límites al poder punitivo del Estado (I)», en Moreno-Torres Herrera (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia, (Tirant lo Blanch), 2021, p. 64.

²³ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concursos de leyes y de delitos», *Memento práctico Penal*, Madrid, (Francis Lefebvre), 2020, marg. 3255: «aunque aparentemente se trata de dos situaciones distintas, lo que ha llevado a que tanto el legislador como algunas exposiciones doctrinales las hayan tratado en lugares diferentes: el concurso de leyes en la interpretación y aplicación de la ley penal (CP art. 8); y el concurso de delitos en las reglas especiales de determinación de la pena (CP art. 73 s.), lo cierto es que los puntos de contacto entre ellas son evidentes, igual que son borrosos sus límites respectivos, lo que aconseja un estudio conjunto». Según MOLINA FERNÁNDEZ son cuatro los principios que vertebran la teoría del concurso: principio de proporcionalidad, principio de punición suficiente, principio de congruencia y principio *non bis in idem* (marginal 3257).

²⁴ Ya se refirió a las normas concursales como normas de segundo nivel NINO, C. S., *El concurso en el Derecho penal. Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, Buenos Aires (Astrea), 1972, p. 19: «Son normas de segundo nivel con res-

Su función es doble: por un lado, interviene para decidir si se aplican todos o alguno de los preceptos concurrentes, por otro para determinar la consecuencia jurídica aplicable. De acuerdo con esta comprensión de la normativa concursal el primer paso en la resolución de un problema es el de decidir si nos encontramos ante un concurso de leyes o de delitos. Para distinguir uno de otro se recurre habitualmente a dos principios: el principio *non bis in idem* (principio que según el TS se configura como un derecho fundamental, integrado en el principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 CE)²⁵ y el principio de íntegra valoración del hecho. El primero de ellos se ha identificado de forma generalizada con la figura del concurso de leyes. Se afirma así que en este basta con la aplicación de uno solo de los preceptos para captar de forma exhaustiva el total desvalor del hecho; la toma en consideración de los restantes implicaría una doble valoración y un doble castigo de un mismo contenido de injusto²⁶.

pecto a las de la Parte Especial del Código y su función consiste en dar criterios para resolver la concurrencia de varias normas en la calificación de la conducta de un individuo y en la determinación de las sanciones aplicables»; acoge y desarrolla esta terminología CID MOLINÉ, J., «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos», *ADPCP*, t. 47, 1994, pp. 29 ss.

²⁵ STS 332/2021, de 24 de abril (ECLI: ES: TS:2021:1714): «Debe recordarse que este principio constituye una garantía de rango constitucional que se decanta del principio más amplio de legalidad penal material contenido en el artículo 25 CE. En esencia, el principio actúa como un límite tanto para el legislador como para los jueces –SSTC 2/2003, 334/2005– que impide tomar en cuenta un mismo hecho para sancionar dos veces, cuando, además, concurre una misma identidad subjetiva y un mismo fundamento normativo para la reacción sancionatoria del Estado. En el espacio de intervención penal, el juego del *ne bis in idem* resulta claro cuando se identifica una relación de concurso de normas en la que la misma acción sirve de presupuesto objetivo de dos o más infracciones. En estos supuestos, debe acudirse como mecanismo neutralizador al artículo 8 CP, donde se establecen reglas de preferencia entre los tipos en liza, ya sea atendiendo a criterios de especialización o a criterios cuantitativos relacionados con la mayor gravedad de las penas previstas». También en la STS 39/2020, de 6 de febrero (ECLI: ES: TS:2020:447) donde tras vincularlo al artículo 25.1 de la CE añade: «La garantía material de no ser sometido a una *bis in idem* sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente [...]».

²⁶ SANZ MORÁN, A. J., 1986, p. 120, «[...] basta con la aplicación de uno solo de los tipos para agotar el desvalor del suceso real»; MIR PUIG, S., 2016, p. 682: «[...] uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes»; MUÑOZ CONDE F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, p. 448: «[...] el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás»; Díez RIPOLLÉS, J. L., 2020, p. 609: solo una de las normas ha de ser aplicable «en la medida en que abarca de la manera más acabada legalmente disponible el contenido de injusto específico del comportamiento típico». Introduce un matiz adicional CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Granada, (Comares), 2000, p. 17: «En este sentido se concibe el concurso de normas penales como la situación jurídico-penalmente relevante en la que varias normas penales coinciden de forma auténtica, real, en la regulación de un único supuesto de hecho, de modo que cualquiera de esas normas que concurren pueden calificarlo, pues todas ellas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o la mayor parte del contenido de injusto y de culpabilidad que caracteriza esa actuación delictiva,

También la jurisprudencia considera que «el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más tipos o preceptos penales de los cuales solo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del «non bis in idem». Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables [...] el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad»²⁷.

En otras resoluciones el TS vincula el principio *non bis in idem* con el bien jurídico protegido: «En el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del *non bis in idem*. En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado»²⁸.

La individualización del bien o bienes jurídicos protegidos por las normas que concurren a la valoración de un supuesto es sin duda decisiva. Como

y sólo una puede ser de aplicación para no incidir en la vulneración del principio *non bis in idem*, siendo, por tanto, de la misma índole el bien jurídico protegido por cada una de las normas en concurso» (sin cursiva en el original).

²⁷ SSTS 342/2013, de 17 de abril (ECLI: ES: TS:2013:2222), 194/2017, de 27 de marzo (ECLI: ES: TS:2017:1067), 520/2017, de 6 de julio (ECLI: ES: TS:2017:2751); 722/2018, de 23 de enero (ECLI: ES: TS:2019:91); 146/2018, de 22 de marzo (ECLI: ES: TS:2018:969); 316/2021, de 15 de abril (ECLI: ES: TS:2021:1642).

²⁸ SSTS 413/2015, de 30 de junio (ECLI: ES: TS:2015:3177); 454/2015, de 10 de julio (ECLI: ES: TS:2015:3377); 544/2016, de 21 de junio (ECLI: ES: TS:2016: 3044); 369/2019, de 22 de julio (ECLI: ES: TS:2019:2499); 427/2021, de 20 de mayo (ECLI: ES: TS:2021:2086).

indica Gracia Martín el Derecho penal del hecho «no se configura de un modo genérico, sino necesariamente mediante la formulación de un completo sistema de tipos singulares, y de subsistemas de tipos, estructurados y ordenados valorativamente conforme a especies diferenciadas de bienes jurídicos»²⁹. Ahora bien, la lesión de un único bien jurídico o de varios no puede erigirse en un criterio definitivo o único para separar los concursos de leyes y de delitos. Junto a la lesión o peligro para el bien o bienes jurídicos implicados el legislador puede haber tenido en cuenta otros factores que no pueden desconocerse y que determinarán la aplicación conjunta de los tipos (aun cuando el bien jurídico protegido sea el mismo) o su inaplicación (aunque se trate de bienes jurídicos distintos). La protección de un mismo bien jurídico puede ser organizada por el Derecho positivo mediante la formación de una pluralidad de tipos (un «sistema de tipos»). Estos tipos no podrán interpretarse de modo aislado, sino teniendo en cuenta todas sus conexiones. La interpretación conjunta de los mismos nos permitirá descubrir los fines de protección perseguidos por la ley penal y la concreta relación que la ley ha establecido entre ambos, cuestión que influirá también en la relación concursal que quepa establecer entre los tipos³⁰.

Puesto que el criterio del bien jurídico es insuficiente se acude a otros criterios de distinción cuyo reconocimiento es más o menos amplio y que normalmente no se encuentran plasmados en los textos legales. No es el caso de nuestro ordenamiento que incorporó cuatro reglas o criterios en el artículo 8 del Código Penal³¹. La introducción de este precepto en el CP suscitó valoraciones de distinto signo en la doctrina. Para Sanz Morán el precepto es superfluo y perturbador, ya que, pese a que se incluyan expresamente estas reglas, no se soluciona el problema interpretativo de determinar cuándo una ley es especial o principal frente a otra. La determinación de cuándo existe una infracción o varias se debe dejar, en opinión de este autor, al arbitrio del juzgador y a las reglas generales de la interpretación³². Pero también se han aportado

²⁹ GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2003, p. 71.

³⁰ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Madrid, (Trivium), 1990, pp. 244-245.

³¹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Las normas del concurso de normas: sentido y alcance», en Gómez-Jara Díez (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, (Aranzadi Thomson Reuters), 2018, p. 568, matiza que estos criterios no son reglas ni principios, sino metarreglas (reglas sobre el funcionamiento de otras reglas). También se refiere a los criterios del concurso como «meta-reglas de preferencia que condicionan negativamente la aplicabilidad externa de una o más normas de sanción internamente aplicables», MAÑALICH, J. P., «La realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo-base como concurso aparente», en Maldonado Fuentes (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2021, p. 120.

³² SANZ MORÁN, A. J., «Concurso de delitos. Criterios y problemas», en Asúa Batarrita (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Servicio

argumentos de signo contrario. Así se afirma que el precepto es necesario para resolver ciertos defectos de técnica legislativa; que dejar esta cuestión en manos de la doctrina y la jurisprudencia supone una dejación en las responsabilidades del legislador y que la inexistencia de tal disposición genera inseguridad jurídica y origina fluctuaciones en la jurisprudencia³³. En opinión de Quintero Olivares han sido más las ventajas que ha ofrecido la plasmación de los principios resolutorios que los problemas que ha traído consigo («el balance es razonablemente positivo»)³⁴.

Una cuestión ulterior que plantea la codificación de estas reglas o criterios en el artículo 8 CP es la de si existe un orden de prelación entre ellos. Sin negar que la relación entre los diversos principios es de índole jerárquica, señala Castelló Nicás, que no debe entenderse en el sentido de que el principio de especialidad sería el prevalente y tras él se situarían los de subsidiariedad y consunción, sino que todos ellos forman un primer nivel y si la relación que media entre dos preceptos no puede solucionarse conforme a estos principios, habrá que optar por un segundo nivel en el que se sitúa el precepto de la pena superior³⁵.

Lo cierto es que al margen de lo previsto legalmente en el plano teórico subsiste la discusión en torno al número de principios que resolverían los concursos. Pese a la falta de acuerdo entre los distintos autores respecto al número de principios que deben admitirse, su presencia en el artículo 8 obliga a buscarles un ámbito de aplicación sin perjuicio de que, desde perspectivas de *lege ferenda*, se pueda proponer la supresión de alguno de ellos³⁶.

editorial Universidad del País Vasco, 1998, pp. 80 y s.; SANZ MORÁN, A. J., «Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal», en Álvarez García/Cobos Gómez de Linares/ Gómez Pavón/ Manjón-Cabeza Olmeda/ Martínez Guerra (coords.), *Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Ramos*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2013, p. 225; SANZ MORÁN, A. J., «La reiteración delictiva: modelos de respuesta», en Maldonado Fuentes (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos*, Buenos Aires-Montevideo, (B de F), 2016, p. 8. También duda de la eficacia del precepto SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., 2018, p. 562.

³³ Son los argumentos que aportaba CUERDA RIEZU, A., 1991, p. 861. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, p. 449, entienden que, aunque el artículo 8 puede considerarse como demasiado oficioso y en cierto modo innecesario (ya que recoge los criterios aplicados por la doctrina y la jurisprudencia) puede servir como guía orientadora, sin que haya que darle a sus reglas un valor absoluto.

³⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «Título Preliminar (Art. 8)», en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al CP español tomo I (arts. 1 a 233)*, 7.ª ed., Cizur Menor, (Aranzadi), 2016, pp. 101 s. destaca como aspectos positivos que facilita la labor al intérprete, pero sobre todo que abre una vía para el recurso de casación por infracción de ley.

³⁵ CASTELLÓ NICÁS, N., 2000, p. 189. Para Díez Ripollés, J. L., 2020, p. 610, es dudoso que exista un orden entre los tres primeros principios (a favor de entenderlo así su ordenación legal y razones de practicabilidad; en contra, que responden a criterios no relacionados unos con otros).

³⁶ Por ejemplo, CASTELLÓ NICÁS, N., 2000, p. 187, considera que solo tendrían que recogerse los principios de especialidad y alternatividad y mayor gravedad punitiva.

III. LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLUCIÓN DEL CONCURSO DE LEYES EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO ACTUAL

1. Cuestiones generales

Desde la aprobación del CP se han sucedido multitud (ya más de treinta) de reformas sustentadas o apoyadas en finalidades distintas. Esa proliferación legislativa ha determinado en opinión de la doctrina penal problemas en la calidad de la legislación. Y así, como indica Corral Maraver, «existen normas en la que se aprecian falta de claridad o determinación, lagunas, numerosos errores formales, fines meramente simbólicos o cuestionables, falta de efectividad o eficacia, además de, por lo general, un aumento del rigor de las sanciones»³⁷. Aunque esa reflexión se efectúa en otro contexto, la traemos a colación para destacar que esta nueva «manera» de legislar ha determinado también una enorme complejidad en relación con la aplicación de las normas concursales. Sin duda las situaciones concursales aparecen como un problema inevitable en un sistema formado por tipos abstractos³⁸ (es más, la posibilidad de que todos los tipos constituyan compartimentos estancos, de forma que sus respectivos ámbitos de aplicación no coincidan nunca tampoco sería adecuado), pero al mismo tiempo cabe exigir al legislador una adecuada delimitación de las figuras delictivas que eluda en ocasiones duplicidades innecesarias (derivadas en muchas ocasiones de reformas legislativas precipitadas y poco meditadas o por perseguir otras finalidades ulteriores) y mantenga la coherencia del sistema³⁹.

³⁷ CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la Unión Europea*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2020, p. 288.

³⁸ Véase GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, (Cedecs), 1995, pp. 140-141. Este autor considera que la convergencia de normas se presenta como «consecuencia inevitable de la abstracción del tipo, ya que debe posibilitar la subsunción de los hechos». Y añade: «en ocasiones el propio legislador se conforma conscientemente con el eventual solapamiento de distintos tipos (y no ya de su ámbito de previsión conceptual –extensión–, sino cabalmente de la valoración que expresan) en aras a configurar distintas clases de agresión a un mismo bien jurídico, ya sea protegiéndolo autónomamente frente a peligro y lesión en distintos estadios, bien anticipando la tutela penal a través de la incongruencia entre tipos objetivo y subjetivo (delitos de intención). El resultado es siempre una pluralidad de subsunciones (*Subsumtionmehrheit*), que puede conducir finalmente a un auténtico concurso o no. En definitiva, el fenómeno de la convergencia, al que pertenece el concurso de leyes penales, trae causa por tanto de cuestión de técnica legislativa, enfrentando al intérprete con una pluralidad de preceptos heterogéneos aplicables real o aparentemente al caso» (pp. 140-141) [cursivas en el original].

³⁹ Una muestra paradigmática de esa falta de coherencia la constituye la reforma de los delitos contra la vida. Tiene razón PEÑARANDA RAMOS, E., «Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal», *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13/2017, 2017, p. 17, cuando indica: «La incongruencia, por no decir la arbitrariedad, con la que se ha procedido a enunciar los factores que agravan el simple homicidio y las que lo convierten en un asesinato o en un asesinato cualificado, así como los diferentes efectos que las mismas circunstan-

Para ilustrar esa mayor complejidad a la que aludía cabe mencionar algunos rasgos de la intervención legislativa que han caracterizado las últimas reformas (con referencia, sobre todo, a las de 2010, 2015 y 2019):

a) Dejando de lado su necesidad o justificación se advierte que en muchos ámbitos se adelanta la intervención penal, castigando como tipos independientes actos preparatorios de otros delitos. Esta técnica no es nueva, pero plantea problemas cuando se complementa con una cláusula concursal. Un ejemplo lo constituye el delito de ciberacoso sexual tipificado en el artículo 183 ter apdo. 1. Desde su incorporación en el año 2015 se han sostenido posturas totalmente distintas respecto a la relación concursales que cabe establecer entre él y los posteriores abusos, agresiones o delitos de explotación sexual⁴⁰. Si inicialmente se consideraba que se trataba de un supuesto de progresión delictiva de modo que quedaría desplazado por los abusos o agresiones sexuales posteriores, ahora se admite el concurso real de delitos (el acuerdo del pleno no jurisdiccional del TS de 8 de noviembre de 2017 estableció que el delito de ciberacoso sexual «puede conformar un concurso real de delitos» con los posteriores abusos, agresiones o delitos de explotación sexual).

b) Se incluyen tipos agravados que ponen en conexión varias figuras delictivas y respecto de los cuales no está claro si el legislador ha querido construir un delito complejo o si siguen aplicándose las reglas concursales generales. Cabe mencionar aquí el homicidio cualificado por ser subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. Dejando al margen la limitada aplicación del precepto (ya que en muchos casos será aplicable la figura del asesinato) lo que interesa destacar ahora es la dificultad para aclarar la relación concursal ofreciéndose distintas alternativas. Por un lado apreciar un concurso (real) de delitos entre esta modalidad agravada de homicidio y el correspondiente delito contra la libertad sexual, por el otro, aplicar únicamente el tipo agravado del 138.2 por tratarse de un delito complejo, o en tercer lugar considerar que se establece una relación de concurso de leyes entre, por un lado, el concurso real entre el tipo básico de homicidio y el delito contra la libertad sexual y, por otro, el artículo 138.2 CP

cias despliegan en uno y otro delito son claramente indicativas de la ausencia de una concepción globalmente consistente de estos delitos, en los que la coherencia de la que se presume ha sido en realidad sacrificada a la pretensión de dotar a cualquier costa de una apariencia de racionalidad y legitimidad a la conminación de la pena de prisión permanente revisable».

⁴⁰ Véase, entre otros, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, Madrid, (Marcial Pons), 2017, pp. 111 ss.

(concurso de leyes que se resolvería, conforme al principio de alternatividad en favor de la calificación que establezca la pena más grave)⁴¹.

c) Cuando se prevén circunstancias de agravación se siguen técnicas distintas indicando en algunas ocasiones que la concurrencia de varias de ellas determina la imposición de una pena más grave (arts. 180.2, 235, 570 bis, 570 ter) y en otras ocasiones, en cambio, no se establece una consecuencia específica para el caso de que concurran varias de ellas (arts. 264, 276, 557 bis) dejando abierta la cuestión de si se trata de tipos mixtos o si debería apreciarse un concurso de elementos cualificantes.

d) La descripción de las conductas típicas se realiza de manera muy amplia solapándose con conductas típicas previstas en otros tipos. Pensemos en los delitos de tráfico de órganos y trata de seres humanos que proceden de la reforma de 2010 y el delito de acoso persecutorio recogido en el artículo 172 ter (incorporado en la reforma de 2015). Estas nuevas figuras incluyen, además, la previsión de que las penas previstas para ellos se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los otros delitos en su caso cometidos. La aplicación de las reglas del concurso de delitos suscita dudas por la existencia de una zona común (más aún cuando se trata de delitos próximos)⁴².

e) Se incorporan agravaciones en relación con determinados grupos de delitos que ya están previstas en otros preceptos. Es el caso del artículo 570 bis, que castiga el delito de organización criminal y prevé la imposición de una pena más grave si los delitos que constituyen el programa criminal de la organización son delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos. Al mismo tiempo, algunos de los delitos citados ya tienen previstas agravaciones específicas

⁴¹ Véase sobre esto VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Novedades del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013 en algunos delitos contra bienes jurídicos fundamentales», *La Ley Digital*, 2690/2014, pp. 3-5, y PEÑARANDA RAMOS, E., 2017, p. 23.

⁴² Así, por ejemplo, el delito de acoso persecutorio recogido en el artículo 172 ter castiga al que acosa a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada conductas como la de «atentar contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella...». La inclusión en este precepto de la previsión de que las penas previstas para el acoso persecutorio se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso» suscita una rica problemática concursal por dejar abierta la posibilidad de aplicar este delito con otros delitos contra la libertad (particularmente dudosa se muestra la posibilidad de apreciar un concurso de delitos con las amenazas y coacciones). Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 22.ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2019, p. 160, indica que, aunque el precepto permite el concurso con otros delitos si las conductas de acoso están en relación directa con la ejecución de otros delitos (por constituir un acto ejecutivo de los mismos) o dan lugar a otras modalidades de acoso autónomas, el delito del artículo 172 ter perdería su autonomía.

(así el delito de trata de seres humanos prevé una agravación si el culpable perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de estas actividades).

f) Se incluyen nuevas figuras que incorporan la cláusula «salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código» (o muy similar). Así, por ejemplo, en la reforma de 2015 se incluye el artículo 258 bis dentro de la frustración de la ejecución, el artículo 286 ter dentro de los delitos de corrupción en los negocios; o el artículo 311 bis dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores o el artículo 557 ter dentro de los desórdenes públicos.

Es cierto que las cláusulas concursales ya se utilizaban en nuestro ordenamiento. Dado que el alcance de estas previsiones no siempre resulta sencillo de aclarar (uno de cuyos motivos es que la redacción del legislador no siempre es idéntica), es preferible no identificar automáticamente esas cláusulas con una concreta relación concursal (entender que el castigo separado de las infracciones conduce en todo caso al concurso real o que la remisión a la pena prevista para la infracción más grave se corresponde con el principio de alternatividad o que el término «salvo que» es expresión del principio de subsidiariedad...). Solo un análisis de las figuras delictivas implicadas permitirá averiguar la concreta relación concursal que se plantea.

Cuerda Riezu se pronunció a favor del mantenimiento de declaraciones concursales específicas en tanto que podían contribuir al mantenimiento de la seguridad jurídica en el ámbito de la teoría del concurso; ahora bien, para conseguir este objetivo había que evitar el uso equívoco de las mismas (porque a veces se aludía a distintos supuestos de concurso empleando los mismos términos o porque no se sabía si constituían una excepción al régimen general concursal o simplemente un recordatorio). Por ello sugería que se utilizasen términos idénticos siempre que el Código se refiriese al mismo supuesto de concurso, que se mencionase la modalidad concursal regulada utilizando los términos que apareciesen en la Parte General del Código y, por último, que se especificase si quedaban excluidas o no las otras posibilidades de concurso⁴³. Por su parte Sanz Morán –que ya se había mostrado muy crítico con la existencia de estas cláusulas concursales– ha puesto de manifiesto que el Código Penal vigente ha ido multiplicando significativamente el número de cláusulas

⁴³ Véase CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid (Tecnos), 1992, pp. 241 ss.

concursoales y de esta manera interfiere en el problema interpretativo de cuándo estamos ante un solo delito o cuándo ante un verdadero concurso de delitos⁴⁴.

Desde luego el legislador ha hecho caso omiso de las recomendaciones de la doctrina. Además de lo anteriormente expuesto (como incluir cláusulas de autoexclusión general o incorporar la fórmula «sin perjuicio de» para dejar abierta la posibilidad de imponer las penas que correspondan por otros delitos), en la reforma de 2019 ha incluido otras reglas en relación con determinados grupos de delitos que excepcionan las reglas generales del concurso. Me refiero a las previsiones recogidas en los artículos 142 bis y 152 bis. Estos preceptos «modifican» el régimen del concurso ideal en los supuestos de homicidio y/o lesiones cometidos imprudencia grave. En cambio, si la imprudencia se valora como menos grave se aplicarán las reglas generales del concurso ideal de delitos previstas en el artículo 77 CP. A todo ello se añade que, puesto que estos preceptos coexisten con la regla del artículo 382 en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, habrá que aclarar la relación entre estas cláusulas⁴⁵.

Este contexto normativo contribuye a que la frontera entre el concurso ideal y de leyes sea aún más difusa y que ante un mismo problema concursal se polaricen las opiniones entre los que defienden concurso de delitos y los que ven un supuesto de concurso de leyes. E incluso, dentro del concurso de leyes, se apela a principios muy distintos o ni siquiera se aclara cuál es el que resultaría aplicable por las dificultades de identificarlo. En muchos casos se percibe que la «solución concursal» no se construye desde el supuesto de hecho, sino que a partir de la consecuencia jurídica que parece más adecuada (normalmente invocando el principio de proporcionalidad) se argumenta a favor de apreciar un concurso de leyes o de delitos. Por supuesto, tampoco los tribunales son ajenos a estas dificultades a la hora de establecer las relaciones concursoales⁴⁶.

⁴⁴ SANZ MORÁN, A. J., 2013, p. 217. Véase con más detalle la reflexión sobre estas cláusulas en pp. 214 ss. Indica asimismo que a los problemas interpretativos que generan estas previsiones legislativas hay que añadir la actividad del Tribunal Supremo que, a través de los Acuerdos de Sala adoptados en Plenos no jurisdiccionales, también se pronuncia sobre los conflictos o concursos de normas (véase pp. 222-223). Su conclusión en suma es que deberían reducirse al máximo (p. 225). Véase también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2017, pp. 14 ss. y TRAPERO BARREALES, M. A., «Comentario urgente sobre la reforma penal vial y otros aspectos controvertidos», *RECPC*, núm. 21-11, 2019, p. 26, nota 54. Para el análisis sobre las modificaciones en materia de concursos que introduce la reforma de 2019, véase pp. 23 ss.

⁴⁵ TRAPERO BARREALES, M. A., 2019, p. 37, indica que la relación que se plantea entre la regulación concursal de los artículos 142 bis y 152 bis y la regla concursal prevista en el artículo 382 CP se puede resolver de dos formas: aplicar ambas reglas (primero la que se refiere al concurso de homicidio y/o lesiones imprudentes y luego la relativa al concurso entre el resultado lesivo-delito de peligro –que en su opinión es la más correcta técnicamente–) o la de apreciar una única regla concursal que sería la de los artículos 142 bis o 152 bis.

⁴⁶ Véase, a propósito de las relaciones entre el delito de estafa y el fraude de subvenciones, la STS 146/2018, de 22 de marzo (ECLI: ES: TS:2018:969): «la adecuada subsunción de los hechos que han

2. La aplicación de los criterios del concurso de leyes en este contexto

Antes de examinar cada uno de los criterios de solución del concurso de leyes vamos a mencionar brevemente la investigación de Klug, que ha sido tomada como referencia en el análisis del concurso de leyes⁴⁷. A la vista de las contradicciones que existen en esta materia, se plantea este autor si las mismas podrían aclararse tras un análisis de las estructuras lógico-conceptuales que subyacen a los distintos grupos de casos del concurso de leyes, sin olvidar desde luego los aspectos teleológicos⁴⁸. Según Klug existe un *numerus clausus* de posibilidades de relación entre dos conceptos, posibilidades que aplica a las relaciones que pueden establecerse entre los tipos:

a) heterogeneidad: dos conceptos son heterogéneos cuando un objeto que cae bajo el concepto A nunca cae bajo el concepto B y a la inversa. Gráficamente se representa con dos conjuntos disjuntos. Si hablamos de tipos legales la relación de heterogeneidad se traduce en que ningún hecho puede ser simultáneamente subsumido en ambos tipos.

b) identidad: existe relación de identidad cuando todo objeto que cae bajo el concepto A, cae también bajo el concepto B y viceversa. Entiende Klug que la relación de identidad carece de relevancia en esta materia ya que la existencia de tipos legales idénticos no tiene ningún sentido dentro de un mismo sistema jurídico-penal (aunque reconoce que podría ser relevante en el Derecho penal comparado, en el Derecho penal internacional...).

c) subordinación: la relación de subordinación (o inclusión) supone que cada objeto que cae bajo el concepto A también cae bajo el concepto B, sin que valga lo contrario. Gráficamente se representa con la imagen de dos círculos concéntricos. En relación con los tipos penales la relación de subordinación significa que todo hecho que cae en el tipo subordinado cae también en el tipo más general, mientras que no es válida la afirmación contraria, ya que no todo hecho que realiza el tipo más general realiza al mismo tiempo el tipo subordinado o incluido.

sido declarados probados no puede desvincularse de la sucesión de tipos penales que, rindiendo culto a un deficiente casuismo, superponen espacios de tipicidad que complican sobremanera la labor del intérprete».

⁴⁷ Indica MAÑALICH, J. P., 2021, p. 121, que ya Beling aludió a las relaciones lógicas que pueden establecerse entre los tipos penales.

⁴⁸ KLUG, U., «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», *ZStW* 68, 1956, p. 399. Sobre las bases del sistema clásico del concurso aparente de leyes que tiene su origen en Binding mencionando los cuatro criterios de «solución» y las contribuciones posteriores en la ciencia penal alemana véase el trabajo de MATUS, J. P., 2000, pp. 305 ss.

d) y, por último, se habla de interferencia (intersección) cuando con respecto a dos conceptos A y B se cumplen las siguientes condiciones: al menos un objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A no cae al mismo tiempo bajo el concepto B. Además, tiene que valer lo mismo con respecto a los objetos que caen bajo el concepto B en relación con el concepto A. Esta relación se corresponde gráficamente con la imagen de dos círculos secantes. En el ámbito de los tipos la relación de interferencia implica que los tipos se solapan en su ámbito de aplicación: hay sucesos que caen bajo el tipo A, otros en el tipo B y otros que realizan simultáneamente ambos tipos. Cuando dos tipos legales no son heterogéneos, ni idénticos, ni subordinados, la única relación posible que cabe establecer entre ellos es la de interferencia⁴⁹.

La conclusión de carácter general que extrae Klug es que los tipos legales de un Derecho penal pueden estar entre sí solo en relación de interferencia, subordinación o heterogeneidad. Elimina la relación de identidad ya que entiende que es absurdo formular tipos idénticos en un mismo sistema legal. En lo que respecta al concurso de leyes considera que no solo se excluye la identidad, sino también la relación de heterogeneidad porque supondría negar la posibilidad de que los tipos entren en concurso; por tanto, según su planteamiento solo hay dos estructuras lógico-conceptuales que puedan explicar el concurso de leyes: la interferencia y la subordinación⁵⁰. Ahora bien, la constatación de estas relaciones lógicas no permite, sin embargo, saber qué consecuencias tiene en lo que respecta a la aplicación de los correspondientes tipos y es necesario dar entrada a aspectos teleológicos. En el caso de la especialidad el respectivo sentido teleológico es inequívocamente reconocible de manera que no se necesita ninguna referencia del legislador en cuanto al efecto derogatorio del tipo especial; en cuanto a la subsidiariedad, puesto que coincide en sus fundamentos lógicos con el concurso ideal, señala que si el legislador no ha dispuesto expresamente nada hay que partir de que se dan los presupuestos del concurso ideal; para poder apreciar la subsidiariedad hay que buscar una fundamentación teleológica inequívoca que justifique que el legislador se haya apartado de esa regla general. Pese a las dificultades que esto pueda plantear no considera conveniente reducir los casos de subsidiariedad a la subsidiariedad expresa⁵¹.

Ya sea con puntos de coincidencia respecto al análisis de Klug o sin ellos, lo cierto es que se siguen manteniendo distintas posturas en la doctrina respecto al

⁴⁹ KLUG, U., 1956, pp. 403-405.

⁵⁰ KLUG, U., 1956, p. 412.

⁵¹ KLUG, U., 1956, pp. 413 ss.

número de criterios de solución del concurso de leyes que cabría admitir. Si bien hay que matizar que la discusión no se plantea en los mismos términos en aquellos ordenamientos que no regulan expresamente el concurso de leyes que en el nuestro a la luz de lo previsto en el artículo 8 CP. En Alemania se ha abandonado el principio de alternatividad y se sostienen tesis que solo reconocen el principio de especialidad (Puppe y Jakobs) o bien, con más o menos variantes, se admiten los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción. Pero como hemos indicado antes en nuestro país la mayor parte de la doctrina sigue manejando los cuatro criterios⁵². Veamos ahora cómo se definen y aplican los mismos.

Como hemos indicado antes la relación de subordinación, representada a través de dos círculos concéntricos es la que permite identificar el principio de especialidad⁵³. Conforme a la opinión general⁵⁴ este principio es aplicable cuando la conducta del sujeto es subsumible simultáneamente en dos tipos respecto de los cuales uno de ellos contiene todos los elementos de otro y, o bien añade alguno más, o bien concreta algún o algunos de los elementos del tipo general (especialidad por adición o especialidad por especificación). Más allá de las referencias lógicas que ayudan a identificarlo, la esencia del principio de especialidad –que determina la preferencia y aplicación del tipo especial frente al general– reside en que las características adicionales del tipo especial son expresión de un mayor o menor desvalor respecto del general que está, a su vez, íntegramente comprendido en aquel. Unánimemente se reconoce que existe relación de especialidad entre los tipos cualificados y los tipos privilegiados respecto al tipo básico, si bien habría que añadir que se limita a los casos más simples de realización dolosa y consumada de ambos delitos.

Aunque identificar las relaciones de especialidad en principio parece una cuestión sencilla si se revisa la práctica jurisprudencial resulta llamativo constatar que para los mismos supuestos se invocan tanto el principio de especiali-

⁵² Sobre esto, con más referencias bibliográficas, ESCUCHURI AISA, E., 2004, pp. 162 ss. Recientemente SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., 2018, se suma a la tesis de Klug reconociendo que solo hay dos formas posibles de concurso: las que se basan en la subordinación y las que lo hacen en la interferencia. De ahí deduce que solo deben reconocerse los principios de especialidad y subsidiariedad (p. 564); los casos que habitualmente se engloban en el principio de consunción no serían en realidad de concurso de normas sino de delitos, pero que se castigan aplicando una sola de las normas (la que señale la pena más grave). Tampoco el principio de alternatividad sería un caso de concurso de normas sino «una cláusula de cierre para evitar la eventual impunidad de un hecho por resultar inaplicable la norma de acuerdo con los tres criterios anteriores del mismo artículo» (pp. 565-566).

⁵³ Buena parte de la doctrina destaca que el principio de especialidad es el menos controvertido ya que se deduce únicamente de una comparación abstracta de los tipos según las reglas de la lógica. QUINTERO OLIVARES, G., 2016, p. 105 entiende que la existencia de los otros principios determina que el principio de especialidad deba entenderse en un sentido estrictamente lógico y además tendría cierta prioridad respecto de los otros.

⁵⁴ Véase, con más referencias bibliográficas, ESCUCHURI AISA, E., 2004, pp. 164 ss.

dad como el de alternatividad. Se relativiza el papel de los principios si finalmente la consecuencia jurídica aplicable es la misma. Veamos dos ejemplos:

a) En la STS 102/2020, de 10 de marzo⁵⁵ se analiza un supuesto en el que se toman (sin su consentimiento) fotografías de una persona mientras realizaba prácticas sexuales y luego se le amenaza con mostrar esas fotos a su familia si no pagaba una cantidad de dinero. El TS consideró que la relación entre el artículo 197.6 y el artículo 171.2 es la de concurso de leyes que se resolvería a través del principio de especialidad en favor del chantaje. Dice el TS que el legislador quiere agravar aquellas conductas en las que se vulnera el derecho a la intimidad con un propósito lucrativo (a la ofensa de la intimidad se añade un especial reproche de la motivación económica), sin embargo, el artículo 171.2 entra en juego cuando a la vulneración de la privacidad sigue un atentado a la libertad, al sosiego, al equilibrio anímico de la víctima, a la que se amenaza con difundir las imágenes si no se aviene a pagar una cantidad de dinero. Según el TS hay que considerar que el artículo 171.2 es ley especial que tiene que desplazar a la ley general representada en el 197.6 para no incurrir en doble valoración de un mismo hecho. Pero tras reconocer que también en la doctrina se propugna la aplicación del criterio de alternatividad concluye: «Si bien se mira, se trata de fórmulas distintas que, con una u otra perspectiva, tienden a solucionar los graves problemas concursales originados por la deficiente técnica legislativa que inspira la redacción de buena parte de los preceptos que integran el capítulo 1.º del título X, del Libro II del CP».

b) En la STS 369/2019, de 22 de julio⁵⁶ se examina el concurso que se plantea entre los artículos 290 (falsedad de las cuentas sociales) y 282 bis (estafa de inversores). Al respecto dice el TS: «En relación con estos dos preceptos, ha de partirse de que es posible que los hechos que se declaren probados no permitan siempre la aplicación de ambos tipos, ya que puede ocurrir que no concurren todos los elementos exigibles por alguno de ellos. No habrá entonces concurrencia aparente. Puede suceder, sin embargo, como en el caso presente, que la falsedad de las cuentas o de los otros documentos mencionados en el artículo 290 sea idónea para causar un perjuicio económico y que la publicación de esa información tenga como finalidad la captación de inversiones o de financiación». Y añade: «respecto de estos casos, en la doctrina existen distintas posiciones, alguna de las cuales se inclinan por aplicar el principio de especialidad, aun reconociendo que, dada la definición típica, es posible que

⁵⁵ ECLI: ES: TS:2020:840.

⁵⁶ ECLI: ES: TS:2019:2499.

en muchos casos no todos los elementos del delito más amplio o general aparezcan en el que presenta mayor grado de especialidad. Otros autores, por esas razones se inclinan por aplicar el principio de alternatividad. En cualquier caso, cuando ambos preceptos fueran aplicables al concurrir todos los requisitos de ambos delitos, resultaría de aplicación el artículo 282 bis, más especial en cuanto que se refiere a entidades emisoras de valores, lo que no se exige en el artículo 290, con mayor concreción respecto del objeto material. O, en un segundo aspecto, prescindiendo de la especialidad y atendiendo al principio de alternatividad, castigando con mayor pena que el artículo 290 CP. En cualquier supuesto, resultaría de aplicación el artículo 282 bis».

Particularmente difusos, pues responden a la misma idea rectora, son los contornos de los principios de subsidiariedad y consunción. Es habitual señalar que la relación de subsidiariedad se da entre aquellos preceptos penales, respecto de los cuales uno (el subsidiario) solo es aplicable en caso de que no entre en juego el otro (el principal)⁵⁷ y que se expresa con el aforismo *lex primaria derogat legi subsidiariae*. El artículo 8.2.^a se refiere tanto a la subsidiariedad expresa como a la tácitamente deducible.

Las cláusulas de subsidiariedad expresa pueden ser de dos tipos: que el precepto declare su inaplicación en caso de que al mismo hecho le corresponda una pena mayor por constituir otro delito (supuestos de autoexclusión general) o bien que se declare la inaplicación de una figura delictiva en relación con determinados delitos (autoexclusiones específicas)^{58, 59}.

⁵⁷ Véanse CEREZO MIR, J., *Curso, III, Teoría jurídica del delito/2*, Madrid (Tecnos), 2001, p. 317; MIR PUIG, S., 2016, p. 684, y MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, p. 449. Matizan algunos autores como PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales (concurso aparente de normas punitivas)*, Barcelona, (Bosch), 1981, p. 81, y CASTELLÓ NICÁS, N., 2000, p. 149, que el precepto principal ha de prever una pena superior a la del precepto subsidiario.

⁵⁸ CUERDA RIEZU, A., 1992, pp. 233 ss. Siguiendo a la doctrina alemana distingue GARCÍA ALBERO, R., 1995, pp. 334 ss., entre subsidiariedad absoluta y relativa. La primera se caracterizaría porque el desplazamiento de la ley subsidiaria se produce frente a cualquier otro precepto que conmine con pena el hecho (supuesto que afirma es desconocido por nuestro Código), mientras que la subsidiariedad relativa o limitada se caracteriza porque la relación de subsidiariedad se basa en que el hecho esté castigado con mayor pena en otro precepto o bien la subsidiariedad se refiere a uno o varios delitos concretos. Para MATUS, J. P., «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995 (1)», *ADPCP*, tomo 58, 2005, p. 473, solo habrá cláusula de subsidiariedad expresa cuando se establece la preferencia de un precepto legal con exclusión de otro, siempre que ambos concurren a la calificación de uno o varios hechos.

⁵⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2017, pp. 35 y s., propone el término residualidad en relación con los casos en los que se delimita el ámbito de aplicación de los tipos a través de expresiones como «sin estar comprendido en el artículo anterior» o «fuera de los supuestos...», que en su opinión no constituyen realmente supuestos de concurso. Y, en cambio, las previsiones que remiten al castigo de la pena más grave las denomina casos de subsidiariedad-alternatividad. Véase su exhaustivo análisis de las previsiones legales en relación con ambos grupos de casos en pp. 37 ss.

Conforme al principio de la subsidiariedad tácita la doctrina mayoritaria resuelve las relaciones entre los distintos estadios de ataque al mismo bien jurídico o entre las formas de ataque al mismo bien jurídico de distinta intensidad. Así, por ejemplo, Mir Puig admite la subsidiariedad tácita cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado en el caso de que concurra otra posible calificación más grave del hecho, por constituir esta una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico. Sin perjuicio de que algunos autores se separen de esta clasificación⁶⁰, puede decirse que conforme a la idea básica anteriormente expuesta se mencionan como supuestos de subsidiariedad los siguientes:

a) la subsidiariedad de fases delictivas anteriores frente a otras posteriores (actos preparatorios-tentativa-consumación). La tentativa es subsidiaria frente a la consumación. Igualmente se afirma la subsidiariedad de las acciones preparatorias punibles frente a la tentativa y consumación de un delito.

b) la subsidiariedad de los delitos de peligro frente a los de lesión⁶¹. La subsidiariedad del delito de peligro frente al de lesión presupone que el peligro es solo un estadio previo a la lesión, pero no la sobrepasa. En cambio, cuando se trata de un delito de peligro abstracto no se admite la relación de subsidiariedad respecto al delito de lesión, al entender que estos delitos afectan a bienes jurídicos de la generalidad y, por tanto, tienen un significado propio. Puesto que el peligro no se agota en la lesión producida, estos casos entrarían en el ámbito del concurso de delitos. Todo ello obedece al paralelismo establecido entre bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales, por una parte, entre delitos de peligro común y delitos de lesión, por otra, y finalmente entre el concurso de delitos y el concurso de leyes.

⁶⁰ Cfr. MATUS, J. P., 2005, p. 475, que establece relaciones de subsidiariedad entre preceptos que se encuentran en una relación lógica de interferencia, pero además (y así se distingue del concurso ideal) ambos preceptos tienen en común al menos una misma propiedad jurídico-penalmente relevante. Así por ejemplo califica como un caso de subsidiariedad tácita el concurso de figuras calificadas y privilegiadas de una misma figura básica (pp. 477 ss.).

⁶¹ Aunque a veces las previsiones legislativas se apartan de esta idea. Así, por ejemplo, en el artículo 180.5 CP se contiene un tipo agravado para las agresiones sexuales «cuando el autor haga uso de armas y otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». Al incluir la cláusula «sin perjuicio» el legislador parece alterar las relaciones que habitualmente se establecen entre peligro y lesión y su relación de progresión. A raíz de ello se abre la discusión sobre si el concurso de delitos al que parece obligar el precepto ha de establecerse entre este tipo agravado y las lesiones u homicidio o si esta calificación supondría una vulneración del principio *non bis in idem* de manera que lo adecuado es aplicar el tipo básico de agresión sexual en concurso con las lesiones u homicidio. Véase sobre esto SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2017, pp. 95 ss.

c) la relación entre las distintas formas de participación. Las menos graves quedan desplazadas frente a las más graves: inducción, cooperación necesaria y complicidad son subsidiarias respecto a la autoría y, asimismo, la complicidad es subsidiaria respecto a la cooperación necesaria y la inducción.

d) Por último, se considera subsidiario el delito imprudente frente al delito doloso; el delito de omisión respecto al de acción y el delito de omisión propio en relación con el delito impropio de omisión.

En la práctica no se encuentran referencias al principio de subsidiariedad ya que los tribunales reconducen los supuestos de progresión delictiva al principio de consunción⁶².

Se considera que la regla 3.^a del artículo 8 CP plasma el principio de consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*). La consunción se identifica con la idea de que el desvalor captado por uno de los tipos aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro⁶³. Puesto que esta definición también serviría para los principios anteriores, se matiza indicando que es un criterio aplicable cuando uno de los preceptos es suficiente para valorar de forma exhaustiva el hecho y no existe una forma más específica de solución del concurso de leyes⁶⁴. También en la jurisprudencia se indica que «la regla de absorción prevista en el artículo 8.3 del CP, con arreglo al cual, “el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consu-

⁶² Así por ejemplo STS 39/2020, de 6 de febrero (ECLI: ES: TS:2020:447): «En la progresión delictiva se trata de comportamientos delictivos que constituyen generalmente estadios intermedios de hechos típicos ulteriores que se ven consumidos por estos. Así, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 520/2009 de 14 May. 2009, se señala que: las amenazas vertidas en coincidencia con el inicio de la ejecución del mal amenazado, siendo éste punible, dan lugar a un concurso aparente de leyes a resolver con el criterio de la consunción, de manera que deben considerarse absorbidas por éste. Las proferidas inmediatamente antes de un ataque contra la vida o la integridad física pueden considerarse incluidas en éste a través de un fenómeno de progresión delictiva, de modo que serán conjuntamente sancionadas con la pena del delito más grave. E igualmente, en algunos casos, puede considerarse un acto copenado las amenazas proferidas contra la víctima inmediatamente después de finalizar la comisión del delito contra la vida o la integridad física. Sin embargo, deben pensarse separadamente cuando entre las amenazas y el delito contra la vida o la integridad física exista una separación temporal suficiente para considerarlos acciones distintas, cada una de ellas con su propio contenido de injusto independiente de la otra. La absorción que provoca y exige el delito más grave en algunos casos hemos señalado que se lleva a cabo porque el desvalor de la conducta se integra en el delito final que consume, en consecuencia, toda la antijuridicidad de la acción. Y ello, porque no es preciso en una secuencia de progresión de delito penar los diversos pasajes de tal progresión delictiva, si el resultado final, por su gravedad, consume toda la antijuridicidad de la acción». Véase también sobre la dificultad de atribuirle un contenido propio MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2020, marg. 3281.

⁶³ La mayor parte de la doctrina española admite esta definición del principio de consunción, así entre otros, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, p. 450; SANZ MORÁN, A. J., 1986, p. 125. Véase también MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2020, marg. 3283, aunque incluye el matiz de que la norma que resulta aplicable capta por completo o de manera suficiente el contenido de desvalor del hecho.

⁶⁴ MIR PUIG, S., 2016, p. 685.

midas en aquél”, exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penal en otro precepto legal (*lex consumpta*)»⁶⁵; ahora bien, «[...] la consunción de una norma solo puede admitirse cuando “ninguna parte injusta del hecho” queda sin respuesta penal, debiendo acudirse en otro caso al concurso de delitos. De este modo, el principio de absorción entraña que el injusto material de una infracción, acoge en sí injustos menores cuando estos se sitúan en una relación cuantitativa de inferioridad o subordinación respecto de aquella; lo que puede contemplarse –entre otros supuestos– cuando se aprecia una progresión en el comportamiento que ataca y buscan agredir a un mismo bien jurídico»⁶⁶.

Las diferencias con los principios de especialidad y subsidiariedad hay que buscarlas en que estos casos no pueden resolverse a partir solo de la comparación abstracta de los tipos concurrentes, sino que exige tener en cuenta el modo concreto en que se ha producido el hecho. Es en el espacio de la consunción donde se observa un punto de inflexión en lo que se refiere a las relaciones lógicas, pues hay que atender a ciertas relaciones empíricas. El pensamiento que domina es que con la realización de un tipo penal regularmente o de forma típica se realiza simultáneamente otro delito (hecho acompañante típico)⁶⁷. En relación con estos supuestos se considera que el legislador ha tenido en cuenta al establecer el marco penal del precepto que consume la realización del otro tipo; también se alude al principio de punición suficiente⁶⁸. En este ámbito sí existe unanimidad en determinados grupos de casos que se ve respaldada también por criterios consolidados

⁶⁵ SSTS 194/2017, de 27 de marzo (ECLI: ES: TS:2017:1067); 722/2018, de 23 de enero (ECLI: ES: TS:2019:91).

⁶⁶ STS 13/2018, de 16 enero (ECLI: ES: TS:2018:39). Véase también SSTS 491/2019, de 16 de octubre (ECLI: ES: TS:2019:3232) y 29/2020, de 4 de febrero (ECLI: ES: TS:2020:204). Cfr. MATUS, J. P., 2005, pp. 487 ss., que incluye aquí tanto los actos anteriores copenados (que otros incluyen en la subsidiariedad), actos propiamente acompañantes típicos o copenados y los actos posteriores copenados.

⁶⁷ También en la jurisprudencia se invoca esa idea: «[...] Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, supone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante– y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impone o acto copenado–» (SSTS 152/2018, de 2 de abril [ECLI: ES: TS: 2018:1285], 252/2018, de 24 de mayo [ECLI: ES: TS:2018:1892] y 49/2019, de 4 de febrero [ECLI: ES: TS:2019:338]).

⁶⁸ Con más detalle MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2020, marg. 3257.

en la jurisprudencia. Así, conforme al principio de consunción, se indica que las lesiones leves (art. 147.3 CP) ocasionadas en un robo violento o las lesiones psíquicas derivadas de una violación no se castigarían autónomamente⁶⁹.

Más dudas plantean otros casos que también se incluyen bajo la idea de consunción: los denominados hechos posteriores impunes o copenados (referidos a la comisión de un segundo delito que tiene como fin asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo). La jurisprudencia exige para poder hablar de acto copenado «que entre el hecho previo o posterior, y el principal, exista una relación de tal índole o naturaleza que permita afirmar que el legislador, a la hora de prever la pena para el tipo de delito en el que encaja el hecho principal, ha tenido ya en cuenta la previa o subsiguiente realización de ese otro hecho; y por otra, que el legislador no haya decidido que ese acto de aprovechamiento, aseguramiento o de autoprotección, deba sancionarse autónomamente, entre otras razones, en atención a una especial protección del bien jurídico que conculcan, diverso del delito al que subsiguen, o por entender, que precisamente este bien jurídico no ponderado en el delito inicial, justifica que deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal [...]»⁷⁰.

La inclusión de estos supuestos en el ámbito del concurso de leyes es más problemática ya que, a diferencia del resto de supuestos, en principio se trata de dos hechos diferenciados (la definición habitual de concurso de leyes se refiere a un mismo hecho). En opinión de Matus, junto al principio *non bis in idem* que explica los principios de especialidad, subsidiariedad y alternatividad, hay que dar entrada al principio de insignificancia. Según este principio «cuando en la concurrencia de dos o más normas, la intensidad criminal (fáctica) de uno o varios hechos o de la parte del hecho subsumible en una o varias de las normas concurrente es *insignificante* respecto al hecho o parte del hecho que aparece (fácticamente) como *principal*, estamos ante un concurso de leyes que se resuelve conforme al principio de consunción [...]»⁷¹.

El último de los principios que incluye el artículo 8 del CP es el de alternatividad (también denominado de subsidiariedad impropia⁷²). La regla 4.^a del

⁶⁹ En relación con las lesiones psíquicas véase por ejemplo SSTS 376/2017, de 24 de mayo (ECLI: ES: TS:2017:2042) y 501/2018, de 24 de octubre (ECLI: ES: TS:2018:3699) sobre lesiones físicas y psíquicas vinculadas a los delitos contra la libertad sexual. Más ejemplos sobre la consunción extraídos de la jurisprudencia en DELGADO SANCHO, C. D., «Concurso de normas y concurso de delitos. La prisión permanente revisable y la punición del concurso medial», *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, 44, octubre-diciembre 2016, pp. 207-208.

⁷⁰ SSTS 238/2016, de 29 de marzo (ECLI: ES: TS:2016:1509); 158/2018, de 5 de abril (ECLI: ES: TS:2018:1284).

⁷¹ MATUS, J. P., 2005, p. 490.

⁷² ORTS BERENGUER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J., 2020, p. 81.

artículo 8 establece que, en caso de que no sean aplicables ni los principios de especialidad, ni subsidiariedad, ni consunción, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor. El principio de alternatividad es el que siempre ha suscitado más dudas en la doctrina primero porque se cuestiona la necesidad de que se consigne este principio (ya relegado en países como Alemania e Italia) y, en segundo lugar, por la diversidad de opiniones en torno a su conceptualización.

Una definición del principio de alternatividad construida sobre la relación que se establece entre tipos penales que contienen elementos contrapuestos y se excluyen recíprocamente (que tiene su origen en Liszt y Honig)⁷³ está abandonada. Ahora el concepto de alternatividad se explica desde tres orientaciones distintas:

a) Por una parte se reconoce que, aunque tenga naturaleza subsidiaria es necesario para resolver ciertos defectos de técnica legislativa para los casos en que el mismo delito se halla previsto en dos preceptos legales distintos⁷⁴. Esta concepción entronca con la idea sugerida por Finger de limitar el principio a supuestos en los que una acción se subsume bajo diversos preceptos, sin que de las leyes concurrentes se desprenda bajo cuál de ellas debe subsumirse⁷⁵. Sin embargo, este planteamiento ha suscitado las críticas de la doctrina. Sanz Morán ha manifestado que carece de sentido gravar al reo con los errores del legislador. Parece más acorde con el principio de intervención mínima acudir al criterio opuesto *in dubio benignius* en estas hipótesis⁷⁶. También Aguado Correa se cuestiona la constitucionalidad del criterio de alternatividad teniendo en cuenta la consagración constitucional del principio de proporcionalidad en sentido amplio y, por consiguiente, del principio de proporcionalidad en sentido estricto: si los anteriores criterios de solución del concurso de leyes penales no han podido ser aplicados, tampoco se encontraría una justificación material para aplicar el precepto más grave y ello supondría una infracción del principio de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁷.

⁷³ Al respecto véase ESCUCHURI AISA, E., 2004, p. 268. Sobre el origen del principio véase SANZ MORÁN, A. J., «Alternatividad de leyes penales», en Asúa Batarrita (ed.), *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989, pp. 663 ss.

⁷⁴ En la STS 376/2017, de 24 mayo (ECLI: ES: TS:2017:2048) el TS vincula el principio de alternatividad en relación con casos en que una conducta encaja indistintamente en varias normas sancionadoras. Asimismo, la STS 39/2020, de 6 de febrero (ECLI: ES: TS:2020:447) apela al principio de gravedad si un mismo hecho está recogido, con todas sus características, en dos preceptos distintos. Véase también GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 8», en Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, tomo I*, Pamplona, (Thomson Reuters Aranzadi), 2015, p. 123.

⁷⁵ Cita tomada de SANZ MORÁN, A. J., 1989, p. 668.

⁷⁶ SANZ MORÁN, A. J., 1998, p. 81.

⁷⁷ AGUADO CORREA, T., «Nuevas tendencias jurisprudenciales en las relaciones entre los delitos de tráfico de drogas y contrabando», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, 2000, p. 260.

Con todo se sigue defendiendo la aplicación del principio de alternatividad para «evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica»⁷⁸.

b) Una segunda perspectiva ve en el principio de alternatividad una expresión formal de la consunción al entender que un mismo hecho aparece recogido en varios preceptos desde puntos de vista distintos, pero uno de ellos excluye al otro porque precisamente lo absorbe⁷⁹.

c) Y, en tercer lugar, se intenta buscar un ámbito de aplicación propio al precepto huyendo de la calificación de estos supuestos como errores legislativos. Para ello se recurre a la idea de interferencia entre los preceptos. El principio de alternatividad vendría a resolver el concurso entre preceptos que presentan una zona común y otra privativa (se corresponde gráficamente con dos círculos secantes): hay casos que realizan solo uno de los tipos, otros que realizan el otro, y hay casos que realizan simultáneamente ambos⁸⁰. En esta línea se inscribe el planteamiento de Obregón García: «Es justamente en estos supuestos de interferencia (llamados por un sector de la doctrina italiana como de «especialidad bilateral o recíproca» y que también podríamos denominar de especialidad imperfecta), en los que los preceptos en concurso describen una parte sustancial del hecho sin abarcar por completo todos los elementos del

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, p. 450. También en este sentido RAMOS TAPIA, M. I., 2021, p. 66. Cfr. MALDONADO FUENTES, F., 2020, p. 518, quien vincula la alternatividad a errores legislativos. Sin embargo, considera que en términos absolutos no procede aplicar el criterio tradicional de la mayor pena, sino que se debe recurrir a los demás criterios que ofrece la doctrina para resolver las antinomias (norma superior, posterior o especial) destacando especialmente el criterio cronológico que da preferencia a la ley posterior (estos casos de identidad se explicarían por el carácter dinámico del Derecho).

⁷⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 4.ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, (PPU), 1994, p. 156. Quien añade además (refiriéndose al Código Penal de 1973) que si el desvalor de ambos fuese igual y las penas diferentes y por tanto de forma exclusivamente formal hubiese que aplicar la pena más grave (art. 68), habría un fallo legislativo, en cuyo caso procedería aplicar el artículo 2, párrafo 2 del Código Penal.

⁸⁰ Esta idea de alternatividad ya surgió al intentar resolver, durante la vigencia del Código Penal de 1973, los debatidos casos en que se daba muerte a un pariente concurriendo, además, alguna de las circunstancias del asesinato. Como se recordará dicho problema concursal se originó tras la reforma de 25 de junio de 1983 que elevó la pena del delito de asesinato (reclusión mayor en grado máximo) hasta ese momento igual a la del parricidio (reclusión mayor en toda su extensión). Aunque el Tribunal Supremo sostuvo que la relación entre ambos preceptos era la de especialidad, sus argumentos no convencieron a la doctrina. Esta, también a favor de la calificación del concurso de leyes, consideró mayoritariamente que era el principio de alternatividad al que había que acudir para solucionarlos. No era posible afirmar la relación de especialidad (ya que ambos delitos son especiales frente al homicidio, pero no entre ellos), tampoco una norma era subsidiaria frente a la otra, ni tampoco señalar que el desvalor de una de ellas queda consumido en la otra, así pues, solo quedaba como principio aplicable el de alternatividad. Al respecto véase GRACIA MARTÍN, L., «El parricidio», en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1993, pp. 167 ss. y pp. 174 s., donde fundamentaba la solución de apreciar un concurso ideal.

mismo, donde adquiere vigencia la regla 4.^a del artículo 8». Entre estos casos incluye el concurso de varios tipos cualificados de un mismo tipo básico o el que se plantea entre un tipo cualificado en grado de tentativa y el correspondiente tipo básico en grado de consumación⁸¹.

En la jurisprudencia reciente el TS invoca el principio de alternatividad en los siguientes casos:

1. Entre el delito uso de tarjetas de crédito o débito falsas (art. 399 bis apdo. 3) y el delito de estafa agravada del artículo 250.1.5.º (por ejemplo, por superar los 50.000 euros) habría una relación de alternatividad, ya que carece de sentido dice el TS privilegiar una estafa mediante la utilización de tarjeta de crédito falsificada que la generada mediante otro medio engañoso⁸².

2. En relación con la estafa procesal que queda en grado de tentativa y la estafa consumada (por haberse realizado el acto de disposición patrimonial sin llegar a una decisión judicial) también se recurre al principio de alternatividad. Dice el TS: «Normalmente prevalecerá la estafa ordinaria en grado de consumación con una penalidad superior (prisión de seis meses a tres años), al subtipo agravado en grado de tentativa (prisión de seis meses a un año menos un día, más multa). Las dos tipificaciones gozan de igual nivel de especialidad. No es aplicable tal criterio –*lex specialis derogat generalis*– que con carácter preferente establece el artículo 8 CP. La calificación como estafa procesal en grado de tentativa contempla el buscado mecanismo de provocar error en el órgano judicial, pero no valora que el perjuicio patrimonial se ha obtenido realmente. La calificación como estafa ordinaria consumada toma en consideración este relevante dato, pero no refleja de ninguna forma el plus de gravedad que significa haber intentado instrumentalizar al juez para la defraudación. Hay un núcleo común que contemplarían ambas calificaciones. Pero al mismo tiempo cada una de ellas introduciría un elemento adicional no abarcado por la otra. En esas condiciones las reglas del concurso de leyes nos llevan al principio

⁸¹ OBREGÓN GARCÍA, A., «Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4.^a del artículo 8 del Código Penal», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 74, mayo-agosto 2008, pp. 72-73. También aluden a la idea de interferencia CARNEVALI RODRÍGUEZ, R./SALAZAR CENTENO, C., «El principio de alternatividad como cláusula de cierre dentro del concurso de leyes», *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 49, jul-dic., 2020, p. 26 y GIL GIL, A., «Unidad y pluralidad de delitos», en Gil Gil y otros, *Curso de Derecho penal*, PG, Madrid, (Dykinson), 2015, p. 719. Según esta última autora son tres los motivos por los que se plantean estas situaciones: a) los distintos preceptos responden a un mismo motivo de forma que basta con aplicar uno solo de ellos; b) los preceptos responden a valoraciones distintas del ordenamiento, pero la existencia de la zona común impide que se puedan aplicar ambos; c) es una mala técnica legislativa la que provoca el solapamiento y la desproporción entre los preceptos.

⁸² STS 998/2016, de 17 de enero (ECLI: ES: TS:2017:41).

de alternatividad (art. 8.4 CP). [...] Queda no obstante a salvo la necesidad de evaluar ese factor que comporta una mayor gravedad de la conducta, para valorarlo en el momento de individualizar las penas por la vía del artículo 66 CP. Es una porción del injusto no abarcada por la tipicidad aplicada»⁸³.

3. En los casos de falsedad en documento privado realizada como medio para cometer un delito de estafa se considera que teniendo en cuenta que el delito de falsedad exige que se haga con la intención de perjudicar a otro (precisamente uno de los elementos del delito de estafa), habrá que aplicar las reglas del concurso de leyes. Así dice el TS: «Por regla general, la estafa absorberá la falsedad en la medida en que el perjuicio efectivamente causado engloba el engaño y ánimo de perjudicar. Sin embargo, en algunos supuestos particulares se abre paso, por el principio de alternatividad, la regla de la sanción más grave del n.º 4 del artículo 8 CP. En concreto cuando la estafa no haya llegado a perfeccionarse (entre otras SSTS 860/2013, de 26 de noviembre, o 195/2015 de 16 de marzo), pues en tales casos al no haberse alcanzado el propósito defraudatorio, ambas infracciones tienen el mismo grado de especificidad, señala la jurisprudencia. Además, resulta contrario a la lógica que el autor de un delito de falsedad en documento privado se viese privilegiado por el hecho de haber intentado o cometido además una estafa»⁸⁴. Por tanto, el concurso de normas entre el delito de falsedad en documento privado y el delito de estafa en grado de tentativa determina la imposición de la pena correspondiente al delito más grave (el de falsificación de documento privado del art. 395 CP).

4. En las relaciones del delito de acusación o denuncia falsas (456) y el delito de falso testimonio (458.2) si bien a veces se apela a relaciones de especialidad o se considera la declaración falsa como un acto posterior impune, considera el TS que esta última tesis no tiene en cuenta que el falso testimonio posterior incide de manera especialmente reprochable en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de una forma más intensa que el propio delito de denuncia falsa. A esto se añade que se trataría de forma más gravosa al mero autor de un falso testimonio que al que, además de cometer ese delito, hubiera dado lugar a que se inicie la causa con la presentación de una denuncia falsa. Por ello considera más adecuado aplicar el criterio de alternatividad y castigar por el delito que tenga asignada mayor penalidad, aunque reconoce que se trata de un supuesto de progresión delictiva⁸⁵.

⁸³ STS 381/2013, de 10 de abril (ECLI: ES: TS:2013:1933).

⁸⁴ STS 674/2020, de 11 de diciembre (ECLI: ES: TS:2020:4222).

⁸⁵ SSTS 252/2018, de 24 de mayo (ECLI: ES: TS:2018:1892) y 35/2021, de 21 de enero (ECLI: ES: TS:2021:69).

Se trata de supuestos heterogéneos que no necesariamente se identifican con las definiciones previas relativas al principio de alternatividad. En el primero de los ejemplos mencionados no existe una duplicidad legislativa, sino más bien una omisión o laguna (en tanto que no está prevista una agravación de la estafa cometida mediante el uso de tarjetas de crédito o débito falsas cuando la cuantía supera los 50.000 euros); con el recurso al principio de alternatividad se intenta corregir el desequilibrio penológico en relación con otros supuestos de estafa. Los otros casos plantean relaciones entre delitos que se resolverían –si ambos estuviesen consumados– a través de los principios de especialidad (así la relación entre la estafa procesal y la estafa), o consunción (falsedad en documento privado y estafa). Sin embargo, en la medida en que el tipo especial o preferente ha quedado en grado de tentativa y resulta castigado con menos pena que el tipo general o consumido, se recurre al principio de alternatividad. Se pretende así corregir un desajuste penológico, pero no se puede obviar la necesidad de tener en cuenta en la determinación de la pena algunos aspectos del hecho que no han quedado abarcados por el tipo aplicable. Esto lleva a preguntarse si en realidad, para poder abarcar todo el contenido de injusto, habría que acudir a las reglas del concurso ideal de delitos.

3. ¿Otro enfoque del principio de alternatividad? El principio de alternatividad como recurso para resolver problemas de identidad

Aunque el principio de alternatividad es el último de los principios consignados en el artículo 8 de nuestro Código Penal y se le haya atribuido un papel residual en el sentido de que solo resulta aplicable en el caso de que los otros no lo sean, a mi modo de ver, ha sido el criterio que ha servido a la doctrina dominante para establecer una preferencia del principio *non bis in idem* frente al de íntegra valoración. A través de la regla de alternatividad la doctrina ha evitado la apreciación de un concurso ideal de delitos en aquellos casos en los que los tipos concurrentes presentan un núcleo de injusto común, pero también elementos de injusto diversos; de esta manera el principio de alternatividad ha suministrado la solución de aquellos supuestos que no encajan en la definición de concurso de leyes (y que no responden a la idea de especialidad, ni de subsidiariedad ni de consunción), pero que tampoco quieren ser desplazados al campo del concurso ideal de delitos.

Esta idea de que se ha dado preferencia al concurso de leyes frente al de delitos está presente en la doctrina. Así en opinión de Quintero Olivares, que se haya mantenido el criterio de alternatividad junto al resto de criterios supo-

ne «una configuración generosa del concurso de leyes en detrimento del concurso ideal de delitos». Y, añade, que aunque puede cuestionarse que los supuestos en los que dos hechos puedan calificarse íntegramente a través de dos normas, pero estando castigados por una más que por otra y sin que haya especialidad ni consunción sean supuestos de concurso de leyes, «la fuerza del artículo 8 del CP/1995 obliga a aceptar que el legislador decidió *ampliar el ámbito del concurso de normas reduciendo el correspondiente al concurso ideal de delitos*, como vía para resolver los conflictos normativos parciales, coonestándolos con el principio de “íntegra valoración jurídica del hecho” tendencia si se quiere antagónica con la restricción del concurso ideal en favor del real llevada a cabo por el artículo 77 CP»⁸⁶.

El planteamiento anterior no encaja, sin embargo, con la definición del concurso de leyes. Recordando de nuevo las palabras de Gracia Martín, no se debe pasar por alto que cuando se dejan sin valorar aspectos del hecho ya no estamos ante un concurso de leyes, puesto que «en el concurso de leyes, la [ley] aplicada desplaza absolutamente a la preterida y no hay que añadirle nada más porque aquélla ya capta exhaustivamente lo injusto y la culpabilidad del hecho»⁸⁷. Esto nos lleva a la conclusión de que el principio de alternatividad no resulta aplicable en aquellas hipótesis en que concurren tipos que tienen elementos de injusto comunes junto a otros diversos. Hacer coincidir el principio con supuestos de interferencia (lógica) entre tipos sin más no explica el contenido del principio que, no olvidemos, es un criterio de solución del concurso de leyes penales (es decir, aplicable a supuestos donde uno de los preceptos abarca el contenido de injusto del otro). Sin más referencia que la lógica el criterio no encuentra justificación ya que ¿por qué razón ha de prevalecer el precepto que contiene la pena más grave si no es capaz de abarcar aspectos de injusto contenidos en el menos grave? Estos casos o bien tendrán cabida en los principios de subsidiariedad o consunción o bien será preciso acudir a las reglas del concurso ideal de delitos para poder abarcar la totalidad del contenido de injusto (que será la hipótesis más frecuente).

Tampoco resulta aceptable un entendimiento del principio de alternatividad como criterio que evite o solucione errores de coordinación legislativa en el plano punitivo por varios motivos: una interpretación en este sentido del principio de alternatividad es contraria al principio de vigencia en tanto que conlleva la «inutilización de uno de los preceptos» que nunca va a poder ser aplicable; en segundo lugar, si siempre que se constate un defecto se aplica el

⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, G., 2016, p. 112.

⁸⁷ GRACIA MARTÍN, L., 1993, p. 144.

principio se puede llegar a soluciones contrarias a lo dispuesto en el artículo 8 que le atribuye un carácter subsidiario respecto de los otros criterios allí recogidos (es decir, que si se constata una relación de especialidad, subsidiariedad o consunción no podrá soslayarse la aplicación de estos criterios); y, por último, se sigue sin responder a la cuestión de por qué, si efectivamente se constata un error legislativo, hay que resolverlo a través de la aplicación del precepto que establezca la pena más grave ya que desde esta perspectiva no puede hacer frente a las críticas que lo tachan de inconstitucional.

Frente a esos planteamientos consideramos que el principio de alternabilidad cumple una función dentro del concurso de leyes, pero no es la que actualmente se le atribuye. El principio resulta útil para resolver algunas constelaciones de casos que, al igual que en otros supuestos de concurso de leyes, son consecuencia de las características propias de los sistemas jurídico-penales compuestos por un sistema de tipos estructurados conforme a bienes jurídicos. En el conjunto de relaciones lógicas posibles que cabe establecer entre los tipos de un sistema mencionaba Klug –junto a la heterogeneidad, la interferencia y la subordinación– la relación de identidad, caracterizada porque todo hecho que cae bajo el tipo A cae también bajo el tipo B y viceversa. No obstante, este autor desestimó esta relación como explicativa de hipótesis de concurso de leyes, al considerar absurdo que el legislador elaborase dentro de un mismo sistema tipos idénticos. Desde luego es un sinsentido que el legislador redacte dos preceptos que describan exactamente el mismo comportamiento típico y les atribuya la misma amenaza penal. Aun cuando estableciesen distintas penas sería también desatinado proponer que esa relación de concurso de leyes se resuelva mediante un criterio que dé lugar a que la ley preferente y, por tanto, aplicable fuera siempre y en todo caso la misma. Si así fuera habría que llegar a la conclusión de que la ley desplazada es superflua porque no se aplicaría nunca. Ya lo destacó Mir Puig al señalar que, si llega a plantearse la situación de que no sean aplicables ni el principio de especialidad, ni el de subsidiariedad, ni el de consunción, es por un error o descuido del legislador que ha previsto el mismo hecho en dos preceptos; en este caso tampoco estaríamos ante un concurso de leyes, puesto que siempre habrá que aplicar el precepto más grave, quedando en consecuencia *derogado* el menos grave⁸⁸.

⁸⁸ MIR PUIG, S., 2016, p. 687. Añade, además: «Y, puestos a prever posibles errores del legislador, habría podido contemplarse también el del supuesto de que dos o más preceptos castiguen el mismo hecho con la misma pena. Es evidente que en este caso puede aplicarse cualquiera de ellos, pero también lo es que no es posible aplicarlos todos. Aunque este caso no esté previsto en el artículo 8 CP, debe resolverse del mismo modo indicado en virtud del principio de *non bis in idem* que el TC vincula al de legalidad».

Sin embargo, creo que es posible defender un concepto de alternatividad basado en la idea de identidad. Este concepto de alternatividad no es desconocido en nuestra doctrina. Claramente lo define Gimbernat Ordeig cuando escribe: «La alternatividad se distingue de las otras tres modalidades de concurso de leyes porque en ella las dos calificaciones en conflicto abarcan, no aspectos diferentes de la conducta, sino exhaustivamente todos los datos jurídico-penalmente relevantes»⁸⁹. También Matus considera que el grupo de casos al que se refiere la alternatividad «no es otro que el de los preceptos penales que se encuentran entre sí en una relación lógica de identidad, esto es, la que existe entre preceptos cuyo ámbito de aplicación es idéntico, aunque no lo sea su formulación lingüística, de manera que todos los casos que son subsumibles en uno de ellos, lo son también en el otro, y viceversa, y no es aplicable el principio de retroactividad más benigna, por haber sido promulgados los preceptos que se tratan a un mismo tiempo»⁹⁰. Explica, además, que, aunque esa duplicidad sea responsabilidad del legislador, ha sido él en definitiva el que ha valorado el hecho tanto con la pena más grave como con la más benigna.

Ahora bien, no es suficiente para definir el principio con constatar una relación de identidad, pues –al igual que sucede en los otros principios, incluido el de especialidad– tras el análisis lógico hay que dar entrada a aspectos teleológicos. Lo que definiría el principio de alternatividad es que, aunque los mismos «hechos» se incluyan en ambos preceptos, se valoran de distinto modo en un precepto (o en un grupo de preceptos) que en el otro. Como consecuencia de ello unas veces vendrá en aplicación una de las leyes, mientras que en otros casos será la otra (*o* una *u* otra). Será el sentido y finalidad de la regulación general el que facilite el criterio que permita acotar el respectivo campo de aplicación de cada una de las leyes concurrentes. El principio de alternatividad tiene, a diferencia de los otros criterios, un carácter residual.

Como ejemplo de lo anterior podríamos citar los supuestos en que el autor causa la muerte de una persona tras haber cometido un delito contra su libertad sexual. Estos hechos pueden encajarse bien en el artículo 138.2 CP o bien apreciando un concurso de delitos entre el artículo 138.1 y el correspondiente delito contra la libertad sexual. Ambas calificaciones son capaces de tener en cuenta todo el desvalor del hecho (supuesto de identidad). No obstan-

⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, tomo 43, 1990, p. 437; también en este sentido recalcando que la alternatividad no se define por una relación de círculos secantes, sino justamente por una relación de identidad, GRACIA MARTÍN, L., 1993, p. 173. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2020, marg. 3294, quien indica que teóricamente la relación lógica existente sería la de identidad, pero que en la práctica la regla se aplica en caso de interferencia.

⁹⁰ MATUS, J. P., 2005, pp. 480-481.

te, hay que tener en cuenta que el artículo 138.2 CP da cabida a «hechos diferenciables» pues incluye delitos contra la libertad sexual de muy distinta gravedad. De esta manera habrá supuestos que se reconducirán al artículo 138.2 y otros al concurso de delitos⁹¹.

En el Código Penal hay una referencia expresa al principio de alternatividad⁹² en el artículo 570 quater, que indica que cuando las conductas previstas en los artículos 570 bis y 570 ter, relativos a los delitos de organización y grupo criminal, estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código «será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8». Si lo que se pretendía era indicar el carácter subsidiario de estos delitos cuando estas conductas ya forman parte de otros delitos (como sucede en los tipos de la PE que incorporan una agravación por pertenecer a una organización o grupo criminal) no era necesaria una mención expresa a este principio pues la preferencia de los tipos específicos agravados por pertenecer a una organización o grupo criminal ya deriva de la aplicación de otros criterios del concurso (especialidad). De ahí que algunos autores y también en algunas resoluciones jurisprudenciales eludan la referencia expresa a la regla 4.ª del artículo 8 en favor del principio de especialidad. No obstante, la FGE abre la puerta al principio de alternatividad debido a que en algunos casos los subtipos agravados por pertenecer a una organización o grupo criminal tienen prevista una pena inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el delito del artículo 570 bis.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS PRINCIPIOS VERTEBRADORES DE LA DISTINCIÓN ENTRE CONCURSO DE LEYES Y DE DELITOS

Tras el análisis de los criterios recogidos en el artículo 8 CP termino con una reflexión de carácter general. El paralelismo establecido entre *non bis in idem* y bien jurídico, por un lado, y la prevalencia de dicho principio sobre el de íntegra valoración, por otro, ha condicionado la interpretación de las reglas de solución del concurso de leyes y, en cierto modo, ha derivado en una modificación del propio concepto de concurso de leyes. Y así, en determinados supuestos, se admite la aplicación de las reglas del concurso de leyes aun cuando la norma que se considera preferente no sea capaz de agotar o tener en cuenta

⁹¹ También en este sentido VIZUETA FERNÁNDEZ, J., 2014, pp. 4-5.

⁹² Véase en relación con esta previsión, las reflexiones de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2017, pp. 51 y s.

todo el desvalor del hecho por entender que la aplicación de varias genera un exceso punitivo (*bis in idem*). Sin embargo, como ha recalcado Gracia Martín, cuando se dejan sin valorar aspectos del hecho ya no estamos ante un concurso de leyes, puesto que «en el concurso de leyes, la [ley] aplicada desplaza absolutamente a la preterida y no hay que añadirle nada más porque aquella ya capta exhaustivamente lo injusto y la culpabilidad del hecho»⁹³. La figura concursal que dará cabida a los supuestos en los que mediante un solo hecho se realizan varias figuras delictivas, pero ninguna de ellas es capaz de comprender el desvalor que representa ese hecho es el concurso ideal. Una cuestión distinta es cómo debe articularse la respuesta penal para esta modalidad concursal de modo acorde al principio de proporcionalidad, cuestión que ya excede de los límites de este trabajo.

⁹³ GRACIA MARTÍN, L., «El asesinato», en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1993, p. 144. También la jurisprudencia: «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando “ninguna parte injusta del hecho” queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos» SSTs 20/2016, de 26 de enero (ECLI: ES: TS:2016:99); 13/2018, de 16 de enero (ECLI: ES: TS:2018:39) y 29/2020, de 4 de febrero (ECLI: ES: TS:2020:204).

LA APLICACIÓN DE LA CONCURRENCIA DELICTIVA POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO *

ANA FERRER GARCÍA **

De manera frecuente dogmática y jurisprudencia difieren sobre la aplicación de las normas en la resolución de conflictos, y, en ocasiones, el Tribunal Supremo los solventa de forma que las resoluciones no son del agrado de los destinatarios ni son compartidas por la Academia. A la hora de aplicar e interpretar las normas hay multitud de perspectivas y orientaciones, pero en esta intervención expondré algunas de las decisiones adoptadas con afán unificador por el Tribunal Supremo en supuestos de concurrencia delictiva, estrechamente vinculadas con el principio de proporcionalidad, como lo que son: normas para la determinación de las penas.

Hay criterios que están sólidamente asentados en la doctrina jurisprudencial y que se mantienen invariables a lo largo de los años, por ejemplo, la apreciación de un concurso de normas en los supuestos de concurrencia del delito de falsedad en documento privado y la estafa, que siempre se han resuelto con arreglo al principio de alternatividad; o aquellas que abocan a distintas fórmulas concursales en función de especiales circunstancias fácticas. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en la confluencia entre el delito de robo con violencia o intimidación y el de detención ilegal. Es decir, aquellos casos en los que, para procurar el apoderamiento patrimonial, se priva de liber-

* Relatoría de la ponencia oral, correspondiente a la segunda jornada del IV Seminario de Derecho penal de la UAM (30-06-2021), redactada por Rut Lopera Viñé (Contratada predoctoral FPI en el Área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid) y revisada por la autora.

** Magistrada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España.

tad a una persona. Existe una jurisprudencia que de manera uniforme y consolidada, según los presupuestos de aplicación, distingue entre concurso de normas, concurso ideal de delitos en la modalidad medial y concurso real. Se dará un concurso de normas que se resuelve por el criterio de absorción, en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tienen lugar durante el episodio central del apoderamiento, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer. De esta manera la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. Estaremos ante un concurso ideal de delitos en su modalidad medial en aquellas situaciones en las que la privación de libertad constituya un medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Finalmente, la relación será de concurso real en aquellos casos en los que la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aleje y desconecte notoriamente de su dinámica comisiva por su manifiesto exceso e indebida prolongación, de manera que no puede ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo.

Son criterios sólidamente asentados a lo largo de los años y que a día de hoy están consolidados. Si bien otros casos no están tan claramente delimitados como podría ser deseable. La razón de ello deriva en parte del continuo cambio al que está sometido el Código Penal de 1995. En su poco más del cuarto de siglo de vigencia, ha soportado cuarenta actualizaciones. Esa vertiginosa tendencia a la modificación impide que se consoliden líneas interpretativas con la deseable perdurabilidad. Estas continuas reformas van acompañadas, además, de la incorporación de nuevas figuras penales, muchas de las cuales no responden a los esquemas dogmáticos clásicos a los que estamos acostumbrados. En no pocas ocasiones son figuras novedosas vinculadas a los compromisos internacionales asumidos por España como miembro de la Unión Europea, o como signataria de distintos Tratados, que obligan a conformar estructuras típicas que nos enfrentan a problemas concursales que hace unos años no se suscitaban.

El cambio sufrido en la casación penal a raíz de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada en el año 2015 también ha sido un factor relevante. Hasta ese momento la revisión por vía de casación quedaba reservada para las condenas por delitos graves, mientras que los menos graves —es decir,

la mayor parte de las infracciones que sentencian cotidianamente los Juzgados de lo Penal— encontraban su techo de revisión en las Audiencias Provinciales. Y en este escalón proliferaban distintos criterios, respecto a los que solo se establecían pautas interpretativas generalizadoras cuando esas infracciones menos graves y leves accedían al escrutinio del Tribunal de casación vinculadas a otras graves. De esta manera la jurisprudencia en torno a ellas se fue conformando de manera residual o selectiva, sin la amplitud de análisis que permite un recurso directamente proyectado sobre sobre cada modalidad y sus distintas variables.

La reforma de 2015 solventó esta cuestión, diseñando una modalidad de casación que aunque más limitada, pues centra su espectro en el estricto control de legalidad supeditado al interés casacional, ha permitido al Tribunal Supremo pronunciarse sobre una abultada nómina de delitos que hasta ese momento quedaban por lo general extramuros de su ámbito de revisión. Este recurso de casación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal y revisadas en apelación por las Audiencias Provinciales, nos ha abierto un nuevo campo a la interpretación sobre figuras que hasta el momento habían quedado en cierto modo marginadas de esa función unificadora pretendida por la jurisprudencia.

Esta última vía ha propiciado recientemente pronunciamientos en torno a relaciones concursales, adoptados por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en algún caso sobre asuntos de gran proyección mediática, que abordaré en mi exposición. Si bien comenzaré por dos de las decisiones más trascendentes de los últimos años en materia de concursos, en ambos casos en procedimientos tramitados con arreglo a la legislación anterior a la reforma procesal del 2015, y ambos también debatidos por el Pleno de la Sala, pero en este caso de carácter no jurisdiccional. Una modalidad que permitía el debate y decisión sobre una cuestión doctrinal en abstracto, sin sujeción a un presupuesto fáctico específico. Como resultado del combate argumental se aprobaba un acuerdo, generalmente sintético, que después era desarrollado en la primera sentencia que aplicaba el mismo. Este tipo de acuerdos fueron generalmente criticados por la doctrina, precisamente por su carácter no jurisdiccional, aunque su destino era el ser aplicados en las sentencias. No es el momento de defender o denostar esa práctica que en la actualidad ha sido abandonada a favor de los Plenos jurisdiccionales, sobre todo al hilo de la nueva modalidad de recurso de casación, el que afecta a infracciones menos graves, supeditado a la existencia de un interés casacional. El que cualquier pronunciamiento sea fruto de una decisión jurisdiccional adoptada tras su deliberación por el Pleno le otorga un reforzado valor jurisprudencial, sin necesidad de reiteración.

1. STS 717/2014, DE 29 DE ENERO DE 2015

En el año 2014 –anterior a la reforma del Código Penal de 2015– llegó a la Sala Segunda un caso que iba a ser relevante no tanto por la solución que iba a tener en concreto, sino porque permitió elaborar un acuerdo que a partir de ese momento se iba a mantener de forma unánime. El origen de la decisión se encuentra en un caso de conducción temeraria, que generó riesgo para la vida de los ocupantes del vehículo. Se trataba de unos jóvenes que, tras salir de fiesta en el puerto de Barcelona, vuelven a casa en coche y, durante el trayecto el conductor se siente agraviado y empieza a conducir de forma temeraria, saliéndose de los viales y arrojando el coche al mar. Todos consiguen salir del vehículo. El debate, una vez se decantó la Sala por apreciar la existencia de dolo en el acusado, se proyectó sobre si los hechos de debían penar como concurso ideal del artículo 77.1 CP, que no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante, o como cuatro delitos de homicidio intentados en concurso real. Se trataba de dilucidar si es proporcional penar como un solo delito la tentativa de cuatro muertes, aunque deriven de la misma acción, y si esa pena es adecuada a la culpabilidad del sujeto más allá de la imputabilidad del autor o las atenuantes concretas del caso.

Se suscitaba así una cuestión respecto a la que no existía una línea jurisprudencial unitaria. Las posturas habían oscilado entre resoluciones que consideraron desproporcionado prescindir de la pluralidad de resultados que se causaban en cada caso, las que se habían decantado abiertamente por el concurso ideal, como la conocida sentencia del caso de la Colza, o aquellas que otorgaban distinto tratamiento según la categoría del dolo, reconduciendo al concurso ideal aquellos casos en los que se apreciaba dolo eventual, y al concurso real cuando se trataba de dolo directo. Si bien la Sala se iba decantando cada vez más hacia la consideración del concurso real sobre todo en consideración al principio de proporcionalidad, y de modo muy especial cuando la controversia se proyectaba sobre delitos de terrorismo. En este tipo de comportamiento surgía la cuestión: Al que coloca una bomba y mata a ocho personas, ¿solo se le condena por un homicidio?, ¿es lo mismo un resultado de muerte que ocho resultados de muerte? Especialmente acuñada sobre sucesos de este tipo, la línea jurisprudencial que se decantaba por el concurso real cada vez adquirió más respaldo dentro de la Sala Segunda.

La relevancia de la cuestión, y la oportunidad que planteaba el asunto, animó a los cinco Magistrados integrantes de la Sala llamada a decidir, a deri-

var la controversia a un debate plenario, en el afán de respaldar con el máximo refrendo una línea interpretativa que habría de marcar la jurisprudencia futura.

En el pleno que tuvo el 20 de enero de 2015, tras un profundo debate, se acordó que *«los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen 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 Cp), salvo la existencia de la regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp)»*. Acuerdo que desarrolló la sentencia que dio respuesta al recurso en el que había surgido la discrepancia, al ser la primera que lo aplicó, la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, de la que fue ponente el Magistrado Andrés Martínez Arrieta. Despejados otros problemas suscitados, la citada sentencia aborda la cuestión de la concurrencia delictiva en su fundamento quinto, en el que se destaca como principal motivo de la decisión la quiebra del principio de proporcionalidad de la pena que implica reconducir estos supuestos al caso de concurso ideal. Es decir, casos en los que a consecuencia de una acción se producen una pluralidad de resultados abarcados por el dolo del autor, de los que se prescinde a la hora de establecer la penalidad. En principio, el pronunciamiento se refiere a los delitos contra la vida. Se explica que el homicidio es un delito que se completa con un resultado de muerte, pero el acuerdo proyecta su efectividad en general sobre los delitos que afecten a bienes eminentemente personales.

Se explica que el citado acuerdo refrenda la que ha sido la jurisprudencia clásica sobre el régimen de concurrencia de los delitos con pluralidades de resultados que afectan al mismo bien jurídico, causales a una única acción. Y se especifica que el mismo no afecta a concurrencias sobre las que no existe una divergencia jurisprudencial, como los supuestos que se encuadran en la unidad natural de acción que absorbe los plurales resultados que afectan a un único titular del bien jurídico; la concurrencia de una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción reconducidos al concurso ideal heterogéneo del artículo 77; o de una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia.

Las justificaciones que se dan son varias. La ya mencionada quiebra del principio de proporcionalidad. En segundo lugar, el propio tenor literal del artículo 77.1 CP que se refiere a *hecho*, expresión comprensiva de la acción y el resultado, por lo que existen tantos delitos como titulares de bienes ofendidos, cuya concurrencia aboca al concurso real. También se valoró como otro de los argumentos de apoyo que el artículo 77 CP presupone en su aplicación la concurrencia de figuras delictivas que llevan asociadas distinta penalidad.

No lo dice expresamente, pero así se deduce al reconducir a la aplicación de la infracción a la que corresponda la pena más grave, de manera que, proyectada la norma sobre concursos ideales homogéneos, quebraba la construcción.

Esas son las razones fundamentales que se reúnen para justificar lo que en definitiva pretendió la decisión, acomodar la proporcionalidad de la pena a la entidad del comportamiento, manteniendo, sin embargo, otros pronunciamientos que estaban ya consolidados.

2. STS 538/2016, DE 17 DE JUNIO

El criterio analizado, que desarrollo la STS 717/2014, ha servido de pauta interpretativa en otros casos. Por ejemplo, en la interpretación respecto a la estructura y configuración del delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, al que se refiere el segundo acuerdo plenario que ya he avanzado analizaría.

La introducción del delito de trata de seres humanos como una figura delictiva con sustantividad propia a partir de la reforma del 2010 (LO 5/2010) y los retoques de la reforma de 2015 (LO 1/2015), provocaron grandes e importantes problemas concursales. No sólo aquellos que se proyectaban entre la actividad de trata y las que integran la finalidad que aquella persigue. Por ejemplo, la trata que acababa con el ejercicio de la prostitución forzada de las víctimas, supuesto en el que nuestra jurisprudencia se ha decantado hacia el concurso ideal medial. Es cierto que el propio precepto contiene una cláusula concursal en el apartado 177 bis 9, a tenor del cual, «En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación». Si bien hemos interpretado que la misma, aunque aboca a la concurrencia delictiva, no especifica es a qué tipo de concursos se refiere. Y así hemos apreciado el concurso real en el caso de que el delito de trata conviva con ataques contra la integridad moral de las víctimas, en los casos de aborto o agresiones sexuales y cuando concurre con un delito de inmigración ilegal; y medial cuando lo que se pretende son algunas de las finalidades –como el delito de la prostitución forzada.

La decisión de mayor calado de las que hemos adoptado en relación con el delito de trata de seres humanos incidía sobre su propia configuración, y tiene mucho que ver con los problemas concursales. Nos preguntamos: ¿el delito de trata de seres humanos protege a un sujeto individual o a un sujeto colectivo? Las dos posibles respuestas a esta pregunta marcan una diferencia sustancial,

porque si entendemos que el delito de trata de seres humanos tiene como sujeto a una colectividad, nos encontraríamos ante un solo delito de trata, cualquiera que fuera el número de personas que resultaran involucradas como víctimas. Sin embargo, si entendemos que el sujeto es individual, habría tantos delitos de trata como víctimas se vieran afectadas. La incidencia en la penalidad es más que notoria. La realidad demuestra que las distintas investigaciones detectan la involucración de una pluralidad de personas que de uno u otro modo son captadas con fines de explotación, pluralidad personal que proyectada hacia una multiplicidad delictiva, incrementa exponencialmente la penalidad.

Esta cuestión también fue llevada a Pleno, también en este caso no jurisdiccional, que tuvo lugar el 31 de mayo de 2016 y en el que, tras un arduo debate, se llegó al Acuerdo a partir del cual la jurisprudencia ha sido unánime: *«El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real»*.

Este acuerdo fue por primera vez aplicado y desarrollado por la STS 538/2016, del 17 de junio, bajo la ponencia del Magistrado Julián Sánchez Melgar. El sustento fundamental de la decisión se encuentra en el carácter eminentemente personal de los bienes jurídicos que la tipicidad analizada pretende proteger, la dignidad y la libertad de las víctimas sometidas a esa forma de explotación. Ese carácter eminentemente personal exigía que la configuración del sujeto también fuera personal e individual. Si bien, en el desarrollo argumental que apoya la decisión, se utiliza como parangón el acuerdo de diciembre de 2014 en relación a una acción dolosa que provoca varios resultados homogéneos, al que nos acabamos de referir, y que reconduce tales supuestos al concurso real.

3. STS 339/2021, DE 23 DE ABRIL

En fechas muy recientes el Tribunal Supremo ha dictado sentencia en un asunto de especial trascendencia mediática. Una mujer española casada con un italiano, con el que tuvo dos hijos. La familia fijó su residencia en Italia. Aprovechando unas vacaciones, la madre se desplazó junto con los dos hijos menores a España, negándose a regresar junto con el esposo alegando que el mismo la maltrataba (con anterioridad había sido condenado por maltrato). El padre obtuvo de la Justicia italiana la guarda y custodia de los hijos, lo que le sirvió de base, invocando el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, para reclamar su devolución al hogar familiar, pretensión que fue atendida por la

Justicia española, si bien la madre se negó a que los niños regresaran con el padre. A razón de tal negativa fue condenada como autora de dos delitos de sustracción de menores del artículo 225 bis CP. Ha sido un caso polémico, con una importante repercusión social, que nos ha proporcionado el soporte idóneo para interpretar el delito de sustracción de menores en un aspecto sobre el que hasta el momento no nos habíamos pronunciado como Tribunal de casación.

El delito de sustracción de menores es de frecuente aplicación, con distinta trascendencia y con muy diferentes perfiles de ejecución. En este caso, el extremo controvertido fue el de determinar si al afectar la conducta típica a dos menores nos encontrábamos ante dos delitos o solo uno. La decisión se avocó al Pleno de la Sala Segunda del TS, y quedó resuelta en la STS 339/2021, de 23 de abril, de la que fue ponente el Magistrado Andrés Palomo del Arco. No fue un pronunciamiento unánime. La exhaustividad de la sentencia da cuenta de las bases que sustentaron la decisión mayoritaria e integrada por el voto particular que recoge los sólidos argumentos de quienes disintieron de tal parecer, dan buena cuenta del debate subyacente.

El parecer mayoritario concluyó la comisión de un solo delito. Y lo hizo ponderando distintas factores a partir de definir el bien jurídico protegido por el delito de referencia como: «Se tutela la paz en las relaciones familiares conforme enseña su ubicación en el Código Penal, a través de un tipo penal que se configura como infracción del derecho de custodia, en directa inspiración, pero con autonomía propia, de la definición de secuestro ilegal contenida en el Convenio de la Haya, en evitación de que la custodia sea decidida por vías de hecho, al margen de los cauces legalmente establecidos para ello». Se hizo una exposición de los antecedentes de esta figura penal, los motivos de su incorporación al Código Penal e incluso sobre las exigencias de la pena –muy vinculadas a la posibilidad de dotar de efectividad a instrumentos internacionales de persecución a través de la Orden Internacional de Detención en el caso de secuestros parentales en los que los menores son llevados a otro país.

Para sustentar la decisión se valoraron la ubicación del artículo 225 bis en el Código Penal, entre los delitos contra los derechos y deberes familiares, y las concomitancias con otros delitos con los que comparte como objeto de protección el mantenimiento de la paz en las relaciones familiares. En concreto el delito de maltrato habitual del artículo 173, único y diferenciado de los concretos actos de agresión subyacentes, aunque estos se desplieguen sobre distintos miembros de la familia que comparten ámbito convivencial, y ello pese a su ubicación en el texto penal entre los delitos que protegen un bien eminentemente personal como la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE), directa manifestación de la dignidad humana.

Se otorgó relevancia a la consideración de que el derecho de custodia quebrantado es el del progenitor, y que la desestabilización de las relaciones familiares que conlleva es la que se proyecta sobre el menor desplazado o retenido. No se valora cuál es aquella situación que va a ser mejor para los menores, porque pudiera darse el caso de que estuvieran mejor con el cónyuge sustractor. Además, en el supuesto de que hubiere más menores no desplazados, también resultarían potencialmente afectados por el enrarecimiento de sus relaciones familiares, aunque sobre ellos no pivote el derecho de custodia quebrantado. Todos ellos quedan privados de esa relación, tanto con el menor distanciado o retenido, como con el progenitor que decide desconectar su relación; de modo que resultarían afectados en similar medida a si hubieran sido desplazados o retenidos de forma conjunta con el otro hermano. En definitiva, es la familia como unidad la que se ve afectada, sin olvidar como principio rector el del superior interés de los menores. Argumento que se refuerza indicando «Y aunque deben ponderarse criterios contrapuestos, de modo que no debe entenderse que favorezcamos, desplazar a todos los menores que integren el núcleo familiar en caso de su sustracción por un progenitor, tampoco resulta oportuno como política criminal, en contra del criterio general del artículo 92.5 CC, adoptar soluciones concursales que favorezcan punitivamente la separación de los hermanos.

Ciertamente el progenitor víctima, soportaría mayor aflicción con la privación de su relación con dos hijos, que con uno solo y ello según los casos, podría ser ponderado en la individualización de la pena, por la mayor gravedad del hecho, pero la ruptura de la paz en las relaciones familiares no conlleva de modo significativo una diversa alteración, cuando el traslado o la retención se realiza por el progenitor en el mismo acto en relación a un hijo que con dos».

Por último, otro de los factores de relevancia, íntimamente vinculado con el principio de proporcionalidad, fue el de la entidad de la pena prevista en el artículo 225 bis, en relación con otros tipos que comparten ubicación en el texto penal.

Quienes manifestaron una opinión disidente, enfatizaron que si el bien jurídico a proteger es el derecho a la vida privada y familiar de los menores, de cada uno de los menores, proyectado en su derecho a la relación parental armónica con ambos progenitores, libre del abuso de poder y la arbitrariedad de uno de ellos, la consecuencia es que dada la acción típica –la sustracción o la retención (o ambas como en el caso que nos ocupa)– habrá tantos delitos en concurso real como menores se hayan visto afectados. La naturaleza personal del bien jurídico lesionado –la vida privada y familiar–, su íntima relación, además, con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, justifica su tratamiento concursal desplazando fórmulas de unidad normativa de acción.

4. STS 316/2021, DE 15 DE ABRIL

Para finalizar, cabe mencionar una Sentencia debatida en el mismo pleno, la 316/2021, del 15 de abril, bajo ponencia de quien les habla. En este caso tres sujetos roban en una tienda, uno se da a la fuga y los otros dos son detenidos. El individuo que se da a la fuga sustrae una suma de no más de 400 euros (límite aplicativo del delito leve), mientras que a los dos sujetos detenidos se les ocupan efectos que suman más de 400 euros. Se había condenado a los dos que fueron sorprendidos sin haber alcanzado la disponibilidad de los bienes, como autores de un delito menos grave de hurto, consumado. La decisión que se ratificó en esta Sentencia es que, ya sea un sujeto individual o un sujeto colectivo, basta con un apoderamiento parcial para que el delito se llegue a consumir. Sin embargo, se nos presentó una situación peculiar, pues lo dispuesto no superó una tipicidad leve, pero sin embargo provocó la consumación de otra más grave, precisamente por la adición de otras sumas de las que no se dispuso.

La doctrina de la consumación parcial por disponibilidad de uno de los partícipes se ha consolidado en relación a los supuestos de robo en los que la cuantía no es determinante en la tipificación, –salvo en un supuesto excepcional de robo con fuerza que nos lleva a supuestos cualificados– pero sí tiene entidad en los delitos de hurto y en los delitos de apropiación indebida. Ahora que no hay faltas, se han transformado en delitos leves y proliferan sobre ellos supuestos agravatorios por reiteración, que pueden llegar a intensificar enormemente las penas. Barajamos varias alternativas. Puede decirse que en este caso nos encontramos con un delito más grave por la cuantía total, aquella que arroja la suma de la cantidad de la que se dispuso y de la que no llegó a disponerse. Concluimos que respecto a este delito más grave faltó parte de la acción y parte del resultado. Tampoco el delito leve abarcaba toda la gravedad de la acción, ya que a pesar de haberse llevado menos de 400 euros los sujetos estaban dispuestos a llevarse mucho más. Nos decantamos pues por apreciar una relación de concurso entre un delito leve consumado y otro menos grave intentado. Y dentro de la modalidad de concurso, por el de normas, a resolver por la regla de la alternatividad, entendiendo que en este caso el penar por la infracción más grave en tentativa abarca toda la antijuridicidad del comportamiento y resulta una solución proporcional. El hecho se calificó como tentativa de hurto de más de 400 euros de cuantía. Un caso que parece de laboratorio, pero que en la práctica se puede dar con cierta frecuencia.

En este punto, y por tratar de ajustarme a las pautas de tiempo que se me han facilitado, concluyo mi intervención, agradeciendo su atención. Quedo a su disposición para el subsiguiente debate, que tengo el convencimiento será muy enriquecedor.

LOS DELITOS DE MEDIOS COMISIVOS DETERMINADOS COMO TIPOS ESTRUCTURALMENTE COMPUESTOS: PROBLEMAS CONCURSALES

SERGIO DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS*

I. APROXIMACIÓN A LOS DELITOS DE MEDIOS COMISIVOS DETERMINADOS

Los delitos de medios comisivos determinados¹ se caracterizan por su estructura compuesta vinculada: en el tipo de estas figuras delictivas el legislador aglutina, al menos, dos comportamientos –uno correspondiente al medio y otro a la acción-fin o nuclear– vinculados por una relación medial, de modo que la relevancia penal se hará depender de que se haya logrado la lesión al bien jurídico protegido por la facilitación que le concede alguno de los medios previstos y considerados político-criminalmente idóneos². Con el denominado «medio comisivo» se está en presencia de un elemento típico que, como apun-

* Docente-Investigador predoctoral FPU de Derecho Penal en la Universidad de Cádiz (FPU19/02286). Correo electrónico: sergio.delaherran@uca.es.

¹ Ciertamente es un concepto *sui generis* escasamente empleado por la doctrina. Hasta la fecha solo se ha localizado en BAGES SANTACANA, J., «Límites al desvanecimiento del tipo penal. Aproximación al concepto de violencia en la Parte especial del Código penal», *RECPC*, 20-20, 2019, p. 1.

² V. gr., delitos de coacciones (art. 172), matrimonios forzados (art. 172 bis), trata de seres humanos (art. 177), agresión y abuso sexual (arts. 178, 179, 181.3), prostitución forzada (art. 187), robo (art. 242), extorsión (art. 243), usurpación (art. 245), alteración de precios públicos (art. 284), imposición abusiva de condiciones ilegales de trabajo (art. 311), libertad sindical (art. 315.1), obstrucción a la justicia (art. 464), fuga de reos (art. 469), coacciones a la familia real (art. 489) o a parlamentarios (art. 498), contra la libertad religiosa (arts. 522.1 y 523), resistencia a la autoridad (art. 550), etcétera.

ta Sosa Ortiz³, no es ni acción ni resultado natural, sino una conducta que se utiliza previa o coetáneamente a la acción para facilitar su consumación.

El concepto ‘medio comisivo’ o ‘medio típico’ hace referencia a las conductas mediales tasadas por diversas figuras dentro del Código penal, tales como la «violencia», la «intimidación», el «prevalimiento», el «engaño», etcétera. Estos elementos poseen la virtualidad de configurar y fundamentar, junto a la conducta-fin, el injusto y el contenido de la prohibición⁴, al menos en aquellos casos en los que son *esenciales* y de cuya presencia depende el *ser* del injusto⁵, por lo que no quedan reducidos a meros instrumentos de acotación de la tipicidad.

Solo si se parte de una concepción dual de injusto, que conceda la misma importancia tanto al desvalor de la acción como al desvalor del resultado, se llega a comprender en toda su magnitud la legitimidad de los delitos de medios comisivos determinados en la medida en que el ámbito de tutela al bien jurídico queda restringido a aquellos casos en que la lesión se ha logrado mediante los medios comisivos específicamente tasados en el tipo⁶. En efecto, esta tipología de delitos representa con mayor nitidez cómo una conducta desvalorada en sede de norma de valoración está condicionada a que posteriormente sea una conducta prohibida en sede de norma de determinación⁷. En este sentido, *v. gr.*, tanto la libertad (coacción), el patrimonio (robo, extorsión o usurpación), la libertad sexual (agresión sexual-violación), etc., son valores protegidos por la norma penal, pero limitada por respeto al principio de intervención mínima a determinados comportamientos –compuestos– declarados prohibidos. De este modo el legislador lleva a cabo una graduación de la importancia del bien jurídico protegido, al poner más el acento en el desvalor de acción que en la lesión al bien jurídico protegido, dándose el caso de que una idéntica acción y lesión al bien jurídico no merezca atención penal al no haberse efectuado en el marco de los medios típicos seleccionados político-criminalmente.

³ SOSA ORTIZ, A., *Los elementos del tipo penal. La problemática de su acreditación*, Mexico (Porruá), 1999, p. 220.

⁴ SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *La violencia en el Derecho Penal*, Barcelona (Bosch), 1999, p. 133. BAGES SANTACANA, J., *RECPC*, 20-20, 2019, p. 50. Así lo exige la adopción de una concepción imperativa de la norma penal en la que el desvalor de resultado solo es penalmente relevante cuando se ha desarrollado en el marco de una acción desaprobada (HUERTA TÓCILDO, S., *El contenido de la antijuricidad*, Madrid [Tecnos], 1983, p. 20).

⁵ En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona (Reppertor), 2015, p. 270; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 187.

⁶ Ni desde una óptica monista objetiva, que no podría explicar por qué el bien jurídico protegido solo se ve tutelado ante determinadas formas de ataque preseleccionadas, ni desde una monista subjetiva, que tampoco explicaría la naturaleza de los medios típicos –sancionaría, por ejemplo, el empleo de estos con meras «intenciones finales»–, ni su carácter intercambiable en la medida en que algunas veces fundamenta y en otras aumenta lo injusto, se satisface una visión completa del aspecto más relevante del tipo de injusto en estos delitos.

⁷ HUERTA TÓCILDO, S., 1983, p. 71.

La problemática se acentúa cuando se comprueba que los delitos de medios comisivos determinados pueden ser, a su vez, de resultado o mera actividad y que en todos ellos los medios comisivos mantienen la misma función típica: la de posibilitar, facilitar o asegurar la consecución de la acción (fin). La relación medial que aúna ambos comportamientos en una misma unidad valorativa y de sentido se desenvuelve en el plano del desvalor de la acción, pero se proyecta subjetivamente hacia el desvalor de resultado común a todos los delitos, esto es, hacia la lesión al bien jurídico. Y, en este sentido, no hay distinguos entre los delitos de resultado y mera actividad, más allá del aspecto consumativo. Solo así se entiende la admisión de la tentativa en delitos de esta naturaleza⁸, pero configurados como de mera actividad⁹. En este sentido, Acale Sánchez asegura que la diferencia de los delitos de mera actividad con los de resultado radica en el aspecto subjetivo del desvalor de la acción, donde el dolo ha de abarcar también el resultado natural; por lo demás, comparten el mismo desvalor objetivo de la acción: en especial, los medios¹⁰. En efecto, los medios comisivos componen, junto al propio núcleo de la acción, la parte objetiva del desvalor de la acción y, como tal, han de ser abarcados por el dolo¹¹. Y si, como ya está asentado, los delitos dolosos de acción se caracterizan por la dirección de la conducta a la lesión del bien jurídico¹², la relación medial que vincula los medios comisivos con la acción no puede ser otra que la voluntad de conseguir la lesividad típica. Por tanto, la relación medial también ha de ser

⁸ En puridad, junto al criterio de la unidad de acción al que a continuación se alude, ambos han permitido históricamente sancionar la tentativa en los delitos de medios comisivos determinados cuando después de dar inicio a la ejecución de los medios no se ha logrado llevar a cabo la conducta-fin. En este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en Morilla Cuevas (dir.), *Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, Madrid (Dykinson), 2020, p. 267; ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales», en González Cussac, *Derecho penal, parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 218.

⁹ A favor de extender la tentativa a formas compuestas de mera actividad, RODRÍGUEZ DEVEASA, J. M., *Derecho penal español*, Madrid (Dykinson), 1994, p. 784; LUZÓN PEÑA, D. M., 2016, p. 157; ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada (Comares), 2000, p. 308 y EADEM, *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Madrid (Reus), 2019, p. 240. Esto cuestiona los postulados de otro sector que ha defendido que los delitos de mera actividad no admitían formas imperfectas de ejecución: así, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, p. 448.

¹⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., 2000, p. 168.

¹¹ ACALE SÁNCHEZ, M., 2000, pp. 166 ss.

¹² CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. Tomo II, Teoría jurídica del delito*, Madrid (Tecnos), 2002, p. 106. Del mismo modo, SOLA RECHE, E., «La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal», *ADPCP*, Tomo 47, Fasc/Mes, 1, 1994, p. 173.

abarcada por el aspecto subjetivo del desvalor de la acción¹³: la constituye específicamente, dice Alonso Álamo¹⁴.

Por su parte, esta afirmación ha llevado a una gran parte de la doctrina a defender que dicho desvalor se edifica sobre una *unidad típica de acción*¹⁵. La unidad típica de acción se instituye aquí como un criterio consustancial a la configuración del injusto en los delitos de medios comisivos determinados al representar una forma particular de delitos compuestos y/o complejos¹⁶: son un tipo especial de delitos *compuestos* en la medida en que describen una pluralidad de acciones de cuya concurrencia conjunta y medial se hace depender la relevancia penal, pero, además, pueden ser *complejos* si, a su vez, cada una de esas acciones es constitutiva de un delito autónomo¹⁷. Lo refieren correctamente Muñoz Conde/García Arán¹⁸ y De Vicente Martínez¹⁹ cuando señalan que el criterio constitutivo de una unidad de acción en un tipo compuesto es la relación típica o vinculación que se traza entre los diversos actos. Dicha relación, además de dotar relevancia típica a la conducta, posee indudables consecuencias para el concurso de delitos: precisamente por su naturaleza medial y no causal²⁰.

¹³ En el mismo sentido, BAGES SANTACANA, J., *RECPC*, 20-20, 2019, p. 26; ACALE SÁNCHEZ, M., 2019, p. 203. Finalmente, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., 1999, p. 196, aunque se discrepa de este autor en que la dimensión subjetiva sea la única diferencia entre la relación medial y la causal.

¹⁴ ALONSO ÁLAMO, M., «Violencia y Derecho penal», en Matia Portilla, F. J. (dir.), *Estudios sobre la violencia*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, pp. 176-177.

¹⁵ Así, CEREZO MIR, J., 2002, p. 289; DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 546-548.

¹⁶ De hecho, no son pocos los autores que analizan estas categorías en sede de pluralidad delictiva: así, entre otros muchos, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Trad. Cuello Contreras, Serrano González de Murillo), Madrid (Marcial Pons), 1995, p. 1086; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Navarra (Aranzadi), 2010, p. 809; CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado. Delimitación y supuestos problemáticos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, p. 21. Por su parte, ESCUCHURI AISA, E., después de un estudio pormenorizado de la cuestión, concluye que el análisis acerca de las especificidades de esta clase de delitos corresponde a la teoría del tipo y no al concurso de delitos (*Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada [Comares], 2004, pp. 395-396).

¹⁷ Advuértase como se señalaba en la primera cita la inconveniencia de recurrir a estas dos categorías más tradicionales para definir lo que en este trabajo se ha denominado *delitos de medios comisivos determinados*, ya que, en puridad, ninguno de estos conceptos delimita adecuadamente la caracterización de estos. De ahí la necesidad de emplear un concepto *ex novo* dirigida a subrayar la particularidad que encierra su naturaleza compuesta: la relación medial y la función típica de los medios comisivos. Tanto es así, que también son considerados delitos compuestos los delitos de hábito como el maltrato habitual del artículo 173.2 (LUZÓN PEÑA, D. M., 2016, p. 161) o el delito continuado del artículo 74 (MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Acción y tipicidad en los delitos activos», en *Memento penal*, Madrid (Francis Lefebvre), 2018, p. 149). En todo caso, podrá convenirse que constituyen un subtipo de la categoría genérica de los delitos compuestos con la peculiaridad de la vinculación medial.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, pp. 496-497.

¹⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Unidad y pluralidad de delitos», en Demetrio Crespo, (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*, Madrid (Iustel), 2016, p. 430.

²⁰ Sin embargo, hay un sector doctrinal que erróneamente sigue hablando de relación causal entre dichos componentes. *Vid.*, ASÚA BATARRITA, A., «El significado de la violencia sexual contra las mujeres

II. PROBLEMÁTICA CONCURSAL EN LOS DELITOS DE MEDIOS COMISIVOS DETERMINADOS

1. La ruptura de la relación medial como causa de desvanecimiento del injusto en los delitos de medios comisivos determinados

Los delitos de medios comisivos determinados, como una categoría especial de los delitos compuestos, plantean problemas concursales desde el momento en que, como señala Queralt Jiménez ²¹, «su existencia supone que el legislador ha solventado ya el concurso, normalmente real, de delitos, y le ha asignado la pena que estima conveniente en atención a la gravedad acumulada de la infracción». Sin embargo, esto no es del todo cierto. Al menos desde la perspectiva del concepto de delito compuesto que con anterioridad se ha mantenido.

La afirmación de que el desvalor de acción que singulariza a los delitos de medios comisivos determinados está formado por la relación medial que vincula las dos conductas que componen aquella unidad de acción determina que los correspondientes juicios de desvaloración acojan también ese mismo conglomerado, absorbiendo el incremento de peligrosidad por el empleo de medios típicos, como la violencia, la intimidación, el prevalimiento, etcétera. Como tal unidad de acción el dolo ha de abarcar ese mismo compuesto típico, esto es, la conducta medial, la acción-fin y la relación medial. Si bien existe, con matices, acuerdo doctrinal acerca de que el dolo no puede ignorar la naturaleza plural del aspecto objetivo descrito en estos delitos, mayor disenso hay en si esa unidad finalística admite que los medios comisivos hagan aparición una vez completada la acción-fin, pero no consumada la infracción. Naturalmente esta es una discusión que involucra a los delitos de resultado, pues son los únicos que distinguen desde un punto de vista naturalístico acción y efecto. Así las cosas, hay un sector doctrinal que responde afirmativamente a este interrogante²². Otro, en cambio, con apoyo en una concepción más estricta, defiende que los medios han de desplegarse específicamente para posibilitar o

y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», en Laurenzo Copello/ Maqueda Abreu/Rubio Castro, *Género, violencia y derecho*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, p. 146; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10.ª ed., Navarra (Aranzadi), 2016, pp. 309-310. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., 2020, p. 268. Igualmente, la jurisprudencia, STSS, Sala 2.ª, 609/2013, de 10 de julio; 480/2016, de 2 de junio; o 35/2021, de 21 de enero.

²¹ QUERALT JIMÉNEZ J. J., *El principio non bis in idem*, Madrid (Tecnos), 1992, pp. 13-14.

²² SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Actos de violencia sobrevenidos durante el apoderamiento: ¿Hurto o robo violento? Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1998», en Silva Sánchez (dir.), *Los delitos de robo: comentario a la jurisprudencia*, Barcelona (Marcial Pons), 2002, pp. 109-110; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, p. 358;

facilitar la acción-fin y que, por lo tanto, han de ser previos o coetáneos a aquella acción²³: la mera yuxtaposición daría lugar, en su caso, a un concurso de delitos como recuerda Terradillos Basoco²⁴. Ciertamente esta ha sido una controversia surgida en torno a la «violencia o intimidación *sobrevenida*» en el delito de robo, que como bien es sabido se ha configurado como un delito de resultado que condiciona su consumación a la disponibilidad potencial del bien mueble aprehendido. Sin embargo, y esto puede ser una razón que ponga en cuestión dicha solución, esta posibilidad no se ha abierto a otros delitos de medios comisivos determinados de resultado, como las coacciones (art. 172.1), la prostitución forzada (art. 187), la ocupación de bienes inmuebles (art. 245.1)²⁵ o la imposición de condiciones ilegales de trabajo (art. 311.1). Con este contexto de fondo, la LO 1/2015 llevó al seno del artículo 237 CP la expansión del uso de la fuerza en las cosas «para acceder o *abandonar* el lugar donde éstas se encuentran» o de la violencia o la intimidación en las personas «sea al cometer el delito, *para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren*». En consecuencia, desde ese momento la discusión ha quedado resuelta por mor del legislador, lo que simplemente conduce a verificar que, además de una relación típica medial con los requisitos que le son propios, se añaden supuestos de fuerza, violencia o intimidación *sobrevenida* válida al efecto de la constitución del robo²⁶, pero esto no supone óbice alguno para seguir manteniendo que con anterioridad a esta

²³ JAKOBS, G., 1995, p. 1086 (cita 45a); MIR PUIG, S., 2015, p. 270; CEREZO MIR, J., 2002, p. 126; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, p. 60; MUÑOZ CLARES, J. M., *El robo con violencia o intimidación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, pp. 219, 222 y 231. BAGES SANTACANA, J., *RECPC*, 20-20, 2019, p. 30; ACALE SÁNCHEZ, M., 2019, p. 239. La naturaleza medial lleva a algunos autores, incluso, a defender la necesidad de apreciar en exclusiva dolo directo, con exclusión del eventual (así, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Coacciones», en Álvarez García/Ventura Püschel, *Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 812).

²⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra el patrimonio (I)», en Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo II. Parte Especial. Volumen I.*, Madrid (Iustel), 2016, p. 380.

²⁵ A propósito de este delito se ha intentado mantener la validez del uso de violencia o intimidación en los casos de mantenimiento en inmuebles contra la voluntad de su titular; sin embargo, para defender esta posición se ha de partir de considerar que el apartado 2 del artículo 245 es un tipo agravado del primero y que, por lo tanto, se incorporan como elementos típicos esenciales la violencia o intimidación prevista en el tipo básico; opinión esta que no es aceptada por la doctrina mayoritaria (por todos, QUINTERO OLIVARES, G., «Capítulo V. De la usurpación», en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10.ª ed., Navarra [Aranzadi], 2016, p. 645).

²⁶ Esta reforma ha merecido análisis detallado por parte de la doctrina, la cual ha calificado la misma como un «claro efecto expansivo del ámbito de aplicación del precepto y [que], por ende, comporta un injustificable endurecimiento punitivo» (así, GÓRRIZ ROYO, E. M., «Delitos de robo: artículos 237, 240, 241 y 242 CP», en González Cussac/Matallín Evangelio/Górriz Royo, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2015, p. 715).

reforma se estaban sancionando más gravemente –como fruto de una interpretación *in dubio contra reo*– supuestos que el tipo no contemplaba.

Por otro lado, hay una línea jurisprudencial abierta que desea ir mucho más allá y que opta por sustraer del dolo los medios comisivos y admitir a efectos de la constitución del injusto su mera concurrencia espaciotemporal. La propuesta consiste en aceptar como constitutivo de un delito de robo el aprovechamiento de un ilícito penal previo de violencia cuando la resolución de apoderarse de la cosa es posterior al ejercicio de aquel, esto es, abogan por un entendimiento de contribución causal –que no requiere de dirección subjetiva orientada a la consecución de una segunda actividad– sin que tengan que relacionarse como medio-fin. Aunque se circunscribe al robo nada empece a que sea extrapolable a todos aquellos delitos que se configuran con medios comisivos. En este sentido se pronunció la STS, Sala 2.º, 328/2018, de 4 de julio que aplicó por primera vez el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 14 de abril de 2018, que modificaba el anterior de 21 de enero de 2000 que, en efecto, entendía que la violencia e intimidación debían ser ejercidas como medio para lograr el apoderamiento –más ampliamente, la acción-fin o núcleo de la acción. En la misma línea, ha admitido como constitutivo de robo el apoderamiento de un teléfono móvil mediante la utilización de un contexto intimidatorio previo destinado para cometer una agresión sexual consumada (STS, Sala 2.º, 344/2019, de 4 julio)²⁷.

No es menos cierto que la visión del Tribunal Supremo, seguida ya por gran parte de nuestros tribunales, salva algunos imponderables dogmáticos de la construcción de los delitos de medios comisivos determinados. En primer lugar, evita la impunidad en aquellos supuestos en que aparecen configurados como delitos *compuestos*, es decir, delitos en los que la acción-fin carece de relevancia penal autónoma si no concurre una conducta instrumental previa que se encuentre en relación medial. Este sería el caso del tipo básico de coacciones, la trata de seres humanos, la prostitución forzada, la imposición abusiva de condiciones laborales, etc., en los que únicamente podrá sancionarse, en su caso, el despliegue de esos medios de tener relevancia penal independiente, pero no las acciones-fines. Distinto será en el ámbito de los delitos *complejos* en el que ambas conductas revisten siempre carácter delictivo, como sucede en

²⁷ Según JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., este supuesto habría de resolverse de acuerdo con un curso ideal entre la agresión sexual y el robo al existir, en su opinión, una identidad parcial en el uso del medio comisivo. No obstante, lo plantea desde la óptica de un doble uso intencionado desde que se inicia la ejecución y no, como en el presente, de un aprovechamiento sobrevenido de una situación de intimidación previa. Esto pone de manifiesto la importancia que desempeñan los elementos subjetivos en estos delitos y la necesidad de corroborar cuál es el contenido abarcado por el dolo inicialmente (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Granada [Comares], 2003, p. 775-776).

el robo o en la agresión sexual. En estos casos no se hablará de impunidad, pero sí de concurso real de delitos por la realización de la conducta violenta o intimidatoria –constitutiva, por ejemplo, de lesiones o amenazas– y por la acción –por ejemplo, hurto o abuso sexual. Las implicaciones dogmáticas de la posición del Tribunal Supremo se resumen en los siguientes puntos²⁸: 1) adopta una posición de responsabilidad penal objetiva; 2) sustrae a los medios del dolo y la constitución del injusto –o, dicho de otro modo, se limitan a tener en cuenta el dolo respecto a la acción-fin; 3) los reduce a mera acotación de la tipicidad. Estos argumentos hacen rechazable esta posición, pues como bien apunta Gimbernat Ordeig²⁹, es la relación medial el criterio que lleva a la ley a extraer a estos delitos del concurso de delitos, lo que *a sensu contrario* permite concluir que es su *ausencia* el criterio que lleva a abrir, en su caso, dicho concurso.

2. ¿Son los delitos de medios comisivos determinados pluriofensivos?: el problema de los excesos

No está claro cuál es el tratamiento adecuado para resolver aquellas situaciones en las que el empleo de los medios comisivos produzca resultados cuyo desvalor, en principio, no queda absorbido por el injusto en cuestión. Ejemplo claro de ello son las lesiones que como fruto de la «violencia» se generan sobre la víctima en el delito de robo o agresión sexual, entre otros. Esto obliga a cuestionar la afirmación de aquel sector doctrinal³⁰ que proclama el carácter *pluriofensivo* de los delitos medios comisivos determinados en la presencia de varios bienes jurídicos. Téngase en cuenta que, si no se explica esta caracterización del delito, sus consecuencias más extremas llevarían a dotar de una función dual a los medios típicos en la medida en que, además de instrumentos de facilitación, también resultarían de lesión y causales de otros resultados igualmente desvalorados, en cuyo caso entrarían en juego en el ámbito del concurso de normas las reglas de la consunción al desvalorar la ofensividad de esas conductas en el compuesto/complejo desvalor de aquellos.

²⁸ El voto particular en la STS, Sala 2.º, 328/2018, de 4 de julio, suscrito por los Magistrados Andrés Martínez Arrieta y Antonio del Moral García son coincidentes con algunas de estas objeciones a esta corriente jurisprudencial.

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid (Reus), 1966, pp. 188 ss.

³⁰ MUÑOZ CLARES, J. M., 2003, p. 180; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2002, pp. 28-29; MEINI, I., *Lecciones de Derecho penal – Parte general*, Lima (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú), 2014, p. 86.

Sin embargo, un entendimiento correcto de la función típica de los medios comisivos, que se pregunte cuál es el límite del desvalor de cada uno de ellos, lleva a puntualizar el carácter pluriofensivo de los mismos y a argumentar su punición, ya sea como tipo básico o agravado, sobre la base de que, efectivamente, hay una puesta en peligro concreto de otros bienes jurídicos secundarios o mediatos –vida, integridad física, libertad, etc.– siendo ese el límite del grado de afección a aquellos que pudieran verse afectados como consecuencia del empleo de los medios comisivos³¹. Lo contrario sería tanto como supeditar el contenido material de cada medio a la intangibilidad física o psíquica del sujeto pasivo y entender que concurre la misma cantidad de injusto tanto en los casos en que la víctima sufra lesiones graves por una violencia excesiva –ya sea necesaria o no para la consecución de la acción fin– como aquella situación en la que la cantidad de violencia necesaria sea la mínima efectiva para la ejecución de la acción fin. Debe dilucidarse entonces qué concurso es más adecuado para resolver el problema de los excesos: como concurso real, medial o ideal.

Desde un primer momento debe rechazarse que estos casos puedan ser resueltos conforme al concurso medial; concurso por el que opta Cuello Contreras³². El tipo de injusto de los delitos de medios comisivos determinados comparte con el concurso medial que la definición y caracterización de ambos radica en la existencia de una relación medial. Así, se ha visto que los delitos de medios comisivos determinados configuran el contenido unitario de su desvalor de acción alrededor de la relación medial que aúna las conductas en una misma desvaloración. Por su parte, el concurso medial de delitos ha sido entendido como un concurso real particularizado precisamente porque entre el delito-medio y el delito-fin interviene una vinculación teleológica³³. Es esa

³¹ En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., 2019, p. 208; BAGES SANTACANA, J., *RECPC*, 20-20, 2019, pp. 33-36-47; GUINARTE CABADA, G., «El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del CP)», en González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 561.

³² CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General. Volumen II. Teoría del delito (2)*, Madrid (Dykinson), 2009, p. 689.

³³ Vid., GARCÍA RIVAS, N., «Unidad y pluralidad de delitos. Concurso de delitos y concurso de leyes», en VV. AA., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona (Experiencias), 2016, p. 385. En efecto, la posición mayoritaria actual considera que son una modalidad de pluralidad de hechos y, por ello, una categoría particular de concursos reales. De hecho, esta diferenciación hasta la reforma de la LO 1/2015 era meramente teórica pues hasta entonces el legislador otorgaba un tratamiento punitivo unitario al concurso ideal y medial, pero en la actualidad se prevé marco punitivo distinto. En extenso, la reforma del artículo 77 en GUARDIOLA GARCÍA, J., «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 ss.)», en González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia (Tirant lo Blanch), pp. 305 ss.; y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., «Reglas especiales de aplicación de las penas», en Morillas Cuevas (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid (Dykinson), 2015, pp. 199 – 22.

vinculación la que hace que, por un lado, se distinga del concurso real *strictu sensu* y, por otro, del concurso ideal. En este sentido, se posiciona la doctrina³⁴ cuando defiende la incompatibilidad del concurso medial con aquellas modalidades delictivas que ya sancionan e incorporan al ámbito de la tipicidad conductas mediales. En efecto, considerar que en estos casos existe un concurso medial entre los excesos de los medios –v. gr., lesiones– y el delito –v. gr., violencia y apoderamiento– implica valorar doblemente el fundamento de la infracción penal, esto es, la concurrencia medial, con vulneración del principio *non bis in ídem*.

A partir de este punto, se abre una confrontación entre aquellos que optan por el concurso real o el concurso ideal, y esa disyuntiva es el resultado del concepto que se tenga de pluralidad o unidad de hecho y, en el caso, de los supuestos de «identidad o coincidencia parcial»³⁵. Así, un sector doctrinal se posiciona a favor de considerar los supuestos de identidad parcial como pluralidad de acciones y, por tanto, inclinados a acudir a un concurso real³⁶; por su parte, son otros muchos los que entienden que procede abrir un concurso ideal, bajo el entendimiento de que la coincidencia parcial en el proceso ejecutivo de un tipo compuesto debe ser reconducido al concurso ideal por no resquebrajar la unidad de acción que ya ha creado el propio tipo³⁷. También optan por el concurso ideal Álvarez García³⁸, Muñoz Clares³⁹, Acale Sánchez⁴⁰ o Guinarte Cabada⁴¹ después de analizar casos como los que se plantean y lo justifican en que inclinarse por un concurso real o medial supondría desvalorar dos veces, por ejemplo, el ejercicio de una violencia

³⁴ GUINARTE CABADA, G., «El concurso medial de delitos», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, 1988-1989, p. 190; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., 2019, pp. 498-499; ESQUINAS VALVERDE, P., «El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos», *RECPC*, 20-32, 2018, p. 13.

³⁵ La identidad *absoluta* en la ejecución de la acción se diferencia de la *parcial* en que mientras en esta la coincidencia solo se da en la zona común de un comportamiento plural, en aquella hay una única acción común generadora de diversos resultados y que queda desechada por la propia estructura típica de los delitos compuestos/complejos.

³⁶ VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría de del concurso de infracciones*, Valencia (ed. Universidad de Valencia), 1981, p. 16; JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hechos y concurso medial de delito», *ADPCP*, 1992, p. 634. Opta por el concurso real cuando afecta a bienes jurídicos personales; y, recientemente, la FGE en la Circular 4/2015.

³⁷ SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid (ed. Universidad de Valladolid), 1985, pp. 152-154; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, (trad. M. Cancio Meliá, M. A. Sancinetti), Navarra (Thomson Civitas), 2005, p. 460; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (trad. D. M. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal), Navarra (Thomson Reuters), 2014, p. 967; JESCHECK H. H./WEIGEND, T., 2003, pp. 775-776.

³⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Delitos compuestos y delitos complejos: problemas concursales en el artículo 242 del Código penal», en *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1997, p. 1827.

³⁹ MUÑOZ CLARES, J. M., 2003, p. 373.

⁴⁰ ACALE SÁNCHEZ, M., 2019, p. 265.

⁴¹ GUINARTE CABADA, G., 2015, p. 566.

que ya está contemplada como comportamiento común integrado en el tipo de injusto compuesto o complejo.

La jurisprudencia tampoco es lineal en este sentido. Así, la STS, Sala 2.º, 13/2019, de 17 de enero, ha apreciado concurso medial entre las lesiones provocadas como fruto de la violencia necesaria al efecto de una agresión sexual, precisamente porque según su opinión estas son «el mecanismo a través del cual se consigue el trato carnal», relegando el concurso real «cuando éstas últimas [las lesiones] no son el medio comisivo para lograr la penetración típica». Ciertamente se está ante un aspecto subjetivo de difícil prueba, pero ninguna de estas soluciones parece la adecuada. En línea con la propuesta que sostiene este trabajo, la STS, Sala 2.º, 842/2020, de 26 de noviembre, se ha inclinado por el concurso ideal en las lesiones «deliberadas y adicionales, como medio para vencer la resistencia de la víctima, pero con entidad sustancial autónoma». En otro orden de cosas, la STS, Sala 2.º, 356/2019, de 29 de abril, ha analizado la relación concursal entre un delito de amenazas y un delito de robo, resultando interesante leer que la consunción o el concurso de delito dependerá de la finalidad con la que se profiera, esto es, habrá concurso –real– en los casos en que esta se lleve a cabo después de consumado el apoderamiento para lograr el silencio de la víctima, lo que si se pone en relación con el punto anterior permite visibilizar la falta de coherencia sistemática y la necesidad de llevar a cabo un estudio del papel que desempeñan los medios comisivos al no comprenderse que, en cambio, la violencia ejercida con posterioridad al apoderamiento sea válida a los efectos de la constitución del delito de robo.

Sea como fuere, la solución correcta, acogiendo la lectura aportada por el sentido de injusto de estos delitos, parece ser la ofrecida por el concurso ideal, pues la aplicación estricta de la identidad parcial en la ejecución como una manifestación de la pluralidad de hechos imposibilitaría la aplicación de este concurso al ser inimaginable, por su estructura compuesta, situaciones en las que se esté ante identidades absolutas⁴². No puede, por tanto, interpretarse de otro modo si no es desde su homólogo típico, esto es, desde la perspectiva del medio típico, desde la composición de su tipo de injusto; de lo contrario relegaríamos a condenar siempre más gravemente –esto es, conforme al concurso real– hechos por la simple decisión político-criminal de crear estructuras compuestas y/o complejas. En definitiva, esto no lleva a otra conclusión que afirmar que *unidad de hecho* es también *unidad de tipo de injusto*.

⁴² En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2002, p. 187.

LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

MARTA PARDO MIRANDA*

I. INTRODUCCIÓN

Varias son las cuestiones que ha planteado la teoría del concurso de infracciones a lo largo del tiempo. Entre ellas, perdura el debate sobre cuál es el sentido de aplicar un tratamiento penológico diferenciado para las dos grandes modalidades concursales, real e ideal. Y es que la regulación vigente del concurso de delitos es la que se dio a partir del Código Penal de 1848 con algunas reformas posteriores. La doctrina cuestiona el contenido de los arts. 73, 75, 76 y 77 Código Penal, pues al margen de las modificaciones consecuencia de la creación del Título preliminar en el Código Penal de 1995, en esta cuestión se mantienen las líneas de aquel Texto punitivo. Como es sabido y en palabras de Vives Antón¹ «*hay concurso de delitos cuando un sujeto ha cometido una pluralidad de infracciones a través de uno o de varios hechos, siendo necesaria la aplicación de todos los tipos concurrentes para abarcar plenamente la totalidad de la situación antijurídica, siempre que, además, no medie sentencia condenatoria entre los delitos en concurso*». Los requisitos que deben concurrir son los siguientes: a) unidad subjetiva; b) pluralidad de infracciones; c) unidad o pluralidad del objeto valorado por aquellas; y d) unidad de enjuiciamiento. Al concurso ideal se refiere el legislador en el art. 77.1 CP cuando

* Doctoranda en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas de la Universidad de Almería.

¹ VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia (Universidad de Valencia), 1982, p. 8.

habla de los supuestos en que «un solo hecho constituya dos o más delitos». Tradicionalmente se ha distinguido entre el concurso ideal heterogéneo y el concurso ideal homogéneo. El primero se produce cuando el hecho realiza delitos distintos, mientras que el segundo se dará cuando los delitos cometidos son iguales². El delito de trata de seres humanos no es ajeno a estos problemas, es más, al ser un tipo mutilado de dos actos se acentúan. Vemos que ya en las fases iniciales del delito como el momento de la captación se utilizan medios comisivos que constituyen por sí solos hechos delictivos, como pueden ser amenazas, coacciones, inmigración ilegal (...), dando lugar a las correspondientes relaciones concursales.

II. CUESTIONES CONCURSALES EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

El legislador, en un intento de dar respuesta a los problemas concursales, incorporó ad hoc una cláusula concursal al disponer en el apartado 9 de artículo 177 bis CP que «*En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*». Son varias las cuestiones que requieren de respuesta. En primer lugar, nos cuestionamos si el sujeto activo del delito de trata comete un hecho con varios resultados (concurso ideal), varios hechos con varios resultados (concurso real) o se trata de un medio necesario para cometer otro delito (concurso medial) y, en este último caso, si es un concurso ideal o un concurso real especial. Pues bien, algunos autores defensores de la «unidad de fin», podrían apreciar una modalidad de concurso ideal porque la unidad de fin (la explotación) unificaría los distintos hechos³. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por el concurso real⁴ lo que supone una considerable agravación de las penas, como ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina respecto de la anterior tipificación del art. 318 bis. En nuestra opinión, es claro que cuando la

² JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal parte general*, Granda (Comares), 1993, p. 1013.

³ VIVES ANTÓN, T. S., 1982, p. 18; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español*, 18.ª Ed., Madrid (Dykinson) 1995, p. 806; MIR PUIG, S., «Concurso de delitos y concurso de leyes», *Studia iuridica*, núm. 1, 1992, pp. 95-116.

⁴ *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo* (Documento del área de extranjería de la FGE de 10 de noviembre de 2009 - <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/extranjeria>) pp. 46-47.

explotación se lleve a cabo por el mismo sujeto activo que ejecutó las acciones iniciales del delito de trata de seres humanos, estaremos ante dos acciones diversas que producen delitos distintos, pues basta la captación, traslado, acogida con «ánimo de» alguno de los fines previstos en el precepto, sin necesidad de que llegue a producirse la explotación para que concurra el delito de trata. Si, posteriormente, se produce la explotación, concurrirá otro delito que no puede quedar impune.

Hay diferentes opiniones doctrinales sobre si estamos ante un concurso de delitos real o medial⁵. La cláusula concursal ad hoc parece suponer que además de las penas del art. 177 bis CP deben imponerse las penas que pueden concurrir por cualquier otro delito que con ocasión de la trata de personas se haya cometido. El legislador parece intentar una acumulación de penas a través del concurso real de delitos. Ello supone excluir, por un lado, la aplicación de las reglas generales que rigen en los supuestos de concurso de leyes y, por otro lado, la de las reglas propias del concurso de delitos medial o ideal a favor del tratamiento propio de los concursos reales. Surge la duda de si lo que se quiere decir es que siempre debe apreciarse concurso real de infracciones. En realidad, la literalidad del precepto no obliga a alcanzar esta solución y, de hecho, son muy frecuentes los casos en que se aprecia concurso medial. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo⁶ sobre la relación existente entre el delito de trata de seres humanos y el posterior delito de explotación considerando que entre ambos delitos existe un concurso medial, estimó que la trata y la prostitución integran un «... concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art. 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente». Por tanto, la opción por el concurso de leyes o de delitos se funda en la gravedad de la conducta delictiva. Al considerarse que un concurso de leyes beneficiaría injustificadamente al condenado se opta por el de delitos. Pero ¿estamos ante un delito que es medio necesario para cometer otro?, ¿no supone una doble sanción de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en la misma voluntad del autor? Como sostenía Carrara la unidad de fin supone la unidad delictiva, pero con pluralidad de derechos

⁵ TORRES ROSELL, N., «Artículo 172 bis», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, 7.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2016, pp. 1175 y 1176; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de trata de seres humanos en Derecho Penal español tras la reforma de 2015», en Pérez Alonso, E., (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 447 a 468.

⁶ STS 53/2014, de 4 de febrero.

violados, pero esta tesis fue posteriormente rechazada por imperativo legal y por la mayoría de la doctrina⁷. Y, ¿cuándo es un delito medio necesario para cometer otro? En principio, se entendió que ello solo ocurre cuando el delito fin no puede cometerse nunca, por su propia naturaleza, sin el delito medio, pero se ha reducido al sentido concreto, solo en el caso concreto en el que un delito no pudiera producirse sin el otro⁸. Por un lado, coincidimos con la doctrina mayoritaria en la necesidad de considerar el concurso medial como un concurso real⁹. Entendemos que, si hay unidad de hecho, la mención en el art. 77 sería superflua. Por otro, convenimos con Daunis Rodríguez¹⁰ en que para resolver la concurrencia normativa entre las normas penales en este delito deberá atenderse a las reglas del concurso medial dispuestas en el art. 77 CP, al configurarse las acciones de trata como un medio necesario para la consecución del fin que pretende el sujeto activo, la explotación de las víctimas. En consecuencia, al aplicarse la pena del delito más grave en su mitad superior, en la mayoría de las ocasiones la problemática concursal se resolverá mediante la activación del art. 177 bis CP, en su tipo básico o agravado.

III. FORMAS DE ABORDAR LA CONCURRENCIA DELICTIVA

Siendo el delito de trata un «proceso» hay que tener en cuenta todas las fases de este. El art. 177 bis CP puede entrar en concurso con tres grupos de normas diversas: con otros delitos que para incriminar formas de tráfico ilegal presentan una estructura típica similar a la de la trata de seres humanos; con los delitos de explotación laboral, sexual, etc., cuando la finalidad de explotación a la que va referida la acción de trata acaba realizándose efectivamente y con otros delitos que afectan a bienes jurídicos personales, cuando, con ocasión de la trata, el *modus operandi* elegido por el tratante conlleve una lesión o puesta en peligro de otros intereses personales de la víctima, como la vida, la salud individual o la integridad moral. Respecto a este último caso, los principales problemas relacionados con los medios comisivos son resultantes del

⁷ GUINARTE CABADA, G. «El concurso «medial» de delitos», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 13, 1988-1989, pp. 153-206.

⁸ MIR PUIG, S., 1992, p. 105.

⁹ Entre otros COBO DEL ROSAL, M., *Lecciones de derecho penal español*, Madrid, 1960, pp. 148 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 8.ª Edición, Barcelona (Reppertor), 2006 p. 600; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal, Parte General III, Culpabilidad, punibilidad, formas de aparición*, Barcelona (J. M. Bosch), 1985, p. 223.

¹⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, 1.ª Edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p.175.

uso de violencia o intimidación. En estos casos la conducta puede ser constitutiva de un delito de amenazas, coacciones o incluso de detenciones ilegales. El delito de trata exige que la violencia o intimidación, como medio comisivo despliegue una entidad suficiente como para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión de las personas. En este caso no vemos problema, de acuerdo con las reglas generales, tanto el delito de amenazas como el de coacciones quedarían consumidos en la acción típica de la trata, en virtud del principio de absorción. No obstante, cuando el ejercicio de tales medios resulte innecesario para asegurarse la comisión del delito de trata, entendemos deberá apreciarse un concurso ideal de delitos. Por su parte, si la víctima es retenida, impidiéndole ir libremente a donde quiera, existirá un concurso ideal entre el delito de trata y el delito de detención ilegal del art. 163 por excederse de lo necesario para la comisión del delito de trata de seres humanos. Por el contrario, cuando la privación de libertad ambulatoria sea fugaz o la estrictamente necesaria para la comisión del delito de trata será absorbida por el delito de trata de personas. Por último, la acción inicial –captación, traslado, acogida, entre otras– se completa con el fin –trabajo forzoso, matrimonio forzado, explotación sexual, etc.–. Entre los fines que persigue la trata de seres humanos destaca, por el número de condenas, la explotación sexual que se constituye en concurso medial, mostrándose contundente en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2016 cuando afirma: «*Sobre la subsunción de estos hechos en un delito de trata de seres humanos, en concurso medial con otro de prostitución coercitiva, no es necesario extendernos, pues la situación descrita se corresponde con una jurisprudencia ya más que reiterada de esta Sala Casacional al interpretar las conductas definidas en los artículos 177.bis y 188 (hoy 187) del Código penal, como es exponente la sentencia 191/2015, de 9 de abril, conforme a la cual la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito tipificado en el artículo 177.bis del Código penal*»¹¹.

Finalmente, en cuanto al número de sujetos pasivos, hay quien mantiene que sigue existiendo un solo delito, aunque la trata recaiga sobre varias personas, en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice con la misma unidad de propósito y como forma de una misma operación¹². En contra, consideramos que, a diferencia del deli-

¹¹ STS 2776/2016, de 17 de junio.

¹² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18.º Edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 208.

to de inmigración clandestina, no es un delito colectivo, por lo tanto, habrá un delito de trata del art.177 bis CP por cada persona víctima del delito¹³.

IV. PUNTO DE VISTA PENOLÓGICO

Debe advertirse que no es posible o viable la consunción o absorción de las acciones de trata de personas por los posteriores delitos de explotación. Dicha consunción no sólo viene impedida por la cláusula dispuesta en el propio art. 177 bis 9 CP –que exige la criminalización por separado de ambas conductas ilegales–, sino también, por la imposibilidad de desvalorar a través de los delitos de explotación la lesividad material que supone la trata de seres humanos, concretamente, el atentado a la dignidad humana que se produce¹⁴. Conforme a la Circular 4/2015, de 13 de julio, de la Fiscalía General del Estado y la doctrina del Tribunal Supremo¹⁵ la punición del concurso medial requiere realizar varias operaciones, empezando por seleccionar la infracción más grave, que será aquella que lleve aparejada una pena más grave, según el grado de ejecución, el de participación, las eximentes incompletas, el error de prohibición vencible, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc. La pena resultante para la infracción más grave, en su concreta expresión, es la que va a delimitar el suelo de esa pena única, y, el techo o límite superior vendrá dado por la adición de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente, tras haberse apreciado en cada uno de ellos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables. Por ello, siempre habrá que operar con tres límites, ya que la pena final, primero, habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave, segundo, no podrá superar la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, por último, no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo 76 del Código Penal. Finalizado el segundo paso –fijación de techo y suelo–, la siguiente fase es la individualización final de la pena «dentro de estos límites» y «conforme a los criterios expresados en el artículo 66» según su tenor literal, esto es, las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad de los hechos, por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior.

¹³ En este sentido MAYORDOMO RODRIGO, V., «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI (2011), pp. 373 y 374.

¹⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., 2013, p. 173.

¹⁵ STS de 17 de febrero de 2016, recurso 1212/2015.

V. CONCLUSIONES

Entre el delito de trata y la posterior explotación entendemos que existe una conexión típica, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas. Ciertamente, se pueden establecer concursos entre la trata y la explotación, pero esta solución nos lleva a correr el riesgo de romper con la idea de proceso, de itinerancia que acompaña al delito de trata. Entendemos que la cláusula concursal contenida en el número 9 del artículo 177 bis CP requiere de una interpretación restrictiva para evitar la vulneración del principio non bis in ídem y penas desproporcionadamente altas. También es criticable que se continúe manteniendo la referencia explícita a la posible concurrencia del delito de trata con el contemplado en el artículo 318 bis CP. Coincidimos con Villacampa Estiarte en que si dicha referencia explícita a esta posible relación concursal había obligado ya a huir de una exégesis del precepto que condujera a la afirmación automática del concurso en todos los supuestos en que la entrada, el tránsito o la permanencia de la víctima en el Estado español era ilegal, tras la reforma de 2015 y las declaraciones que contiene la Exposición de Motivos de la LO mediante la que se articula, no hay duda de que el tipo contemplado en el artículo 318 bis CP protege exclusivamente el interés administrativo del Estado en controlar los flujos migratorios. En estas condiciones, afirmar la concurrencia de todo supuesto de trata que implique cruce ilegal de fronteras con el tipo contemplado en el artículo 318 bis CP, cuando el tipo del delito de trata tiene una pena suficientemente grave sin necesidad de que se le añada el efecto cualificante propio de la determinación de pena tras el concurso, se hace todavía más complejo e incomprensible¹⁶. Si a la dificultad de entender la teoría del concurso de delitos, le añadimos una figura delictiva de tales características, nos lleva a concluir que no se puede aplicar de forma unitaria un único tratamiento para todos los supuestos y que el intérprete habrá que estar al caso concreto para dar una respuesta adecuada y, sobre todo, proporcionada.

¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «El delito de trata de seres humanos», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015* [Recurso electrónico], 2015.

**RELATORÍA CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA JORNADA
(28.06.2021) DEL IV SEMINARIO DE DERECHO PENAL DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

DAVID GALLEGO ARRIBAS **

El debate comienza con la intervención del Prof. Lascuraín Sánchez, que desea incidir en la crítica del Prof. Sanz Morán referida al excesivo intervencionismo legislativo en el tema concursal. Considera que razones vinculadas a los principios democrático y de seguridad jurídica aconsejan que, en abstracto, sea el legislador y no el juez el sujeto que elabore reglas específicas que determinen qué es la unidad delictiva (esto es, empleando el ejemplo del homicidio, qué trozo de vida se está desvalorando y en qué medida), como así sucede en otros ámbitos del Código Penal como, por ejemplo, en el delito de defraudación a la Seguridad Social, en el que el legislador considera como una única acción a sancionar todo lo realizado durante cuatro años naturales (art. 307.2 CP). El legislador tiene una legitimación especial para ello y el único límite a esta facultad debería derivar de los principios y valores contenidos en la Constitución, concretamente, del principio de proporcionalidad que canalizamos hacia la prohibición del *bis in idem*. Solo en este último caso el juez debe intervenir, o bien escogiendo de entre varias posibilidades aquella que no resulte desproporcionada, o, si todas resultan desproporcionadas, cuestionando la norma ante el TC para que ese específico concurso quede expulsado del ordenamiento jurídico.

* Profesor Ayudante de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

Por otro lado, en relación con la tesis defendida por el Prof. Sanz Morán relativa a la posible supresión del artículo 8 CP (en tanto esas mismas reglas podrían derivarse del principio de proporcionalidad y el *ne bis in idem*), el Prof. Lascuraín Sánchez discrepa ligeramente de aquella, considerando positiva la existencia y el mantenimiento del citado artículo, en tanto se trata de una manera de especificar la interdicción del *bis in idem* en nuestro ordenamiento.

En su réplica, el Prof. Sanz Morán afirma estar de acuerdo con el grueso de las observaciones: es el legislador el que debe decidir cómo desvalorar cada delito específico, tomando como límites principales los principios constitucionales y el *ne bis in idem*. Así, en tanto el principio ampliamente aceptado para decidir cuándo hay un concurso de normas o un concurso de delitos es que se conculque o no el principio del *ne bis in idem* en clave sustancial, lo dispuesto para el supuesto concreto por el legislador puede ser discutido desde una perspectiva constitucional por establecer una presunción *iuris et de iure* allí donde hay un principio constitucional en juego. Por último, considera que el grueso de su crítica a lo negativo del excesivo protagonismo del legislador sigue siendo válida para aquellos supuestos en los que tipos delictivos ubicados bajo el mismo título, capítulo y sección del Código Penal se encuentran sometidos a reglas concursales distintas, no quedando claro el porqué de esta decisión político-criminal.

Toma la palabra el Prof. Maldonado Fuentes para, en la línea de lo ya señalado por el Prof. Lascuraín Sánchez, manifestar que ha de ser el legislador el encargado de determinar tanto qué «trozos» de la realidad son merecedores de reproche, como cuál ha de ser ese reproche. Si, como a su juicio sucede con el legislador chileno, lo hace de manera incorrecta, entonces habrá que cambiar al legislador en las urnas, pero no tratar de solucionar el problema por medio de la interpretación judicial, pues en tal caso se estarán ocupando funciones que no corresponden a este poder estatal.

De otra parte, y en relación con la intervención de la Profa. Líbano Monteiro, comparte la idea de base, relativa a que los concursos son un problema de la realidad, de situaciones concretas y tangibles, y no de normas que el jurista deba comparar. Sin embargo, tomando ello como punto de partida, le cuesta ver dentro de la tipicidad un «primer anillo» que seleccione propiedades que luego sean relevantes en el contenido del injusto, más allá de las que ofrezcan algunos criterios de imputación como pueden ser algunos supuestos de error o de culpabilidad. Si solo se pueden considerar propiedades que están ahí contenidas, no acaba de percibir, a partir del recorte de la tipicidad, en qué parte de aquello que el legislador señala como relevante en el delito de homicidio está o puede estar considerada alguna propiedad también relevante para

el delito de daños. Está de acuerdo en que es necesario agotar la teoría del delito antes de tratar de resolver las cuestiones concursales, pero, aun llevando a cabo ese ejercicio completo, le resulta difícil comprender cómo ello puede ayudar a resolver el concurso entre el delito de homicidio y el delito de daños. A su juicio, al final se trataría de un problema de redundancia punitiva en el nivel de aplicación y ejecución de penas.

Por último, le plantea al Prof. Sanz Morán, en relación con los denominados «concurso subsecuentes», si, a su juicio, estos presentan una naturaleza de pluralidad de penas que generan problemas pragmáticos por haber sido resueltos en un tiempo o sentencias diferentes, o si, por el contrario, se trata de un problema de justicia vinculado a la existencia de dilaciones u otros motivos que hayan impedido el enjuiciamiento conjunto.

Inicia el turno de réplicas la Profa. Líbano Monteiro. Estima que, efectivamente, desde lo que ella denomina una perspectiva del tipo «clínicamente pura», nada tiene que ver conceptualmente el homicidio con el delito de daños. Sin embargo, esta puridad rara vez se da en la realidad. Así, en la práctica, existen muchos modos de matar que necesariamente conllevan «impurezas», sin que, a su juicio, sea necesario que la comisión de estas deba ser sancionadas por medio de otro tipo legal a través de la figura del concurso. Y ello porque cuando el legislador regula el delito de homicidio no lo hace pensando en homicidios «clínicamente puros».

En determinadas formas de homicidio, las llamadas «adherencias» o «impurezas» (como pueden ser los daños al traje) son parte inherente del injusto. Si el legislador no las indica en el tipo legal del homicidio es porque no puede legislar tomando en consideración todas las posibles formas de dar muerte a una persona. El legislador habla de cualidades disvaliosas en abstracto. Sin embargo, cuando lo que se pretende no es relacionar normas, sino determinar cuáles de esas normas son aplicables en el caso concreto, no debemos quedar encorsetados por el hecho de que, en abstracto, los bienes jurídicos lesionados no pertenezcan a la misma familia.

Una solución potencial para no castigar por el delito de daños sería abogar por la existencia de un concurso aparente: defender una unidad de hecho en la que el daño al traje quedaría absorbido por el principio de insignificancia. Sin embargo, a su juicio, tampoco ello es correcto, pues toma como punto de partida una visión retribucionista en la que la solución pasa por agotar el contenido de injusto y de culpabilidad de un hecho. Ella aboga, sin embargo, por resolver la problemática desde el principio de «necesidad de pena» dirigido tanto al legislador, como a los tribunales. Desde este punto de vista, que se corresponde con la función prospectiva de la norma penal, no es necesario

aplicar junto al delito de homicidio el delito de daños (aunque el traje fuera de oro), pues en ello no hay ningún valor añadido. ¿Por qué tengo que condenar por ambos tipos si la aplicación de uno solo es suficiente para apartar de la sociedad a quienes causan daños a trajes en homicidios?

Terminada la réplica de la Profa. Líbano Monteiro, hace uso de la palabra el Prof. Sanz Morán. Desde su punto de vista, la problemática a la que trata de dar respuesta la figura del concurso subsecuente reside en el no hacer depender de razones aleatorias (como el lugar de comisión del hecho, que puede dar lugar a la competencia de un órgano distinto) la aplicación de un régimen de cumplimiento de penas. No entra pues en lo defendido por la Profa. Líbano Monteiro, si bien acota que conduciría al problema de si estaría justificado la existencia de tratamientos tan diferenciados en fenómenos como los concursos y la reincidencia cuando, en el fondo, ambos tratan sobre la reiteración delictiva.

Cierra el turno de réplicas el Prof. De la Herrán Ruiz-Mateos, quien considera que, en los delitos de medios comisivos determinados, existe un problema de idoneidad del medio, esto es, de por qué en determinados delitos se exige violencia e intimidación mientras que en otros estos elementos quedan equiparados al engaño, al abuso de superioridad, etc. En el fondo, también ello se encuentra relacionado con la facultad del legislador para resolver los problemas de concursos. Se trata de un problema de justificación político-criminal en la creación por el legislador de los tipos penales.

Interviene el Prof. Cantard para plantear dos cuestiones. La primera se dirige a la Profa. Líbano Monteiro, en relación con el llamado «ilícito personal». Según ha afirmado en su ponencia, en los supuestos concursales lo relevante sería la concurrencia de ilícitos y no de delitos, pues todo aquello fuera del ilícito no aportaría nada a efectos de determinar la unidad o pluralidad de hechos. Siendo esto así, se pregunta qué le aporta ese elemento «personal» al ilícito a efectos de determinar la unidad del hecho y si esta misma conclusión no podría alcanzarse a partir de cualquier otra concepción del ilícito, aun cuando esta no sea «personal».

Por otro lado, quiere realizar la siguiente observación referida al ilícito mismo y a la forma de determinar la pluralidad de hechos. A su parecer, se observan dos maneras de llevar a cabo dicha tarea, ambas insatisfactorias. La primera vía es la que denomina como «teórica», y que llevaría o bien a tomar en cuenta la tipicidad (cómo están descritas las acciones típicas por parte del legislador) o bien a tener en cuenta el concepto de acción y la discusión en torno a la individualización de las acciones. La segunda vía, por el contrario, tendría un perfil más práctico, y estaría asentada en la idea de que no se puede desligar el concepto de unidad de hecho de las consecuencias penales que

establece el legislador para cada una de las modalidades de concurrencia delictiva. De elegir este segundo camino, considera imposible determinar la unidad o pluralidad del hecho prescindiendo de la categoría de la culpabilidad. Así, mientras la primera vía (circunscribir la unidad o pluralidad de hechos al ilícito) peca por defecto, esta segunda vía peca por exceso.

La segunda cuestión la dirige al Prof. Sanz Morán. Por un lado, está de acuerdo en que la existencia del delito continuado está justificada por la diferencia penológica entre concurso real e ideal. Sin embargo, ello no implica que no existan diferencias valorativas entre concurso real e ideal. Así, pregunta si, aun cuando se logre regular la concurrencia delictiva de manera más racional por el legislador, considera que aún tendría sentido mantener una distinción valorativa entre concurso real e ideal, diferencia que, por ejemplo, tiene más dudas en mantener entre el concurso medial y el delito continuado.

Da inicio al turno de réplicas la Profa. Líbano Monteiro. Estima que en el análisis del hecho, es imposible prescindir de la categoría de la culpabilidad y, también, la punibilidad, pues de otro modo no se podría determinar si hay un delito o no. Cuestión distinta es el juicio de la unidad de delitos. La culpabilidad no aporta nada a este, pues no aumenta la cantidad de delitos. El significado del delito se fija en el injusto y la culpabilidad no modifica ese significado, solo sirve para determinar si es posible censurar o no al agente, pero el significado del delito permanece inalterable. Para resolver los problemas concursales basta con refinar la categoría del injusto objetivo, ni crear nuevas categorías ni tratar de juntar las ya existentes es necesario.

En relación con la observación del Prof. Cantard, el Prof. Sanz Morán considera que la aproximación de las respuestas punitivas en el concurso real e ideal plantea el problema de hasta qué punto tiene sentido seguir manteniendo la diferenciación entre ambas modalidades concursales. A su parecer, sigue habiendo diferencias valorativas entre ambos, por lo que se muestra a favor de mantener esa distinción y en contra de adoptar una regulación uniforme. Distintas conclusiones pueden alcanzarse, sin embargo, respecto del delito continuado o del concurso medial, figuras de las que afirma «generan falsos problemas».

En el delito continuado o existe un único delito o existe un concurso real: es una apreciación valorativa del juzgador el determinar si está presente una suficiente ligazón contextual en las sucesivas acciones en sentido naturalístico como para considerar valorativamente la existencia de un solo hecho punible o no. No hay, por tanto, una diferencia sustancial entre lo que denominamos unidad natural de acción y el delito continuado, solo de grado. Y lo mismo sucede con el concurso medial: habrá supuestos donde haya una intersección de los actos típicos ejecutivos en el sentido de que pueda hablarse de un con-

curso ideal, de unidad de acción, y habrá supuestos en los que no y, en tal caso, estaremos ante un concurso real. No tiene sentido crear una categoría intermedia, pero sí debemos aproximar mucho las respuestas punitivas.

Continúa el debate con la intervención del Prof. Molina Fernández, quien defiende que quizás la comparación entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil pueda ofrecer una respuesta a una cuestión tan problemática como la concursal, que ha sido tan heterogéneamente tratada tanto a nivel de derecho comparado, como jurisprudencial. A su parecer, hasta ahora en los concursos se ha tomado como punto de partida una idea similar a la de la responsabilidad civil. Este tipo de responsabilidad toma como base el daño que se causa y el principio de acumulación, esto es, la persona que comete dos homicidios debe indemnizar por dos y no por uno. Por el contrario, en el ámbito penal el punto de partida es distinto: aquí la cuestión de la responsabilidad no queda asociada a la indemnización de un daño que se ha producido, sino a los fines que deben alcanzarse mediante la imposición y ejecución de la pena. La cuestión concursal, por lo tanto, no estaría tan relacionada con la teoría del delito como con ciertas cuestiones relacionadas con los fines de la pena (que, ya adelanta, a su juicio serían de naturaleza preventiva) y el ejercicio de determinación de esta última desde las finalidades que cumple. Toda la distinción entre concursos de leyes y de delitos son aproximaciones para estas dos grandes cuestiones y no hay mucho más.

Si nos basamos en la retribución (y es esta la idea que predomina en la población) no pueden ser lo mismo dos homicidios que treinta. De esta afirmación considera que se puede extraer una primera idea: atender al desvalor de resultado sigue siendo una cuestión esencial; se trata de un atributo que la responsabilidad penal comparte con la responsabilidad civil y con cualquier forma de responsabilidad. Lo primero es, por lo tanto, determinar cuál es el «daño posible» (esto es, tanto el daño que ha causado, como el que ha podido causar) asociado al comportamiento del autor. Que se trate de una o de varias acciones (o que esas acciones sean mediales) lo considera irrelevante.

En este ámbito hay que tener en cuenta dos aspectos con los que doctrina y jurisprudencia no han sabido capear. El primero hace referencia a los llamados «peligros alternativos». En la doctrina ha gozado siempre de popularidad la idea de que el peligro sería una lesión de menor entidad: si hay varios peligros, entonces hay varios resultados que debemos desaprobamos jurídicamente y, para ello, deben adicionarse. Sin embargo, desde su punto de vista, peligro y lesión serían cuestiones distintas desde el punto de vista ontológico: existen peligros alternativos, pero no lesiones alternativas, sino posibilidades alternativas de producir una lesión. Así, es perfectamente lógico que existan dos peli-

gros alternativos aun cuando solo se pueda producir un resultado de lesión. El segundo aspecto a tener en cuenta dentro de la lógica del «daño posible» es la relativa a los bienes jurídicos instrumentales. Si definimos el resultado del injusto en función de los bienes jurídicos e incluimos en este catálogo bienes que son instrumentales respecto de la tutela de bienes con entidad propia (esto es, que no tienen un valor en sí, sino solo un valor mediato), necesariamente en la teoría de concursos acabaremos llegando a conclusiones sobrepunitivistas, acabaremos castigando más de la cuenta.

Ello constituiría la primera cuestión a resolver en la teoría de concursos. La segunda cuestión (a su entender, la fundamental en teoría de concursos) consiste en determinar cuándo tenemos una pena suficiente para sancionar un hecho que puede ser todo lo complejo que la realidad permita. Dicho de otro modo, cuál es la pena adecuada que habría que imponer a un hecho individual, o a varios hechos complejos, en función de un examen global de lo cometido. La tendencia es a simplificar y a sumar cada parte que se desvalora del hecho por separado, pero ello no da un resultado adecuado. En ese sentido coincide plenamente con la Profa. Líbano Monteiro en que no hay que agotar de ninguna manera el desvalor del hecho.

Es en este punto en el que, a su parecer, debe tenerse en cuenta que la pena persigue una finalidad preventiva. A diferencia de la responsabilidad civil en la que opera el principio «tanto daño causas, tanto pagas», la responsabilidad penal no es una cuestión meramente retributiva. Desde luego que es importante conocer cuánto daño se ha causado o podido causar, sin embargo, en atención a los fines preventivos de la pena, se debe introducir un criterio que denomina como «principio de punición suficiente o principio de saturación». Este principio trata de mostrar que, a partir de un cierto momento, la pena ya no cumple ningún tipo de función porque ya ha satisfecho por completo los fines de prevención necesarios y da igual que se hayan cometido tres o treinta homicidios. Esta institución aparece, desde su punto de vista, por todas partes en la teoría de los concursos: en las limitaciones del concurso real, en la propia existencia del concurso ideal, en el delito continuado, en todas las reglas que limitan la acumulación y en los concursos de leyes.

Por otro lado, y al margen de lo anteriormente mencionado, el Prof. Molina Fernández se pronuncia también, en relación con la ponencia del Prof. Sanz Morán, sobre la importancia y pertinencia de que el Código Penal contenga reglas específicas de resolución para el concurso de leyes. De las hasta ahora cuatro existentes, dos de ellas directamente las eliminaría: i) la especialidad, por ser tan obvia que no hace falta declararla por escrito; y ii) la subsidiariedad, por no entender realmente qué significa o a qué hace referencia. En

relación con la alternatividad, esboza que es una regla «antipática» en un ordenamiento que funciona bien, sin embargo, en un ordenamiento que funciona mal es una regla imprescindible.

La consunción, en cambio, es una regla básica. Mezcla cuestiones relacionadas con el solapamiento (hay temas de consunción quizás relacionados con la idea de especialidad) con otras que tienen que ver con el mencionado principio de la «punición suficiente». El ejemplo de la ponencia de la Profa. Líbano Monteiro es clarísimo: una vez hemos castigado por el homicidio no hace falta además castigar por los daños en el traje, pues ya con el castigo del homicidio llegamos al punto de saturación. En cualquier caso, acota que esa relación de consunción habrá de determinarse caso a caso. Así, la solución puede ser completamente distinta si se causan unos daños extraordinariamente graves en concurso con una lesión leve. Por ejemplo, aquel que le rompe un cuadro de Picasso a otro en la cabeza causándole una brecha. En este caso habrá que castigar los daños pues las lesiones leves no captan de manera suficiente el contenido de desvalor de menoscabar un bien de valor histórico.

Al hilo de las reflexiones del Prof. Molina Fernández, toma la palabra el Prof. Peñaranda Ramos quien simpatiza en líneas generales con lo manifestado por el anterior y, en consecuencia, con la tesis de la Profa. Líbano Monteiro. La cuestión de los concursos no es, a su juicio, una cuestión de relación entre las normas o los tipos penales. Lo decisivo aquí son dos aspectos: i) la determinación del hecho por el que se ha de responder; y ii) las características que denotan su contenido delictivo. Tomando ello como base, el problema es cómo establecer una sanción proporcionada a la unidad o pluralidad de los hechos que así puedan contemplarse. Al final, y así lo reconoce la Profa. Líbano Monteiro en su monografía, es una cuestión de función preventiva de la pena. La no punición del delito de daños en el traje realizado al mismo tiempo que el homicidio obedece a una cuestión de necesidad de pena: se puede obtener una prevención razonable de este tipo de daños simplemente prohibiendo el homicidio, no es necesaria una sanción adicional. Las formas especiales del concurso de delitos (ideal, medial, real) son formas de introducir, seguramente de un modo inadecuado y demasiado limitado, reglas concretas que apuntan a cuestiones materiales que deberían ser consideradas en una determinación racional de la pena.

Añadiría además que, probablemente, sean estas consideraciones de tipo preventivo las que están detrás de las excepciones a las reglas concursales en los casos en los que un solo comportamiento produce una pluralidad de resultados respecto de bienes jurídicos altamente personales, por ejemplo, pluralidad de muertes o de lesiones en víctimas distintas. En estos supuestos tanto en España (así queda patente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el

concurso ideal), como en otros países del mundo (por ejemplo, en el derecho angloamericano se excluye la posibilidad de hacer concurrir los marcos penales) se abandona la regla general. ¿Es posible que, en estos casos, la prevención del delito impide dejar al arbitrio del agente la selección de una forma de producción de una pluralidad de muertes que reduzca su responsabilidad?

Así, en la línea de lo defendido por el Prof. Molina Fernández y la Profa. Líbano Monteiro, considera que no hay por qué agotar exhaustivamente el contenido del injusto delictivo, lo que tiene que ver más con una función retributiva de la pena que con una función preventiva. Bastaría pues con que de un modo suficiente se hubiera captado el desvalor. Y ello no tiene que ver con el principio de insignificancia (como sostuvo Matus Acuña en Chile) o con el *ne bis in ídem*. Esto sería una forma demasiado estrecha o reducida de ver el problema. La solución está relacionada con la proporcionalidad en un sentido más amplio, cuestión distinta es que este concepto amplio de proporcionalidad abarque también cuestiones referidas al *ne bis in ídem* y al principio de insignificancia.

Por otro lado, manifiesta su preocupación sobre cómo regular la problemática concursal: cuántas formas de concurso establecer, cómo diferenciarlas y qué tratamiento dar a cada una de ellas. Reconoce que, en cierto modo, siente simpatía por la simplicidad con la que el Código Penal portugués regula la materia concursal, aun cuando no esté convencido de que la regulación unitaria del concurso de delitos (como así sucede en Portugal) sea la mejor de las soluciones. A su entender, la adopción de esta solución puede estar condicionada por la gran moderación del Código Penal portugués en el diseño de las consecuencias atribuidas a los casos de concurso, en el que la pena máxima no puede exceder de los 25 años de prisión. En cualquier caso, advierte que en la discusión comparada hay menor divergencia de la aparente. Por ejemplo, en el derecho anglosajón no se distingue, *a priori*, entre concurso ideal y real, solo entre concurso aparente y concurso de delitos. Incluso en algunos casos permiten el solapamiento de marcos penales que pueden cumplirse simultáneamente, consiguiendo un efecto parecido al que tenemos en España en relación con el concurso ideal.

Por último, en relación con la ponencia del Prof. De la Herrán Ruiz-Mateos, afirma no estar convencido de que el problema de los delitos de medios comisivos determinados resida en una concepción arcaica o tradicional del delito, sino más bien en una pretensión punitivista que, consecuencia del rigor de nuestro sistema concursal, penetra a veces en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en ocasiones se ha atribuido un delito de robo a quien no empleó la violencia o la intimidación con ánimo de lucro, sino con otro objetivo, por ejemplo una agresión sexual.

Inicia el turno de réplicas el Prof. Sanz Morán quien manifiesta estar de acuerdo con la idea central de lo expuesto. El problema concursal es un problema de respuesta punitiva, respuesta que necesariamente ha de tomar como base las necesidades preventivas. La lógica de la acumulación responde a una idea retributiva que hay que dar por superada. Así, cita a Von Liszt para afirmar que «no se penan los distintos delitos de un hombre, sino a un hombre por distintos delitos».

Por lo demás, podemos seguir discrepando en si mantener un tratamiento uniforme o no de los concursos. El origen de esta discusión puede obedecer a un problema histórico: el que coincidiera en el tiempo la elaboración de la teoría concursal con la elaboración de la teoría de la acción como elemento del delito. Actualmente, cuando hablamos de hechos, lo hacemos en el sentido de hechos punibles; sin embargo, esto no era así en los inicios de la teoría concursal. En aquella época, el concepto de acción era el elemento central del delito, hasta el punto de estar vigente durante décadas en Alemania la denominada teoría de la unidad que afirmaba que de una acción solo podía derivar un delito. Todo ello perturbó enormemente la discusión y la hizo enormemente compleja. Así hasta bien entrado el siglo xx no se supo distinguir entre unidad y pluralidad de delitos por un lado, y las diferentes modalidades de concurso efectivo de delitos en base al criterio de si la acción es única o no es única, por el otro.

Asimismo, destaca que el argumento decisivo a favor del tratamiento diferenciado no es sustancial, sino procesal: los hechos cometidos en unidad de acción van a ser objeto de un único procedimiento. Como consecuencia de ello, en los casos de concurso real nos podemos encontrar con que, por déficit de funcionamiento policial, un hombre haga una verdadera carrera criminal antes de ser detenido y, en ese sentido, la respuesta pueda variar a nivel procesal. En relación con ello, le llama la atención que en el modelo anglosajón, al igual que en el derecho romano, lo que caracteriza a la discusión son el número no de delitos, sino de acciones en sentido procesal. Son las pretensiones punitivas en sentido procesal las que actúan como el criterio determinante. En cualquier caso, y como ya ha manifestado anteriormente, se muestra a favor de mantener la diferenciación entre concurso real e ideal.

Continúa el turno de réplicas con la intervención del Prof. De la Herrán Ruiz-Mateos, quien refiere estar de acuerdo en que, probablemente, el problema de los delitos de medios comisivos determinados responde a una tendencia más punitivista. Durante el análisis que lleva tiempo realizando, ha observado que en este tipo de delitos el dolo queda restringido únicamente a la actividad final. Ese análisis no se realiza sobre todo el complejo delictivo. Y, sin embargo, cuando el legislador vincula la violencia y la intimidación, u otros medios, a una actividad

posterior, el dolo debería examinarse desde el inicio, desde que el sujeto activo resuelve cometer un delito y pone a su disposición una serie de medios.

Cierra el debate la Profa. Líbano Monteiro. En relación con las reflexiones de los Profs. Molina Fernández y Peñaranda Ramos, estima como correcto el que, en última instancia, la problemática concursal es una cuestión de fines de la pena, pero antes incluso que de fines de la pena, de función del derecho penal, que es muy distinta a la función del derecho civil. El derecho civil tiene una función de ordenación de la vida social, de repartir beneficios y costes y de intentar reponer las cosas a su estado anterior. De ahí que, para este tipo de responsabilidad, lo importante sea el desvalor de resultado. Por el contrario la función del derecho penal es la de proteger y garantizar el disfrute de bienes jurídicos, algo que no consigue el derecho civil. El derecho penal tiene una función prospectiva, actúa cuando el daño ya está hecho y de ahí la importancia del desvalor de acción y de su concepto de ilícito personal.

Por otro lado, los problemas vinculados al concurso ideal están relacionados con el hecho de que hay demasiados concursos efectivos, es decir, concursos aparentes que, en realidad, contienen un solo delito. Esto puede observarse en Alemania con el mantenimiento del párrafo § 52 StGB que les permite construir un solo tipo juntando dos o tres delitos de la parte especial; es decir, ya nada tiene que ver el problema con la existencia de una o más acciones.

**RELATORÍA CORRESPONDIENTE A LA SEGUNDA JORNADA
(30.06.2021) DEL IV SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

NICOLÁS CANTARD *

Toma la palabra el Prof. Maldonado Fuentes, en la que reflexiona sobre lo manifestado por el Prof. Sanz Morán y la idea de que todos nos hemos criado en la lógica de la identidad entre acción, delito y pena, junto a la débil proporcionalidad por parte del legislador, que hace que tengamos la tendencia a no sacar de la cabeza ambas premisas, lo que ha enturbiado la discusión. Todas las ponencias han coincidido en que hay que trabajar en materia concursal en concreto, y que de alguna manera nuestra tarea es ver cuál es la sanción proporcional o adecuada a un determinado hecho. El problema es que muchas veces cuando tratamos de hacer eso, se nos olvida. La sola idea de plantearse en abstracto una potencial relación concursal a partir de lo que dicen los tipos penales, salvo en situaciones de especialidad, es muy compleja si nos tomamos en serio estas premisas. De hecho, la Profa. Escuchuri Aisa terminaba haciendo un esbozo inicial sobre las premisas para enfrentar la alternatividad, planteándose que, en ciertos tipos penales, según cómo los interpretemos, puede primar uno (acorde a ciertas situaciones particulares del caso) u otro. Refiere que eso le deja de inmediato la idea de que estamos frente a una situación absolutamente heterogénea, ya que depende de la interpretación de cada tipo penal de la parte especial la determinación de cuál va a ser el aplicable, y si de alguna manera esto no aporta una regla de preferencia, ello significa que no

* Contratado predoctoral FPI en el Área de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid.

estamos frente a una situación de controversia aparente en donde uno tiene que primar. En ese sentido, su primera reflexión tiene que ver con eso, con que el llamado tiene que ser a trabajar en el caso concreto y no necesariamente sobre normas en abstracto, salvo, insiste, en situaciones de especificidad o especialidad en las que cree que puede anticiparse de alguna manera la solución.

Un segundo comentario tiene que ver con las intervenciones de los Profs. Peñaranda Ramos y Molina Fernández del día anterior. Dice tener la sensación de que, en aras del principio de legalidad, la pena la fija el legislador y éste delega a la judicatura, a partir de parámetros establecidos en la propia ley, la tarea de concretizar dicha determinación en cada caso concreto, siendo que lo que nosotros hacemos como juristas es ayudar a interpretar cuál debería ser el sentido de las premisas, de los presupuestos que nos llevan a aplicar esas consecuencias. Sin embargo, cuando nosotros tenemos la tendencia a tomar como criterio la pena, tendemos a sustituir el criterio del legislador por el propio. Si a mí no me gusta la solución del legislador, porque creo que es desproporcionada, que es excesiva, o que es muy poca, como sucede en casi todas las intervenciones a propósito del concurso ideal homogéneo (en el que, por ejemplo, se producen 40 muertes con una sola acción, y, resultando indiscutible que hay una sola acción, no nos convence que haya tan poca pena para 40 muertes), en las que tenemos que interpretar una acción como otra cosa y ahí, más bien, estamos tergiversando la decisión del legislador en lugar de interpretarla, que es nuestra tarea. Podemos criticar la norma, podemos decir que incurre en algún déficit de proporcionalidad constitucional, por exceso o por defecto, para no aplicarla, pero lo que no se puede hacer, a su juicio, es asumir que si no nos gusta la solución final del legislador podemos sustituirla nosotros como intérprete. Indica que ahí ve un problema, que quizás radique en un excesivo positivismo, ya que desde siempre ha aprendido y enseñado que, en virtud del principio de legalidad, las penas las fija el legislador y no el intérprete de la ley. Por lo mismo, manifiesta un parecer discordante con el que expresaban los Profs. Peñaranda Ramos y Molina Fernández sobre el principio de exhaustividad. Considera que si el legislador dice hay que valorar todas estas propiedades, todos estos parámetros, y propone esta valoración con efecto vinculante e imperativo, el intérprete no es nadie para decir que una determinada propiedad del hecho típico no va a ser valorada, ya que, precisamente, el que manda, que es el legislador, dijo que había que valorarla. Cree que dejar de considerar por razones de necesidad ciertas propiedades del hecho delictivo no nos corresponde, y que sí hay buenas razones (como se dijo el día anterior) para no penalizar el daño patrimonial en el homicidio, pero esas razones no pueden ser

solamente una valoración del Juez o del intérprete sobre unas situaciones de falta de necesidad de pena, precisamente porque esto no nos corresponde.

En relación a la intervención de la Profa. Escuchuri Aisa, refiere que ella planteaba algunas objeciones respecto del tratamiento individual del bien jurídico, del resultado, etc. para enfrentar estos casos y él tiene la sensación de que eso es correcto. Si nos tomamos en serio la idea de trabajar en concreto, primero habría que agotar todo el proceso de interpretación, luego agotar el proceso de subsunción, y eso supone no sólo considerar el bien jurídico, la acción, el dolo, el rol que tiene, por ejemplo, la coerción dentro de un determinado ilícito a partir de su estructura, sino realizar una valoración global de todo ello. Por ejemplo, se habla mucho del bien jurídico personalísimo, y pronto aparece la duda de cómo contar el número de ellos afectados, en el sentido en que generalmente lo hacemos, en el delito de genocidio. En ese tipo de delitos, cuesta mucho «no deber pena», porque si uno tiene que considerar cada muerte (ya que indiscutiblemente se trata de un bien jurídico personalísimo) como un criterio para cuantificar delitos, nos va a costar mucho no ver 200, 300, 500, 2000 delitos (además, en concurso real), y cree que eso es absurdo, porque el delito de genocidio presupone la provocación de una pluralidad de muertes. Lo que quiere poner de relieve con eso es que la tendencia a buscar desde la parte general *un* factor para resolver estos problemas es irrazonable, porque tenemos que tomarnos en serio la idea de que primero hay que subsumir y tenemos que trabajar con casos en concreto.

Finalmente, para el concurso aparente y el criterio de la alternatividad, estima que tenemos la tendencia también a trabajar con nociones como ‘especialidad’, ‘consunción’ o ‘alternatividad’, y el problema es que «de cinco autores tenemos seis opiniones sobre qué significan esos principios», porque una parte relevante de la doctrina duda sobre cómo aplicar alguno o qué contenido darle. Por lo tanto, la tendencia natural que mostramos, por nuestra formación como juristas, a trabajar sobre categorías, resulta problemática en estos casos, ya que cuando un autor opina algo sobre el criterio de la consunción, probablemente lo opine sobre un contexto y un concepto que cualquiera de los demás entiende y define de manera distinta. Refiere que a él le ha resultado muy útil trabajar sobre casos-problema. Cree que la lógica del concurso aparente intenta resolver un caso de solapamiento absoluto que obliga a buscar una regla de preferencia y, cuando eso sucede, se puede estar ante tres tipos de situaciones: (1) sucede de forma absolutamente imprevista por el legislador, lo que cree que es más cercano a la consunción; (2) sucede de forma predefinida por el legislador, lo que nos lleva a un supuesto de especialidad y; (3) sucede por cosas del azar, cuando el legislador definió exactamente lo mismo en dos tipos

penales, los casos de solapamiento completo y absoluto, donde no se tiene una buena regla de preferencia. Considera que estos son los casos a resolver y que la doctrina ha tratado de trabajar con la vía de la alternatividad. España tiene el problema adicional de que la descripción legal del artículo 8 CP no ayuda mucho a interpretarlo hacia ese contexto, pero entiende que es el único campo donde uno puede trabajar, y le ha hecho mucho sentido buscar otros criterios de preferencias, no los que están en la propia ley. Normalmente cuando esto sucede, el legislador ha introducido una reforma que, de alguna manera, echó a perder todo, que fue errónea porque solapa completamente ciertos tipos penales, y cree que el criterio de ley posterior prima sobre ley precedente no resuelve el problema de la normatividad.

A continuación, la Magistrada Ferrer García manifiesta entender la posición crítica de la doctrina, pero también subraya que los tribunales tienen que aplicar la ley al caso concreto, y tiene razón el Prof. Maldonado Fuentes en que la configuración de los tipos la hace el legislador, pero destaca también que hay ocasiones en que esa configuración no está nítidamente perfilada de manera que no deje margen a la interpretación de los tribunales. Y en la determinación de la pena, esa es la función que les corresponde como Magistrados. La clave de la proporcionalidad no puede ser olvidada, ya que es uno de los principios que inspira el derecho penal y que inspira su actuación. Así, cuando llega el momento de tener que fijar la pena, la base de la proporcionalidad es esencial. Cree que las interpretaciones de las normas, que no son sino normas de aplicación de las penas, son perfectamente admisibles, y también discutibles como ha quedado claro.

La Profa. Escuchuri Aisa refiere que no cree que el concurso de leyes sea sólo un problema del supuesto concreto. Si se parte de un concepto claro del concurso de leyes, con unos principios que nos ayuden en su solución, tenemos la base desde la que comenzar a trabajar. Es verdad que si se observa la parte especial y se analizan los casos concretos, se pueden encontrar opiniones de todos los tipos, como bien ha dicho la Profa. Pardo Miranda con relación al delito de trata de seres humanos. Por ejemplo, discutíamos también con relación al delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP, cuando se producen además resultados lesivos. En los casos en los que se comenten distintos delitos de detención ilegal, en otro momento un delito grave de lesiones, otro día una violación,... todos esos delitos conforman un concurso real, pero el delito de maltrato actúa «como abrazándolos todos» y entonces habría un concurso ideal. Si se miran así los casos, se detectan multitud de concursos que luego no se saben resolver. Cree que la clave también reside en perder un poco de miedo a aplicar más el concurso ideal, porque también cumple una función de clari-

ficación. Si se establece una consecuencia jurídica que permita mayor flexibilidad, ahí el intérprete tiene más margen para decir si hay más o menos injusto. Es consciente de que eso a veces no gusta a la doctrina, que prefiere maximizar la seguridad jurídica, pero precisamente cuando confluyen tantas normas y tantas conductas, o con delitos que se prolongan en el tiempo, es complicado el equilibrio. Pero considera que no es sólo una cuestión del caso concreto, que sí hay que tener siempre presente los principios que inspiran el concurso de leyes.

Toma la palabra el Prof. Peñaranda Ramos. Refiere estar muy de acuerdo con lo planteado por la Profa. Escuchuri Aisa en relación a la forma en que se está legislando, con una proliferación de nuevos tipos delictivos, además con múltiples modalidades agravadas que se solapan con otros delitos y, por lo tanto, desplazan de algún modo las reglas generales sobre los concursos, lo que constituye un problema con el que un proyecto como el que tratamos de llevar adelante tiene que lidiar. En ese sentido, cree que una primera propuesta tiene que ser la de tender a una simplificación de la legislación en todos los campos que se han venido complejizando. A partir de ello, entiende que tanto la Profa. Escuchuri Aisa como el Prof. Maldonado Fuentes han puesto el dedo en la llaga de la cuestión que se está tratando, y que no es otra que la concepción general del concurso de leyes como una hipótesis en la que un precepto desplaza la aplicación de otro porque ha captado exhaustivamente el desvalor que en el otro estaría también captado. De ahí surge esa idea de que, quienes no lo vemos así, estamos invirtiendo metodológicamente el orden de las cosas, como lo ha expresado la Profa. Escuchuri Aisa, o estamos desconociendo la voluntad del legislador o convirtiéndonos en legislador al pretender que se aplique una pena que consideramos más proporcionada cuando el legislador ha dicho que no, que hay que agotar el castigo hasta la última gota que sea necesaria para que ningún elemento que se encuentre presente en el hecho deje de ser considerado, como ha dicho el Prof. Maldonado Fuentes. Pero refiere que él lee el Código Penal y las leyes, y no encuentra nada de esto en ellas. Es decir, no cree que su interpretación sea *contra legem* o *extra legem*, sino al contrario, se produce siguiendo el criterio del legislador. Es verdad que el artículo 8 CP es un precepto muy complejo, que no está bien formulado y que no tiene claros límites (salvo quizás el caso de la especialidad, no están claras ninguna de las otras tres reglas o, por lo menos, las de subsidiariedad y consunción). Pero lo que sí está claro es que el legislador ha dicho que hay casos en los que no es necesario agotar el castigo hasta la última gota y son aquellos que se suelen calificar como de inherencia. El Prof. Peñaranda Ramos indica que él lee en el artículo 8.3 CP la intención del legislador de referirse a estos

casos, marcando la pauta de que para que haya un concurso de leyes no se requiere una valoración exhaustiva del hecho por ninguno de los preceptos. Que resulta claro que en el caso que nos comentaba la Profa. Líbano Monteiro sobre el daño en la ropa de la víctima de un homicidio, el delito de daños no debe aplicarse adicionalmente, ya sea por necesidades preventivas, ya sea por el principio de insignificancia (como dice Matus Acuña entre otros), ya sea por otras razones. Y eso cree que se desprende de algún modo del artículo 8.3 CP y de una interpretación histórica y sistemática del Código Penal. Sí cree que es exagerado apreciar, como ha afirmado la Profa. Escuchuri Aisa, concursos ideales por doquier, por ejemplo, concursos ideales (recordando a su querido maestro el Prof. Gracia Martín) entre las dos modalidades de asesinato cuando concurren ambas cualificaciones en un hecho, tesis que sostuvo el mencionado Prof. Gracia Martín en su momento y con la cual el Prof. Peñaranda Ramos se muestra en desacuerdo. Considera que ese era un caso de concurso de leyes que debía resolverse por alternatividad, en el Código Penal antiguo. En el Código nuevo hubo una solución particular que no fue tampoco la del concurso ideal, fue otra. Ahora se parece a la de un concurso ideal, en la última modificación, porque da lugar a la aplicación de la pena del asesinato en su mitad superior. No cree que sea un caso de concurso ideal, sino de reglas *ad hoc* de aplicación de la pena que no obligan a decir que estamos ante supuestos de concursos ideales. Cree que hay concursos de leyes en casos en los que ninguno de los preceptos agota exhaustivamente el desvalor de la conducta, y eso no cree que sea una interpretación contraria a la ley sino *secundum legem*, por lo menos del artículo 8.3 CP.

Por alusiones, manifiesta también que el caso del homicidio y el asesinato consecutivos a un delito contra la libertad sexual es un caso muy raro, que le parece que no permite establecer a partir de él ninguna categoría. La propuesta que ha hecho la Profa. Escuchuri Aisa le parece interesante, pero ese caso es distinto ya que lo que pretendió el legislador, y cree sinceramente que aquí no hay que seguir al legislador porque esto es contrario a normas de mayor rango (contrario a la Constitución), es establecer un tipo de autor, es decir castigar con una pena agravada, por razones preventivo-especiales, a sujetos tan peligrosos que no sólo matan, sino que lo hacen tras haber cometido un delito contra la libertad sexual. No cree que el legislador tuviera aquí la idea de que el homicidio o el asesinato, así agravado, desplazase la aplicación de una violación, sino que su idea era que se castigaran en concurso de delitos. Entiende que aquí se ha establecido más un tipo criminológico que un tipo aceptable de delito de homicidio o de asesinato.

En cuanto a lo manifestado por la Magistrada Ferrer García, le parece muy interesante esa idea de evitar la reiteración mecánica de fundamentos jurídicos en distintas sentencias que enjuician hechos diferentes, cosa que, como él destaca, también sucede, a su manera, en la academia. Por lo demás, afirma que muchas veces se critica desde la academia a la jurisprudencia, pero considera necesario decir que ni la jurisprudencia es totalmente uniforme, ya que hay divergencias que afloran y a veces hay que establecer acuerdos para poder unificar criterios, ni lo es tampoco la academia. Y en ese tema que ella ha traído, de nuevo él no tiene la misma opinión que otros penalistas que han criticado tanto esa jurisprudencia del TS sobre el concurso real en caso de pluralidad de resultados de muerte a través de una única acción. Cree que lo que ha hecho ahí el TS no es inventarse algo en contra de lo que «claramente establece la ley», como muchas veces se dice. Porque la ley no ha dicho en ningún sitio qué es un único hecho ni qué son varios hechos a este respecto, y ha habido una gran divergencia de opiniones, no sólo aquí sino también en otros lugares del mundo, sobre cómo se puede interpretar todo esto. Cree que también en la ley se encuentra un cierto criterio u orientación para hacer más difícil la unificación del delito o la unificación del marco penal cuando son varios, allí donde nos encontramos ante (1) bienes jurídicos de carácter altamente personal y, (2) que afectan a distintas personas. Eso se encuentra, por ejemplo, en la regulación del delito continuado, que no es ningún modelo, pero que existe en nuestro Código. Hablando de lo que dice el legislador, allí establece que no se aplica el delito continuado cuando se afectan bienes de carácter altamente personal, y en los dos casos en que se admite que fuera así, los delitos contra el honor y la libertad sexual, sólo se permite cuando las conductas afectan a la misma persona. Así, la idea que él defiende se encontraría en la regulación del delito continuado, pero también en muchos otros preceptos del Código, y por eso no le parece que sea extraño que el TS haya apuntado que en ciertos casos en los que el suceso afecte a una pluralidad de personas en bienes de carácter altamente personal, la unificación tan estricta que podría producirse, por ejemplo, en el marco penal, ajustándolo al máximo de la pena del delito más grave, no es la solución adecuada. Y no cree que ello lo haya hecho de espaldas a la ley, sino impulsado por ella. Y entiende que debería generalizarse, y hay una tendencia hacia la generalización. El Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del año 2016 en relación a la trata de personas, del que ha hablado la Profa. Pardo Miranda, es indicativo de que el TS ha considerado que este criterio no afecta sólo al caso de los resultados homogéneos en los delitos contra la vida (cree que la homogeneidad es lo de menos), y que si se produjeran resultados de muerte y de lesiones en personas distintas cree que el TS tendría

que decir lo mismo que ha dicho para los casos de pluralidad de muertes. Esto no afecta sólo a estos casos, sino que afecta en general a los delitos contra intereses personales, lo que implica un segundo paso hacia la generalización. Y no es extraño, por ejemplo, ya que en algunas Audiencias Provinciales se están suscitando problemas con un caso como el que sigue: un sujeto deja una cámara grabando en un lavabo de mujeres en un bar y graba a todas las mujeres que van entrando a ese sitio. En ese supuesto, ¿hay un concurso ideal de delitos con tantas víctimas como personas se vean afectadas por la captación de esas imágenes o un concurso real? Entiende que la línea tendría que ser, si se sigue con el criterio avanzado por el TS, la del concurso real. Lo que ocurre a partir de ahí es que las penas del concurso real y del concurso ideal están tan distantes que esta decisión tiene gravísimas consecuencias, y eso es una parte central del problema. En una regulación racional de los concursos, podríamos decir sin otras ataduras que estos casos se tratan jurídicamente del modo que fuera. La regulación actual de los concursos, sin embargo, debe ser ajustada, y una posible opción es la de la unificación o, como viene proponiendo el Prof. Sanz Morán desde hace tiempo, al menos una aproximación del tratamiento del concurso ideal y del concurso real. Adicionalmente, entiende que dicha modificación del modelo es obligada también por las dificultades con la que la jurisprudencia se ha encontrado ante una decisión del legislador de extraer el tratamiento del concurso medial del que hasta ahora venía dispensándole (idéntico al del concurso ideal), dándole un tratamiento que es más beneficioso, puede ser más gravoso, pero, en muchos casos, allí donde las penas concretas se aplican en sus mínimos puede ser mucho menor porque el concurso medial actual permite añadir sólo un día de pena o una cuota de multa y ya con ello se tiene una pena mayor concretamente aplicable al delito más grave y con eso estamos ya cumpliendo lo que en el artículo 77.3 CP se establece. Entonces, cree que toda esa descoordinación que ha causado el legislador nos obliga a replantear todo el modelo concursal, siendo este uno de los motivos que han impulsado el planteamiento del proyecto de investigación en el que se enmarca este seminario.

El Prof. Peñaranda Ramos plantea una última cuestión en relación con lo que ha expuesto la Profa. Pardo Miranda. Refiere tener dudas sobre si se podría interpretar siempre en el mismo sentido cláusulas como la del apartado noveno del artículo 177 bis CP, porque la Profa. Pardo Miranda ha afirmado que parece deducirse de él una cierta orientación hacia la apreciación de un concurso real de delitos. Él cree que lo que se desprende de ese tipo de cláusulas es la exclusión de un concurso de leyes, una exclusión desde el principio que, sin embargo, se puede reducir teleológicamente, en la línea de lo que ha dicho la

Profa. Pardo Miranda, estando él de acuerdo, cuando optar por el concurso de delitos es contrario al principio *ne bis in idem*, principio constitucional que tendríamos que respetar de todos modos. Y que cuando se ha de seguir lo que este tipo de preceptos dicen, no está claro que la solución sea la de un concurso real, un concurso medial o un concurso ideal, sino que hay que ver caso por caso cuál es la relación en la que estos preceptos se encuentran. Le parece, y esta es la pregunta que plantea a la Profa. Pardo Miranda, que esto es lo que se desprende de su ponencia.

A ello la Profa. Pardo Miranda contesta afirmativamente, reiterando que su conclusión es que hay que mirar el caso concreto para saber si estamos ante un concurso real o un concurso ideal y que, aunque el legislador haya incluido ese apartado 9, cree que el concurso de leyes también se puede apreciar.

La Magistrada Ferrer García refiere que es verdad que la técnica legislativa por la que últimamente se inclina el legislador, fundamentalmente como consecuencia de la necesidad de incriminar comportamientos que se trasponen directamente de instrumentos internacionales, nos plantea continuamente la coincidencia de normas sancionadoras en un mismo supuesto con una clara vulneración del *bis in idem*. De hecho, son muchas las resoluciones en las que recientemente el TS se ha tenido que pronunciar en ese sentido, como por ej. en los delitos de revelación de secretos del artículo 197 CP con relación al delito de chantaje del artículo 171.2 CP. En ese caso se han decantado por el concurso de normas en el caso de la aplicación del apartado 7, que antes era el 6, cuando la revelación de secretos responde a un ánimo de lucro, porque realmente confluye con el tipo de chantaje que se hace con la exigencia de una retribución a cambio de no difundir unas imágenes. Es verdad que continuamente están tratando de solventar esos problemas, a los que una nueva técnica nos está enfrentando y el concurso de leyes da una solución para todas ellas, una solución que el propio legislador nos la brinda.

A continuación, la Profa. Escuchuri Aisa manifiesta que hay que seguir reflexionando sobre el criterio de la alternatividad, porque en el caso del homicidio posterior a un delito sexual quizás tenga un margen muy limitado de aplicación, ya que si hay cualquier tipo de vínculo entre uno y otro ya estamos ante un supuesto de asesinato. Sí que hay otra discusión relevante, y de hecho la Fiscalía General del Estado invoca el principio de alternatividad allí, con relación al delito de organización criminal del artículo 570 bis CP, ya que además el propio artículo 570 quater CP se remite expresamente a la regla cuarta del artículo 8 CP. Habiéndose seguido este doble camino, que estima erróneo, de tipificar o recoger un delito de organización de grupo criminal y, a la vez, establecer tipos especiales en tráfico de drogas, en la trata, o en delitos contra

la libertad sexual, que agravan esas conductas si el autor además pertenece a una organización criminal, se plantean ciertas relaciones de identidad. Lo que sucede es que en este campo sí ha habido un fallo del legislativo y la Fiscalía opta, cuando el tipo agravado de la parte especial tiene prevista una pena menor, por aplicar el concurso entre el tipo de organización criminal y el tipo de la parte especial que se trate en su modalidad básica.

Posteriormente toma la palabra el Prof. Maset Gómez, y propone para el debate, y específicamente para conocer la opinión de la Magistrada Ferrer García, el caso del robo con violencia en el que se produce un resultado de lesiones psíquicas, no físicas. Es evidente que un robo con violencia puede comportar el dolo eventual de causar un resultado lesivo de lesiones físicas, pero hasta qué punto un sujeto que va a una tienda de móviles, forcejea un poco con la dependienta y se llevaba un móvil, resultando que la víctima sufre un trastorno mixto de ansiedad y depresión que requiere tratamiento psicoterapéutico, se representa la eventualidad de ese resultado como para que se pueda apreciar, como así ha acusado la Fiscalía, el concurso real entre el delito de robo con violencia en establecimiento al público y un delito del tipo básico de lesiones del artículo 147.1 CP, por lesiones psíquicas. Le pareció entender en la comunicación del Prof. De Herrán Ruiz-Mateos que cuando el dolo abarcaba el medio violento, eso acababa suponiendo que los dos delitos son dolosos y en concurso real, el robo con violencia y las lesiones psíquicas. Pero él no lo ve tan claro, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, que el dolo de una persona que comete un robo con violencia abarque las lesiones psíquicas.

A ello, la Magistrada Ferrer García responde que la jurisprudencia en este sentido es unánime a raíz de la cláusula del artículo 242 CP: las lesiones que se causen a consecuencia de los actos de violencia e intimidación ejecutados, se penarán por separado. En particular, con relación a las lesiones psíquicas, la jurisprudencia no ha estado exenta de alguna oscilación, sobre todo en relación a las lesiones que derivaban de los delitos contra la libertad sexual, con un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del TS, de principios de los 2000, en el que se estableció la pauta de que las lesiones se penarán por separado en el momento en que tengan una sustantividad propia y que pongan de relieve que el autor pudo alcanzar, en el dolo, la idea de que su comportamiento iba a provocar esas lesiones, aunque fuera por la vía del dolo eventual. Considera que, con esas pautas, depende de la entidad del ataque, pero que proyectado sobre el robo es clara la tendencia al concurso real. En relación a las lesiones psíquicas, el tratamiento está vinculado al mecanismo productor de la lesión, ya que no es tanto si se trata de una lesión que deriva exclusivamente del acto de intimidación como si va acompañada de la especial gravedad

del medio utilizado para causar esa alteración. También, afirma, el TS ha admitido el concurso ideal en el caso de la antigua preterintencionalidad.

Toma la palabra el Prof. Mañalich para plantear algunas cuestiones que se relacionan entre sí y que, al comienzo de su intervención, apuntaba la Profa. Escuchuri Aisa, habiendo dado lugar a un comentario posterior del Prof. Peñaranda Ramos. El primer punto es respecto de algo que planteó la Profa. Escuchuri Aisa en particular. Ella decía que a su juicio las reglas del concurso se comportan como normas de segundo orden, cuestión con la que está enteramente de acuerdo, y ello sería compatible (a juicio de ella) con entender que los problemas de concursos son problemas con los que se cierra la teoría del hecho punible. Con esta segunda afirmación el Prof. Mañalich se muestra en desacuerdo, porque cree que la ventaja analítica que está asociada a pensar en las reglas del concurso como normas de segundo orden es que por esa vía entendemos que la función de esas reglas es determinar qué normas de sanción, cuyas condiciones de aplicación se hayan visto satisfechas en el caso que tenemos a la vista, son efectivamente las normas de sanción que deberían servir como premisa para una decisión de condena y, por ende, para la determinación de la pena que corresponda imponer de acuerdo con esa o esas condenas. Y cuando uno mira las cosas de esa manera, tiene que asumir que la pregunta de si las condiciones de aplicabilidad interna de cada una de esas normas de sanción se ven satisfechas, es una pregunta que ya ha quedado respondida afirmativamente. Por lo tanto, él diría, y esto es algo que a su juicio bien sensatamente Radbruch apuntaba ya en su tesis doctoral, los problemas de concursos no son problemas de teoría general del hecho punible porque se nos presentan una vez que, respecto de un mismo tipo varias veces o respecto de varios tipos distintos, tenemos configurados sendos hechos punibles. Por lo tanto, no hay nada que uno gane sosteniendo que se trata de cuestiones que pertenecen a la teoría general del hecho punible. Puede ser, y no sabe si la Profa. Escuchuri Aisa tuvo ello en cuenta cuando sostuvo esta idea, que la opción de ver los concursos como un problema de determinación de la pena se quede un poco corta, ya que en puridad deberían ser vistos como una cuestión de fundamentación y determinación de la pena. Pero en todo caso él no cree que pueda ser, a partir de la concepción de estas reglas que la Profa. Escuchuri Aisa suscribe, que uno al mismo tiempo pueda sostener que se trataría de problemas de teoría general del hecho punible. Cree que se ganaría claridad si definitivamente se erradicara este ámbito de la elaboración dogmática al terreno de las consecuencias jurídicas del hecho, o los hechos punibles.

Y respecto de lo que planteaba el Prof. Peñaranda Ramos, con relación a la tesis que atribuía a la Profa. Escuchuri Aisa, y con la que cree estar de acuer-

do, el Prof. Mañalich tiene la impresión de que quizás la noción de exhaustividad se esté volviendo problemática por lo que Wittgenstein llamaba un superlativo filosófico, es decir algo que no nos deja pensar con claridad. Él es partidario de que el principio *ne bis in idem*, que es la clave maestra aquí, encuentre su estándar complementario en el mandato de exhaustividad, como lo denomina Puppe. Así cree que quizás se podrían tratar de acercar posiciones, si es que nos preguntamos qué estamos entendiendo por exhaustividad y, sobre todo, cómo se desenvuelve este estándar en casos que pueden ser de solución más o menos intuitiva.

Respecto de la apreciación que hacía el Prof. Peñaranda Ramos con respecto al caso en el que una persona mata a otra perforando su cuerpo con un cuchillo, en términos tales que el cuchillo atraviesa la chaqueta o la camisa que esa víctima llevaba puesta, planteándose la pregunta de si tiene sentido o no pensar que esa persona debería ser doblemente condenada como autora de homicidio y de daños, el Prof. Mañalich entiende que deben hacerse dos reflexiones separadas. Por un lado, entiende que el artículo 8.3 CP no permite sostener que hay inherencia aquí, ya que cuando se refiere al «precepto más amplio o complejo», y tomando en consideración la norma de sanción que tipifica el homicidio y la norma de sanción que tipifica el daño, nos encontramos con que ambos tienen la estructura de tipos de resultado y ninguno de los dos es más amplio o complejo que el otro, no hay ningún sentido en que él pueda decir que el homicidio es más amplio o complejo que el daño. El foco de la tipificación está puesto en un ámbito enteramente distinto, pero la estructura de la tipificación es perfectamente simétrica, se trata de producir un resultado. Entonces él no cree que uno pueda leer ahí, para jugar *secundum legem*, como dijo el Prof. Peñaranda Ramos, una validación del criterio de inherencia. Eso a él le hace pensar que, de *lege ferenda*, quizás el Código debería contentarse con tener un llamado de atención respecto de la eventual vulneración del *ne bis in idem* que pueda estar en juego en casos de aplicación múltiple de normas de sanción a un determinado caso. Refiere que sería partidario de consagrar un criterio de inherencia más que especificar reglas como las que recoge el artículo 8 CP que, se imagina, debe dar lugar a ciertos quebraderos de cabeza.

Pero, afirma el Prof. Mañalich, si comparamos el caso que proponía el Prof. Peñaranda Ramos con el siguiente, quizás uno pueda ver luz al final del túnel. Qué pasa si es que el autor le dice a la víctima «sácate la chaqueta», rompe la chaqueta con el cuchillo y entonces después propina el cuchillazo. Dice tener la sospecha de que, si es que tenía la intuición en el caso original de negar el concurso ideal y afirmar, en cambio, concurso aparente, quizás en el segundo caso deba alcanzar una solución distinta, y a él le parece que eso es

cuerto. Porque en el segundo caso la perpetración del daño no está funcionalmente conectada con la perpetración del homicidio, ahí además se abriría el inciso de que el concurso, en caso de ser auténtico, no debería ser tratado como ideal, sino que real. Pero a lo que se quiere referir es que no se puede simplemente comparar las *intensios*, o sea las descripciones abstractas en las que consisten los tipos realizados, y decir que, como no podemos excedernos o sería excesivo condenar por ambos, tenemos que quedarnos con uno. Él haría la siguiente analogía respecto de casos en los que tradicionalmente se echa mano del criterio de la consunción: un delito de violación que supone que en el lapso durante el cual tiene lugar el acceso carnal o aquello en lo que consiste el delito según el respectivo código penal, la víctima queda trivialmente privada de libertad. En esos casos, se podría plantear si acaso esta persona no ha sido víctima de secuestro en el ínterin. Si suprimimos *in mente* el acceso carnal constitutivo de violación y nos imaginamos la misma situación, *mutatis mutandi*, en que esta persona simplemente retiene a esta otra por el mismo lapso, ¿negaríamos que hay secuestro?. La respuesta sería «no, no negaríamos que hay secuestro», ergo, si a eso le añadimos que hubo acceso carnal, no podríamos «privilegiar» al autor negando que el concurso sea auténtico. Esa manera de leer el mandato de exhaustividad es problemática porque vuelve inaplicable el criterio de la consunción. Entonces ¿en qué repararía él? Repararía en el hecho, y esta le parece que es la formulación más aceptada, de que la redundancia punitiva a la que tiene que estar mirando quien analiza un caso desde el punto de vista del *ne bis in idem*, es una redundancia circunstancial, y eso quiere decir que si asumimos que es un componente de la situación que la víctima lleve ropa puesta cuando es acuchillada, entonces cree que puede decir que, en concreto, la producción de su muerte mediante acuchillamiento vuelve pertinente tematizar la circunstancia de que la víctima estuviera vestida, de manera tal que la ropa que llevaba puesta en la zona del tórax, por donde se la apuñaló, terminó destruida. El Prof. Mañalich cree que el mandato de exhaustividad tiene que ser tomado en el sentido de que las circunstancias que tienen que ser esgrimidas por el juzgador para fundamentar la respectiva decisión de condena, incorporen aquellas que tienen relevancia para la eventual realización del otro tipo. Y cree que eso haría posible distinguir los dos casos y advertir por qué en el segundo caso, más allá de si estamos en presencia de un concurso ideal o real (él diría que real), en todo caso ese concurso debe ser algo auténtico, y no porque estemos comparando en abstracto la relevancia o el peso que tiene una condena por homicidio con una condena por daño, sino porque estamos tomando en cuenta que, en el primer caso, forma parte de la situación de la víctima llevar ropa puesta y entonces acuchillarla en esa cir-

cunstancia implicaba atravesar la ropa que llevaba puesta. Y a él le parece que, *mutatis mutandi*, tal como en el caso de la violación sin más se diría que desplazamos la condena de secuestro entendiendo que hay absorción o consunción, en un caso como ese se podría llegar exactamente a la misma conclusión.

El Prof. Peñaranda Ramos interviene posteriormente para hacer una precisión, en referencia a la intervención del Prof. Mañalich. Menciona que se había dado cuenta de que en una interpretación literal del artículo 8.3 CP, con la mención al precepto más amplio o más complejo, parecería no decirse nada que tenga que ver con la inherencia. Pero cree que no puede tomarse ese precepto literalmente, porque si así se hiciera, sería contradictorio con el criterio de especialidad si tenemos en cuenta la *extensio* de los preceptos, y sería redundante con el de especialidad si tuviéramos en cuenta la *intensio*. Entonces entiende que no se puede interpretar el artículo 8.3 CP de ninguna de estas maneras y que a lo que apela es a una amplitud o complejidad, de tipo valorativo. Y una vez que sea vea así, como una especialidad, pero no en un sentido lógico-formal sino en el sentido valorativo, como lo han dicho muchos (Vives Antón en España o Jakobs en Alemania), cree que se puede ver ahí una referencia a la inherencia.

La Profa. Escuchuri Aisa, en relación a la normativa concursal como normativa de segundo nivel, plantea que la función de estas normas es doble, la primera es determinar o especificar cómo vamos a tratar este conjunto de preceptos que vienen a regular el caso y, posteriormente, la segunda parte se ocupa ya de las consecuencias. Evidentemente que en esta segunda parte siempre vamos a tener que estudiar cómo se castigan el concurso ideal o el real, o si los unificamos, pero ella quería poner de relieve que la concepción del concurso debe ser una concepción amplia, en el sentido de que no solamente se refiere al concurso de delitos, sino también al concurso de leyes, y considera que son cosas que no se pueden tratar de manera separada (por ejemplo, llevando el concurso de leyes a la teoría de la introducción de la parte general, a la teoría de la interpretación), sino que deben tratarse juntas, y que el lugar sistemático correcto sería el final de la teoría jurídica del delito, sin perjuicio de que luego esas normas llevan asociadas unas consecuencias jurídicas, sean cuales sean (si el principio de acumulación, el de absorción, ...), y su funcionamiento sí que se estudiará en la teoría de la pena.

El principio de consunción se identifica plenamente con el concepto de concurso de leyes, y nos hemos centrado mucho en las concepciones lógicas, que ayudan, pero luego falta la segunda parte, que es la consideración teleológica. Efectivamente, vinculándolo con lo que dice el Prof. Sanz Morán, es posible que el artículo 8 CP no nos aporte tanto, que podríamos prescindir de

la subsidiariedad y con el criterio de la consunción casi se podría solucionar el problema del concurso de leyes. Cree que, con la consunción, al final, nos enfrentamos con la tarea de cifrar el desvalor, y habrá casos en los que efectivamente no se van a castigar los delitos por separado y otros en los que sí. Las lesiones psíquicas normalmente no, pero en algún caso se han castigado, como en un caso de asesinato que se cometió ante dos niñas, donde se consideró que el daño había sido tan grande que se castigó como un delito independiente, y en algunos casos de acoso sexual también, pero la mayoría de las veces, conforme al acuerdo que mencionaba la Magistrada Ferrer García, se entiende que las lesiones psíquicas ya van asociadas al delito principal. La esencia es que es una cuestión de valoración y corresponderá al juzgador evaluar si ese desvalor de uno de los delitos ya queda suficientemente castigado.

Toma la palabra la Profa. Llobet Anglí, quien quiere hacer una reflexión más político criminal que dogmática. Expresa tener la sensación de que queremos hacer racional lo irracional, estamos ante lo que vendría a ser la cuadratura del círculo, con un legislador que introduce cada vez más delitos sin observar si estos ya existen o no, porque hay directivas que le obligan o porque hay demandas sociales, y por tanto se podría definir este fenómeno como de reiteración delictiva, tenemos tipos que definen prácticamente lo mismo. Está pensando en el devenir de los delitos de crimen organizado o terrorismo, con el ejemplo del artículo 579.1 CP, introducido en el año 2010 y que castiga la difusión de consignas terroristas, siendo que el Código ya contaba con el artículo 578 CP y teníamos también las amenazas lanzadas por grupos terroristas. Recuerda que tuvo que hacer un comentario a esta reforma y que no dio con una solución que fuese satisfactoria para todos los casos, lo que le servía para algunos le resultaba complicada, compleja o contradictoria, para otros. O, también en esa reforma, se introdujo la coacción inmobiliaria como coacción y como delito contra la integridad moral, y además, las correspondientes penas no dejan operar el principio de alternatividad, porque aunque en un tipo la pena de prisión es menor, en el otro (la coacción) la pena de prisión es mayor pero tiene como alternativa la multa, con lo cual, ¿cuál es la pena más beneficiosa o más grave, una que tenga mayor pena pero que tenga la multa como alternativa o una que tenga la posibilidad de menos prisión pero sin la multa como alternativa? Lo que quiere destacar es que no es el problema en la actualidad la relación entre los delitos de daños y homicidio o asesinato, sino que tenemos un legislador que ha administrativizado el Código Penal, que no quiere, respecto algunos fenómenos, que se le olvide nada, especialmente respecto a ciertos autores, como decía el Prof. Peñaranda Ramos (asesinos que además son violadores, terroristas, sujetos que pertenecen al crimen organizado). Le

parece que, ante esta lógica legislativa, y siendo muy pesimista, le resulta imposible saber cómo dar fin al título del proyecto de investigación, que es el de buscar una regulación racional, porque se trata de luchar contra un Goliat que nos lo pone muy complicado.

Interviene posteriormente la Profa. Pozuelo Pérez y pregunta a la Magistrada Ferrer García, en relación con lo que se planteaba de las divergencias entre lo que dice la ley y lo que se interpreta por los jueces y tribunales, o en particular por el TS. Reconoce tener esa extrañeza que ha manifestado la doctrina, que ha manifestado muy claramente el Prof. Maldonado Fuentes, de que la ley dice una cosa y la aplicación es otra, revelando claramente que cuando toda esa irracionalidad, como ha mencionado la Profa. Llobet Anglí, llega a los tribunales, ellos tienen que hacer algo, deben aportar la solución más razonable posible. Lo que queda claro es que detrás de las soluciones de los tribunales, y en concreto del TS, hay un problema que pone de relieve que no hay una sincronización, que hay algo detrás que hay que solucionar. Y más allá de entrar en si los acuerdos de Pleno no Jurisdiccional están bien o no, la pregunta que dirige a la Magistrada Ana Ferrer es, si pudiera cambiar las reglas de concurso de delitos, si estuviera en su mano decidir, ¿cómo lo haría?

En esta misma línea, pero en el otro ámbito, no ya en el concurso de delitos sino en el del concurso de leyes, la Profa. Pozuelo Pérez le lanza una pregunta similar a la Profa. Escuchuri Aisa. Si le dijeran «vamos a abrir la discusión sobre el artículo 8 CP», ¿lo suprimiría, lo cambiaría, quitaría las reglas, las pondría de otra manera?, ¿cuál cree que podría ser una solución legal racional?

La Magistrada Ferrer García refiere compartir la sensación de desasosiego por una legislación penal en la que apreciamos lagunas, reiteraciones, problemas de difícil solución, lo comparte igual que ha sido expuesto. Respecto a las soluciones, no tiene una claramente perfilada. Cree que, en el tema de los concursos ideales homogéneos, sobre todo en los delitos contra los bienes eminentemente personales, el criterio del TS es uno que considera de referencia. El Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional sobre delito de trata de personas está vinculado con ese principio general del concurso ideal homogéneo. Entiende que no puede ser lo mismo producir uno que producir cinco resultados lesivos, independientemente de que si optamos por la figura del concurso real no se penen más que tres, incluso, según la figura, con el límite máximo de cumplimiento. Pero lo que quizás podría ser una solución, aunque perfilada de una manera más delicada que la que se ha introducido en el artículo 77.3 CP, sería la idea de fijar una pena única para el concurso de delitos, pero que permitiera en los casos de concursos reales o de estos concursos ideales homogéneos que

el TS ha reconducido al ámbito del concurso real (si es que el legislador optara por entender que la unidad de acción en esos casos es independiente del resultado, cuestión que ella no cree que sea así), una posible exasperación.

La Profa. Escuchuri Aisa refiere que, al igual que ha dicho la Profa. Llobet Anglí, ella ha intentado expresar que realmente en ciertos casos es muy complicado, por no decir imposible, solucionar algunas de los problemas que surgen de la legislación actual. Aun así, ella entiende que es importante que se siga llamando la atención para intentar corregir las cosas en la medida de lo posible, porque particularmente la trasposición de las directivas al derecho interno ha traído grandes problemas.

En cuanto a la segunda pregunta de la Profa. Pozuelo Pérez, la Profa. Escuchuri Aisa la califica como una especialmente compleja. Cree que, en principio, si no estuviese el artículo 8 CP podríamos solucionar también el concurso de leyes. Es verdad que, a veces se dice, el precepto específico aporta cierta seguridad jurídica. Pero igual seguiríamos discutiendo, ¿cuatro principios, tres, dos, uno? Si mantenemos un precepto, quizás habría que simplificarlo, porque tal y como está redactado en la actualidad, ha sufrido grandes críticas, pues, por ejemplo, el principio de consunción no está bien expresado. Considera que se podría prescindir de la regulación específica, pero también reconoce que los problemas particulares son tantos que trasladadas las soluciones a otro lugar tampoco resultan convincentes. Concluye dando la razón al Prof. Peñaranda Ramos, que mencionaba la necesidad de sencillez, ya que cree que esa es la línea que hay que seguir.

La regulación de la concurrencia delictiva en el Código Penal se ha ido volviendo inestable a lo largo de los años, lo que no sólo ha generado numerosos problemas de aplicación práctica, sino que ha puesto de manifiesto inconsistencias ya preexistentes. Entre los factores que han dado lugar a esa inestabilidad destaca, por un lado, la modificación introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en relación con el concurso medial, que ha suprimido la tradicional equiparación con el concurso ideal, generando un efecto paradójico: se pretendía endurecer el tratamiento del concurso medial, pero en la práctica puede conducir a una pena inferior a la prevista según la regla del concurso ideal. Por otro lado, algunas resoluciones y acuerdos adoptados por el Tribunal Supremo han puesto en tela de juicio la distinción de las diferentes clases de concursos de delitos o de sus respectivos regímenes jurídicos, lo que ha propiciado una mayor confusión en la materia. Adicionalmente, desde la redacción original del Código Penal de 1995 hasta la actualidad se ha observado una proliferación de cláusulas concursales específicas en la Parte Especial de este texto normativo, lo que supone la derogación para el caso concreto de la regulación de los concursos de normas y delitos prevista con alcance general, aproximando esta materia más a la tópica que a la sistemática.

A lo anterior han de añadirse los problemas tradicionales que la regulación concursal plantea en relación con principios constitucionales como los de proporcionalidad y *ne bis in idem*, tanto en el ámbito de los concursos de leyes como en el de los concursos de delitos.

Todas estas cuestiones, y algunas más, son precisamente las que se abordan en las diferentes aportaciones que ahora se publican en este libro y que son el resultado escrito del IV Seminario de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.