Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español

Directores:

Enrique Peñaranda Ramos
Laura Pozuelo Pérez

Coordinador:

Nicolás Cantard

Derecho Penal
y Procesal Penal

BOE

UNA PROPUESTA DE REFORMA PARA LA REGULACIÓN RACIONAL DE LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

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.

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 Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

UNA PROPUESTA DE REFORMA PARA LA REGULACIÓN RACIONAL DE LA CONCURRENCIA DELICTIVA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS
Y LAURA POZUELO PÉREZ
(Directores)

NICOLÁS CANTARD
(Coordinador)

COLECCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL 23

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: julio de 2024.

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

© De los contenidos, sus autores
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO: 144-24-179-4 (edición en papel)
144-24-180-7 (edición en línea, PDF)
144-24-181-2 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3001-5
Depósito legal: M-16778-2024

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

ÍNDICE

Páginas

PRESENTACIÓN 9

FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN DE LOS CONCURSOS DE LEYES Y DE DELITOS 11

«Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», *Gonzalo Basso* 13

«Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», *Nicolás Cantard* 37

«Responsabilidad penal de adolescentes, prevención especial y pluralidad de infracciones. Comparaciones con el Derecho Penal de adultos», *Bernardo Feijoo Sánchez* 65

«Concurso de delitos: una primera tentativa de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», *Luis Greco* 97

«Las cláusulas concursales específicas: una foto», *Juan Antonio Lascuraín Sánchez* 123

«El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del "dolo alternativo"», *Juan Pablo Mañalich Ruffo* 139

«Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código Penal», *Antonio del Moral García* 167

«Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis CP», *Marta Pantaleón Díaz* 181

Páginas

«¿Unidad o pluralidad de "hechos" en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola "acción"?», *Enrique Peñaranda Ramos* 189

«Por qué no sirve el artículo 76 CP. Problemática y propuestas de solución desde el ámbito penitenciario», *Puerto Solar Calvo* 223

«Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del concurso real en Argentina», *Patricia Ziffer* 255

PROPUESTA DE NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONCURSOS 269

«Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas», *Ángel Sanz Morán* 271

«Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», *Enrique Peñaranda Ramos* 283

«Propuesta de nueva regulación de los concursos de leyes y de delitos en el Código Penal Español», *Enrique Peñaranda Ramos/ Laura Pozuelo Pérez* 409

PRESENTACIÓN

Este libro es el resultado del último encuentro científico del proyecto de investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva» (DER2017-86139-P, financiado por AEI-MINECO-FEDER), de la Universidad Autónoma de Madrid, que incluye diferentes aportaciones en torno a los fundamentos de la regulación de los concursos de leyes y los concursos de delitos, así como un amplio compendio no sólo de lo publicado en el libro, sino de prácticamente todos los objetivos pretendidos en el proyecto de investigación.

FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN DE LOS CONCURSOS DE LEYES Y DE DELITOS

LINEAMIENTOS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONCURSAL

Gonzalo Basso *

I. INTRODUCCIÓN

En la presente contribución pretendo suministrar algunos lineamientos respecto a cómo debe efectuarse la determinación *judicial* de la pena en supuestos de pluralidad o concurrencia delictiva. A tal fin, y desde un plano prescriptivo, defenderé primeramente que en materia de determinación judicial de la pena en supuestos de pluralidad delictiva se debe proceder de forma análoga a como se procede en el campo de la graduación judicial del castigo en casos de unidad delictiva (II); seguidamente, explicitaré que la pena concursal exacta a fijar judicialmente ha de ser el resultado de un proceso sincrético de valoración de exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal (III); posteriormente, precisaré qué tipo de exigencias se derivan de las nociones de proporcionalidad cardinal y ordinal del castigo en el ámbito de la mensuración punitiva de los escenarios concursales y cómo estas debieran incidir en el diseño y/o aplicación de reglas penológicas específicas en materia concursal (IV y V, respectivamente); en un último apartado, finalmente, presentaré

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva* (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER y en el marco del Proyecto de Investigación *Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito* (SI3/PJI/2021-00222), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por la Comunidad de Madrid y por la Universidad Autónoma de Madrid.

sintéticamente, a modo de recapitulación, las ideas centrales de esta contribución (VI).

II. SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONCURSAL EXACTA

La determinación judicial de la pena se define como el proceso conducente a la fijación de la magnitud punitiva que corresponde imponer como consecuencia jurídica de corte aflictivo frente a la comisión de un supuesto de hecho punible [1]. Se trata de un proceso de marcado carácter valorativo [2] que debe ser ejercitado normalmente dentro de un cierto *espacio de juego* (*Spielraum*) –o margen de maniobra– que la ley concede a los órganos jurisdiccionales competentes en materia de imposición del castigo estatal [3]: frente a la plataforma delictiva que origina el supuesto de hecho punible, se debe reaccionar –salvo que excepcionalmente se contemple como consecuencia jurídica una pena *indeterminada* [4] o salvo que se deba reaccionar con otra consecuencia jurídica distinta a la pena– con magnitudes punitivas judicialmente determinadas con exactitud [5]. Y, en la amplia mayoría de casos, de lo que se trata es de fijar cuantías exactas de penas de *prisión temporal* –clase de pena que se presenta como pena de referencia en el sistema de los Estados occidentales contemporáneos y en el sistema de Derecho penal internacional más reciente del Estatuto de Roma, y ello con independencia del éxito que puedan tener otras alternativas punitivas en el medio-largo plazo–. De manera que, normalmente, determinar

---

[1] *Vid*. Ziffer, P. S., «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», Maier, J. B. J (comp.), AA. VV., *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires (Editores del Puerto), 1993, p. 91; Silva Sánchez, J.-M.; «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, núm. 2, 2007, p. 5; Mir Puig, S., *PG*, 10.ª ed., Barcelona (Reppertor), 2016, p. 758; Basso, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid (Marcial Pons), 2019, p. 31.

[2] *Vid*. Basso, 2019, pp. 262-263, con ulteriores referencias en nota 700.

[3] En atención justamente a la existencia de dicho margen jurisdiccional valorativo en el campo de la determinación de la pena –necesario a los efectos de tomar debidamente en cuenta las circunstancias individuales del hecho y de su autor–, la primera gran teoría hegemónica en materia de determinación judicial de la pena, desarrollada en Alemania, se difundió –más allá de recibir también otras denominaciones– como teoría del espacio de juego o del margen de libertad (en alemán, *Spielraumtheorie*). Tal margen de libertad concedido a los juzgadores, sin embargo, se detecta en casi todas las teorías de determinación judicial de la pena que se han ido desarrollando desde entonces.

[4] Como lo sería la pena de reclusión a perpetuidad del Estatuto de Roma de la CPI –art. 77.1.b)– o, en el sistema español vigente, la pena de prisión permanente revisable incorporada por LO 1/2015 –*vid*. especialmente arts. 36, 78 bis y 92 CP–.

[5] Sea que corresponda aplicar judicialmente una única pena o varias penas, fijadas de forma alternativa o cumulativa, la/s pena/s a imponer deben ser normalmente *exactas*: no se imponen judicialmente *marcos de penas*, sino penas *precisas* en cuanto a su clase y a su cuantía.

judicialmente la pena supone precisar cuantía de años de prisión para el condenado, sea que cometa un único delito o que se vea inmerso en supuestos de pluralidad de delitos.

Al enjuiciarse plataformas delictivas susceptibles de un único encuadramiento penal –o incluso de múltiples encuadramientos penales, pero siendo solo uno de ellos de aplicación preferente[6]–, la determinación judicial de la pena requerirá partir de la penalidad abstracta prevista por el legislador para el concreto tipo aplicable (o de aplicación preferente)[7] y proceder luego a la fijación de la pena específica de conformidad con los parámetros legislativos que se proporcionen para tal tipo de *supuestos no concursales*[8]. De lo que se trata en estos casos –de *unidad delictiva*–, es de calibrar jurisdiccionalmente la pena individual exacta que se corresponde con el injusto culpable punible *singularmente* concurrente, y en el desarrollo de dicho cometido los órganos jurisdiccionales competentes tienen –por concesión del legislador– un cierto margen de actuación o de libre valoración.

Cuando se enjuician plataformas delictivas más complejas que requieren tener en cuenta cumulativamente varios encuadramientos penales efectivamente concurrentes[9] también es menester efectuar en sede judicial la labor de determinación de la pena final a imponer[10]; en este tipo de escenarios se debe-

---

[6] De conformidad con los criterios previstos, en su caso, en materia de concurso de leyes/normas (contenidos en el sistema español en el art. 8 CP).

[7] En el sistema español, se contemplan marcos penales abstractos con indicación de penas mínimas y máximas. Un cierto sector doctrinal postula –a mi juicio, con razón– también que los marcos penales correspondientes a los tipos *desplazados* deben tenerse en cuenta a los efectos de construir el marco penal aplicable para el castigo del tipo de aplicación *preferente*, a fin de evitar distorsiones valorativas: los marcos penales de los tipos delictivos *desplazados* podrían, sin embargo, surtir un efecto oclusivo y conducir a una mejor delimitación del espacio utilizable del marco penal correspondiente al tipo preferente –el precepto *desplazado* produciría efectos en la medición de la pena, al incidir en la construcción del marco penal concreto a aplicar, mediante la combinación de lo previsto en la norma desplazada y en la norma preferente–. Sobre ello, *vid*. Nino, C. S., *El concurso en el Derecho Penal*, Buenos Aires (Astrea), 1972, pp. 51-52, 76 y 117; Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid (Civitas), 1991, pp. 55-59 –con especial referencia a la doctrina alemana–; Jakobs, G., *PG*, 2.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 1997, 31/21, 31/39 y conc.; entre otros.

[8] Que suelen consistir en valorar la gravedad del hecho y las circunstancias personales del condenado –tras agotar la valoración de las circunstancias legalmente previstas de forma genérica (conducentes a aplicar tipos agravados o atenuados) o específica (conducentes a aplicar tipos cualificados o tipos privilegiados)–. Al respecto, *vid.* art. 66.1.6.ª del CP español, que alude a la valoración de «las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».

[9] Al respecto, *vid*. Molina Fernández, F., «Concurso de leyes y de delitos», Id. (coord.), AA.VV., *Memento Penal 2023*, Madrid (Francis Lefebvre), 2022, nm. 3255 («Las relaciones concursales surgen siempre que los tribunales han de juzgar situaciones complejas de múltiples acciones o múltiples tipos penales, esto es, situaciones en las que lo sometido a juicio no sea una única acción u omisión, delimitada en el tiempo y el espacio, y que solo puede ser subsumida en un tipo penal. […] El problema común no es otro que determinar la pena aplicable a cualquier hecho o conjunto de hechos enjuiciables, partiendo de un conjunto limitado de tipos penales entrelazados […]»).

[10] Aunque ello resulta evidente, el estudio teórico de la determinación judicial de la pena –tanto en la ciencia jurídico-penal de tradición continental, como en la anglonorteamericana– se ha restringido

rá identificar las penalidades previstas por el legislador para los diversos delitos objeto de castigo, y proceder luego a la fijación de la pena concursal específica de conformidad con los parámetros que, en su caso, genéricamente se proporcionen para la graduación punitiva en *supuestos de concurrencia delictiva* [11]. De lo que se trata en estos casos –de *pluralidad/concurrencia delictiva*–, es de calibrar jurisdiccionalmente la pena individual exacta que se corresponde con el injusto culpable punible *globalmente* concurrente. También en este tipo de escenario más complejo se suele adjudicar por parte del legislador un margen de apreciación valorativa a los órganos jurisdiccionales competentes para fijar la pena –que, en el sistema español, debe ejercitarse cuando la pena global se deba insertar dentro de un *marco abstracto concursal* [12], o cuan-

muy especialmente al ámbito de la unidad delictiva. Para confirmar dicha afirmación, basta simplemente con consultar las principales monografías y artículos en la materia, que se refieren casi exclusivamente a supuestos de unidad delictiva; en este sentido, *vid*. especialmente Basso, 2019, p. 27 (si bien se esbozan algunas cuestiones referidas a hipótesis de pluralidad delictiva en pp. 309 ss. y en pp. 368 ss.). El abordaje del problema en el ámbito de la concurrencia delictiva, dada la frecuencia con que en la práctica jurisdiccional se deben fijar judicialmente penas concursales, resulta indispensable (sobre la relevancia práctica de la materia, *vid*. Cid Moliné, «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concursos de delitos», *ADPCP*, t. 47, fasc./mes 1, 1994, pp. 30 y 38; Escuchuri Aisa, 2004, p. 1; Ashworth, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 6.ª ed., Cambridge (Cambridge University Press), 2015, pp. 272-273; Roberts, J. V./Ryberg, J./De Keijser, J. W., «Sentencing the Multiple Offender. Setting the Stage», de Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), AA. VV., *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2017, p. 1 –donde se indica que el 40% de decisiones jurisdiccionales de determinación de la pena involucran supuestos de concurrencia delictiva en Inglaterra y Gales–).

[11] En el sistema penal español, se contienen reglas penológicas que distinguen entre supuestos de concurso ideal, medial y real: el primero requiere identificar el marco penal *abstracto* más severo de entre todos aquellos marcos penales abstractos correspondientes a los tipos penales concurrentes, y luego se debe fijar judicialmente la pena global *concreta* dentro de la mitad superior de dicho marco identificado (art. 77.2 CP); el segundo, requiere fijar judicialmente la pena exacta para cada delito concurrente partiendo de su propio marco penal y, con posterioridad, se debe fijar la pena global *concreta* dentro de un marco penal que se construirá por parte del juez interviniente a partir de las penas individuales previamente fijadas por el propio juzgador –se deberá imponer una pena concursal superior a la pena individual más elevada que previamente se hubiese calculado, y no se podrá imponer una pena concursal superior a la resultante de sumar las penas individuales previamente calculadas– (art. 77.3 CP, reformado por LO 1/2015); y, finalmente, el tercero requiere calcular judicialmente la pena correspondiente a cada delito objeto de condena y proceder luego a determinar si procede su cumplimiento cumulativo sin limitaciones o si procede aplicar los límites jurídicos (absolutos o relativos) previstos a la acumulación material de penas, consistentes en que el cumplimiento efectivo de pena no podrá exceder del triplo del tiempo de la pena individual más grave o, en su caso, de 20, 25, 30 o 40 años –dejando de lado los supuestos de concurso real más gravosos en que se debe aplicar la pena indeterminada de prisión permanente revisable– (art. 76 CP). Téngase presente que, cuando se trata de fijar judicialmente penas exactas dentro de un marco concursal, resultan de aplicación los criterios contenidos en el art. 66.1.6.ª CP anteriormente mencionados –«las circunstancias personales del delincuente» y «mayor o menor gravedad del hecho»– (al respecto, *vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3317, 5594, 5595, 5627).

[12] En el sistema español, la pena global debe insertarse dentro de un marco concursal previsto en abstracto por el propio legislador en supuestos de concurso ideal (mitad superior del marco penal abstracto del delito más severamente castigado de entre aquellos que concurran).

do se decide sobre penas en concreto para delitos individualmente, pero tal opción luego condiciona la pena concursal a imponer [13]– [14].

En este contexto, se plantea el interrogante respecto a si la forma de ejercitar el margen de maniobra por parte de los órganos jurisdiccionales competentes para la fijación de la pena debe regirse por parámetros similares en el ámbito de la unidad delictiva y en el de la concurrencia delictiva. Tal interrogante, a mi parecer, debe responderse afirmativamente. Aunque se trate de escenarios divergentes en cuanto a sus presupuestos de aplicación y a las reglas penológicas que predeterminen la consecuencia aplicable, y aun cuando tales especificidades deban conducir a introducir matices propios en cada campo (y, en su caso, en cada régimen), los principios orientadores de cómo ejercitar la discrecionalidad judicial deben ser, en esencia, los mismos, con independencia de que se trate de supuestos menos complejos de unidad delictiva u otros más complejos de pluralidad delictiva.

Tanto en el ámbito de la unidad como en el de la concurrencia delictiva de lo que se trata es de insertar una determinada plataforma fáctica penalmente relevante y punible dentro de una magnitud exacta de la escala unitaria de penas prevista por el sistema estatal de castigos. Por lo tanto, a fin de maximizar la consistencia valorativa interna del sistema y de expresar adecuadamente juicios de desvalor, dicha labor de inserción debe ejercitarse teniendo en cuen-

---

[13] Ello puede presentarse en la práctica de diversas formas: a) la pena global se debe insertar, a veces, dentro de un marco construido judicialmente a partir de la fijación de penas concretas por los tribunales de enjuiciamiento (supuesto del concurso medial en el sistema español tras la reforma de LO 1/2015 –art. 77.3 CP–); b) la pena global, a veces, coincide con aquella que resulte de aplicar reglas aritméticas respecto a las penas individualmente impuestas por cada delito, como sucede cuando se llega a uno de los límites jurídicos a la acumulación material de penas en el régimen español del concurso real –que impide castigar más allá del triple de la pena impuesta judicialmente por el delito más severamente castigado (art. 76.1 CP)–; en otras ocasiones, dicha pena global coincide con aquella que resulte de la sumatoria de las penas individuales impuestas judicialmente por cada delito (dado que los supuestos de pluralidad delictiva no pueden castigarse más severamente que lo que indique la suma de las penas concretas correspondientes a cada delito objeto de condena) –tal límite resulta aplicable, en el sistema español, respecto a todas las hipótesis de concurrencia delictiva–.

[14] Los sistemas que pueden distinguirse en el Derecho comparado respecto a cómo se concede margen de apreciación valorativa a los tribunales en el ámbito de la concurrencia delictiva son muy variables. Así, por ejemplo, en el ámbito anglonorteamericano rige de forma relativamente extendida el denominado *totality principle* (Ryberg/Roberts/Keijser, 2017, pp. 3 ss.), que obliga al órgano jurisdiccional competente para la graduación de la pena a echar la vista atrás y asegurarse de que la pena global, sea que se impongan sentencias consecutivas o concurrentes, resulta proporcionada a todo la actividad delictiva objeto de condena (y que, en la práctica, se realiza un tanto intuitivamente, sin orientaciones precisas previstas en la legislación y/o en las *sentencing guidelines*). En el sistema penal de la Corte Penal Internacional, se estipula que en casos de que se condene por dos o más crímenes, «la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad […].» (art. 78.3 ER de la CPI). Respecto al sistema concursal alemán, *vid*. Roxin, C., *PG*, t. II, 1.ª ed., Cizur Menor (Thomson Reuters-Civitas), 2014 (original de 2003), pp. 939 ss.).

ta que los castigos distribuidos dentro de la escala única deben ordenarse de la forma valorativamente más consistente que resulte posible.

Si se acepta este punto de partida, la forma de proceder judicialmente en la mensuración punitiva de casos de unidad delictiva debe tener en cuenta la forma en que se actúa en el campo de la pluralidad delictiva, y viceversa. Así, los casos de pluralidad delictiva no deben desatender la forma en que se deban *resolver los casos de unidad delictiva*, dado que la pena concursal nunca puede ser más gravosa que la sumatoria de las penas individuales correspondientes a cada delito aplicable –ello sin perjuicio de que, en materia de pluralidad delictiva, evidentemente, deberán aplicarse las reglas penológicas específicamente previstas–. Del mismo modo, la forma en que se deban resolver los supuestos concursales no constituye una variable ajena a cómo deba fijarse judicialmente la pena en supuestos de unidad delictiva: las *soluciones concursales* deben tenerse en cuenta, de alguna manera, cuando se trata de fijar la pena individual en casos de unidad delictiva [15] –no sería razonable que el mero arbitrio judicial conduzca a fijar cuantías exactas de penas idénticas a un supuesto de unidad delictiva y a otro de pluralidad delictiva que presenten diversa gravedad, por mucho que la escala formalmente aplicable así lo permita en abstracto [16].

En última instancia, se debe tener siempre presente que se está ante un sistema *unitario* de imposición de castigos que se contemplan frente a la comisión de injustos culpables punibles, sea que se presenten en escenarios de unidad delictiva o en escenarios de pluralidad delictiva. Por tratarse de un sistema unitario, la forma de proceder en la fijación de la magnitud punitiva por parte del juzgador deberá resultar de parámetros comunes que resulten consistentes valorativamente para fundamentar cuantías de pena distinta para escenarios (de unidad o pluralidad delictiva) en los que concurran plataformas fácticas con diverso grado de injusto culpable punible. Y debe tenerse siempre presente que la baremación punitiva dependerá, en última instancia, de una apreciación jurisdiccional de la intensidad típicamente relevante inherente a la plataforma fáctica (singular o pluralmente delictiva) concurrente.

---

[15] En dicha línea, *vid*., entre otros, Basso, 2019, pp. 309 ss.

[16] La regla penológica del concurso ideal en el sistema español, por ejemplo, permite aplicar idéntico castigo al que podría corresponder a una única instancia realizadora del delito al que se asocia dicho marco penal. Explícitamente se indica que la pena concursal debe ser mayor a la correspondiente en supuestos de unidad delictiva en la propuesta contenida en Ortega Matesanz, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77*, Madrid (Reus), 2022, pp. 544-545.

La determinación judicial de la pena (en sentido estricto) [17], entonces, constituye una labor que debe llevarse a cabo tanto en casos de *unidad* como de *pluralidad* delictiva conforme a patrones análogos. En consecuencia, el sistema de penas delineado en abstracto por el legislador, cuando se sustente –como es deseable– en reglas penológicas para supuestos de unidad y de pluralidad delictiva [18], debe interpretarse judicialmente de forma tal de maximizar la consistencia valorativa interna y de permitir efectuar ulteriormente diferenciaciones entre supuestos de distinta gravedad [19]: jurisdiccionalmente se deberá aplicar menor, igual o mayor punición frente a supuestos, respectivamente, de menor, igual o mayor contenido de injusto culpable punible (individual o globalmente) concurrente. Debido a las limitaciones emanadas del propio principio de legalidad de los delitos y de las penas –según el cual la realización de distinciones respecto a diversos supuestos de hecho penalmente prohibidos y a las penas con que deban ser castigados constituye una competencia que, en lo *esencial*, corresponde primordialmente al legislador–, la labor jurisdiccional en la materia –orientada a profundizar la ordenación de delitos y de penas (singulares o concursales)– no puede sino ser sumamente restringida, revestir carácter accesorio y consistir en definir la concreta intensidad típica del supuesto de hecho punible objeto de condena y la exacta pena que corresponda imponer, pero de forma limitada [20].

Un sistema penal unitariamente concebido y dirigido a suministrar un tratamiento diferenciado para supuestos con contenido delictivo divergente debería, por tanto, permitir efectuar de forma suficiente diferenciaciones punitivas para casos de distinta gravedad y, muy especialmente, evitar la inconsistencia valorativa que supondría aplicar idéntico segmento o cuantía de pena a supuestos que no revistan el mismo grado de gravedad. Así, en un sistema penal delineado de dicha manera, en el ámbito de la *unidad delictiva*, se debe castigar de forma diferenciada casos portadores de diverso contenido de injusto culpable punible y de forma idéntica casos de igual graduación de injusto

[17] La determinación judicial de la pena en sentido *estricto* se limita a la fijación de la cuantía exacta de punición a aplicar, y no a la determinación de la posible suspensión de su ejecución o de la posible sustitución por otro tipo de pena, apreciaciones que se insertan dentro de lo que se suele denominar determinación judicial de la pena en sentido amplio. Respecto a dicha extendida diferenciación, *vid*., entre otros, Basso, 2019, p. 37.

[18] Las diferenciaciones típicas y penológicas en abstracto surgirán, en el campo de la unidad delictiva, de los diversos tipos penales previstos como punibles (y del correspondiente marco penal aplicable a cada uno de ellos) y, en el campo de la concurrencia delictiva, de los diferentes regímenes concursales que se estipulen (y del correspondiente marco o pena concursal que de ellos se derive).

[19] También del ejercicio de las atribuciones del juzgador (de sus apreciaciones valorativas) en la fijación de la pena deben poder surgir ciertas diferenciaciones típicas y penológicas de lo ya delineado en abstracto por el legislador.

[20] Al respecto, si bien en el ámbito de la unidad delictiva, *vid*. especialmente Basso, 2019, pp. 282 ss.

culpable punible –y ello debería ser así, sea que se esté ante instancias fácticas realizadoras de un mismo tipo o de diversos tipos penales–. Del mismo modo, en el ámbito de la *pluralidad delictiva*, se debe castigar de forma diferenciada o idéntica en función de que se presente, respectivamente, un diverso o un mismo grado de injusto culpable punible (globalmente concurrente) –y, nuevamente, ello debería ser así tratándose de injustos subsumibles en un mismo *tipo* concursal o en distintos *tipos* concursales–.

III. LA PENA CONCURSAL JUDICIALMENTE FIJADA COMO SÍNTESIS DE EXIGENCIAS DE PROPORCIONALIDAD CARDINAL Y ORDINAL

De conformidad con el entendimiento propuesto, las reglas penológicas que se estipulen en materia de concurrencia delictiva [21] deben interpretarse como normas que orientan al juzgador en la labor de determinar judicialmente la pena que corresponda imponer en supuestos de pluralidad/concurrencia delictiva [22]. Dichas reglas contienen –aunque no siempre de forma especialmente nítida– los presupuestos que delimitan el campo de aplicación propio de cada uno de los distintos regímenes concursales y las correspondientes consecuencias penológicas aplicables para las constelaciones de casos que se adscriban a cada uno de dichos regímenes [23].

---

[21] En el ámbito continental se detecta un mayor desarrollo de la dogmática de concursos y reglas de Derecho positivo específicas en la materia –aunque de ellas no surjan soluciones pacíficas a todas las problemáticas que plantea el fenómeno de la concurrencia delictiva–. Sin perjuicio de ello, la pluralidad delictiva ha despertado también atención legislativa y dogmática fuera del mundo continental; sobre ello, *vid*., por ejemplo, Jareborg, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», Ashworth, A./Wasik, M. (eds.), AA. VV., *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford (Oxford University Press), 1998, pp. 129, 138-140 y conc.; Frase, R., *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, New York (Oxford University Press), 2013, pp. 19, 50-51 y conc.; de Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), AA. VV., *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2017, entre otros; *vid*. también, por ejemplo, la regulación de la materia contenida en la *Offences Taken Into Consideration and Totality Definitive Guideline* del *Sentencing Council* del Reino Unido (www.sentencingcouncil.org.uk) y el comentario crítico respecto a la misma en Ashworth, 2015, pp. 22 ss., 279 ss., 448 ss.

[22] Se resalta especialmente que, en el fondo, la regulación concursal trata de resolver un problema de determinación de la pena en Muñoz Conde, F./García Arán, M., *PG*, 11.ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2022, pp. 429-430.

[23] El campo de los concursos presenta una naturaleza híbrida: se relaciona estrechamente con la teoría jurídica del delito –así, los presupuestos de aplicación de cada régimen concursal se vinculan con plataformas fácticas en las que existen efectivamente múltiples encuadramientos penales concurrentes– y con la teoría de la determinación de la pena –dado que las consecuencias jurídicas aplicables resultan del proceso de determinación judicial de la pena frente a la concurrencia de múltiples delitos y de conformidad con reglas jurídicas generales previstas por el legislador–. Respecto a la naturaleza híbrida del campo de los concursos, *vid*, Escuchuri Aisa, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, Granada (Comares), 2004, pp. 103-104 –con diversas referencias–; Molina Fernández, 2022, nm. 3255 y 3267; entre otros.

A fin de evitar inconsistencias valorativas en el proceso de atribución judicial del castigo que se lleva a cabo dentro de un sistema *unitario* en el que se incluyen axiológicamente penalidades para múltiples y variados supuestos de unidad y de pluralidad delictiva, el acto de determinación judicial de la pena en *supuestos de pluralidad delictiva* debe realizarse, a mi parecer, aplicando las directrices orientadoras que rigen en el ámbito de la graduación punitiva de *supuestos de unidad delictiva*[24]. Y si se admite –siguiendo a von Hirsch– que en el campo de la *unidad delictiva* la pena judicialmente fijada debe maximizar el respeto de exigencias de proporcionalidad *cardinal* y de proporcionalidad *ordinal*[25], una orientación similar debería regir, entonces, la fijación judicial de la *pena concursal*[26] –derivación que no se desprende de lo planteado por von Hirsch, que esbozó su concepción pensando en la graduación punitiva de supuestos de unidad delictiva[27] desatendiendo más bien los supuestos de pluralidad delictiva[28]–.

---

[24] Que deba procederse de forma análoga en ambos campos obedece a la necesidad de mantener «un sistema de responsabilidad penal proporcionado y coherente» y a que la pena del conjunto de delitos se construye a partir de la de sus partes (Molina Fernández, 2022, nm. 3255). Se puntualiza la necesidad de principios orientadores para supuestos de unidad y de pluralidad delictiva en Ryberg/Roberts/Keijser, 2017, p. 8.

[25] Respecto al desarrollo del planteamiento de dicho autor, *vid*. especialmente sus obras von Hirsch, A., *Doing justice*, New York (Hill and Wang), 1976; Id., *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, New Jersey (Rutgers University Press), 1985; Id., *Censurar y castigar*, Madrid (Trotta), 1998 (original de 1993); y, sobre todo, Id., *Deserved criminal sentences. An overview*, Oxford/Portland (Hart Publishing), 2017. En la misma línea, pero de forma matizada, *vid*. Basso, 2019, pp. 267 ss.; Id, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 195 ss.

[26] Se confía –explícita o implícitamente– en el potencial de rendimiento de los conceptos de proporcionalidad cardinal y ordinal (también) en el ámbito de la concurrencia delictiva, entre otros, en los planteamientos de Mañalich R., J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Política criminal*, vol. 10, núm. 20, 2015, pp. 511-512; Couso Salas, J., «¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través de su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas, y en perspectiva comparada», Maldonado Fuentes, F. (ed.), AA.VV., *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2021, pp. 331 ss.; Molina Fernández, 2022, nm. 3257 (quien alude a que la «doble proporcionalidad» [cardinal y ordinal] debe mantenerse no solo respecto a cada hecho individualmente valorado, sino también tras la resolución del concurso: «la pena final resultante deberá ser también proporcionada al hecho complejo que se valore, esto es, lo más parecida a la pena que se impondría si, hipotéticamente, el caso fuera resuelto con una norma especial»); entre otros.

[27] Se puntualiza que los conceptos de proporcionalidad cardinal/ordinal, nucleares en la concepción de von Hirsch, se construyen para abordar supuestos de unidad delictiva y no concursales, entre otros, en Ashworth, 2015, p. 278; Basso, G., «Determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», Ziffer, P. S. (dir.), AA. VV., *Jurisprudencia de Casación Penal*, Buenos Aires (Hammurabi), 2018, p. 24; Ryberg/Roberts/Keijser, 2017, p. 6; Ryberg, J., «Retributivism, Multiple Offending and Overall Proportionality», de Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), AA.VV., *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2017, p. 16; Bottoms, A., «Exploring an Institutionalist Post-Desert Theoretical Approach to Multiple-Offense Sentencing», de Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), AA. VV., *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2017, p. 45; Couso Salas, 2021, pp. 344-346.

[28] Para von Hirsch, su modelo normativo orientado hacia la fijación de penas merecidas de conformidad con exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal presenta una limitada capacidad de rendimiento

IV. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONCURSAL Y PROPORCIONALIDAD CARDINAL

La noción de proporcionalidad *cardinal* se identifica desde sus orígenes con los niveles *generales* de punición fijados en abstracto por el sistema de castigos diseñado por el legislador; la fijación de cuantías mínimas y/o máximas respecto a cada clase de penas y/o respecto a cada delito concreto y la identificación de límites respecto a cuándo puede proceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad constituyen claros *indicadores legislativos* (*puntos de anclaje*) de proporcionalidad cardinal [29]. Pero la noción de proporcionalidad cardinal, a mi entender, no se limita únicamente a dichos indicadores –especialmente precisos y que suelen conducir a delimitar el marco dentro del cual se permite maniobrar a los juzgadores con cierta libertad (discrecionalidad) en hipótesis de unidad delictiva–, sino que existen múltiples variables orientativas adicionales que nos permiten identificar los niveles generales de punición previstos en abstracto por el legislador. Así, las propias reglas penológicas previstas en materia concursal son también claros indicadores legislativos de proporcionalidad cardinal [30]: constituyen preceptos dirigidos a construir marcos penales *concursales* dentro de los cuales debe terminar insertándose la pena global aplicable que judicialmente se fije o reglas orientadas a fijar límites máximos que puedan terminar coincidiendo con la pena global aplicable [31].

---

fuera de supuestos de unidad delictiva: «Pero la teoría del merecimiento, aunque ciertamente crea que puede ser de mucha utilidad, tiene limitaciones que debemos reconocer. Puede suceder que no sea idónea para suministrar sustento a una teoría integral de determinación de la pena» (VON HIRSCH, A., «Multiple-Offence Sentencing. Some Additional Thoughts», DE RYBERG, J./ROBERTS, J. V./KEIJSER, J. W. (eds.), AA.VV., *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2017, p. 186 –traducción propia–).

[29] Sobre el concepto de proporcionalidad cardinal, *vid*. VON HIRSCH, 1976, pp. 135-136; Id*.,* 1985, pp. 43-46, 92 ss. y conc.; Id., 1998, pp. 43-47, 71 ss. y conc.; JAREBORG, 1998, p. 138; MAÑALICH R., 2015, pp. 511-512; RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid (Marcial Pons), 2016, p. 84; VON HIRSCH, 2017, pp. 59-60, 126 –donde se alude a que la determinación de la línea penológica que delimita los supuestos de pena de ejecución efectiva y pena susceptible de suspensión condicional (*'in-out' boundary)* constituye *también* un punto de anclaje *cardinal*, junto con la identificación de la pena mínima y de la pena máxima de la escala de punición–; BASSO, 2019, pp. 244 ss., 303 ss.

[30] El fundamento subyacente a la previsión de «un régimen de acumulación jurídica se encuentra en que tal régimen representa, más allá de cuál sea su fisonomía precisa, la institucionalización de un principio de unificación de las reacciones punitivas aisladamente previstas para múltiples instancias de quebrantamiento imputable del Derecho susceptibles de juzgamiento conjunto. A este respecto, [...] la ratio subyacente a ese principio de unificación se deja explicar en el sentido de una relativización de los requerimientos propios de la proporcionalidad ordinal en consideración de una preocupación de proporcionalidad cardinal» (MAÑALICH R., *Política criminal*, vol. 10, núm. 20, 2015, p. 511).

[31] Se indica que «[l]a pena aplicable […] debe ajustarse […] [al] desvalor global a la luz del ordenamiento» y se alude a que los límites relativo y absoluto a la acumulación de penas en el concurso real y a

Pero incluso más allá de las reglas concursales –que suponen indicadores especialmente precisos, como aquellos a los que alude von Hirsch–, se detectan también otro tipo de indicadores que, pese a su imprecisión, resultan de indudable valor para orientar a los juzgadores respecto a cómo deben ejercitar el arbitrio del que –como normalmente sucede– disponen para fijar la pena –unitaria o concursal– dentro de un marco penal legislativamente delineado. Desde mi perspectiva, la propia noción de proporcionalidad cardinal, correctamente interpretada a partir de este otro tipo de indicadores, exige que el ámbito de maniobra *legislativamente delimitado/fijado* –para supuestos de unidad delictiva, pero también para los de concurrencia delictiva– se ejercite *cautelosamente* por parte de los juzgadores cuando estos fijen penas concretas [32]. Ello significa que la labor jurisdiccional de fijar la pena dentro de la escala abstracta debe llevarse a cabo conforme a un *estándar de interpretación restrictiva*: la medida de pena a imponer judicialmente debe respetar siempre los límites penológicos previstos en abstracto por el legislador, pero debe orientarse, en principio, hacia la imposición de penas suficientes/moderadas [33].

Tal exigencia cardinal de fundamentar la pena individual conforme a una suerte de *principio de punición suficiente* surge de una comprensión global del sistema punitivo en la que se tienen en cuenta múltiples indicadores sistemáticos que amplían el campo de la proporcionalidad cardinal –respecto a lo tenido en cuenta en la concepción clásica de von Hirsch– y que evitan circunscribir este último exclusivamente al de los indicadores legales que expresan magnitudes exactas de pena previstas en escenarios de unidad delictiva (o incluso para escenarios concursales).

Entre dichos indicadores sistemáticos, que apuntan todos unidireccionalmente en el sentido de limitar la posibilidad de adoptar judicialmente castigos exhaustivos que agoten los márgenes legislativamente contemplados, cabe mencionar, entre otros:

— La previsión de principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* estatal (reeducación y reinserción social, intervención mínima y pro-

que la existencia de concursos ideal y medial como excepciones al concurso real constituyen indicadores del principio de punición consagrados en la legislación penal española en Molina Fernández, 2022, nm. 3257.

[32] Sobre tal matización de la noción de proporcionalidad cardinal, *vid*. Basso, 2019, pp. 303 ss. y Basso, *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 218 ss.

[33] von Hirsch se proclama abiertamente partidario de un sistema moderado de castigos orientado hacia la distribución de penas de conformidad con el merecimiento igualitario; sin embargo, no pareciera que tal orientación se derive forzosamente de exigencias de proporcionalidad cardinal. Al respecto, *vid*. especialmente von Hirsch, 2017, pp. 12, 14, 27, 32, 39-40, 42 –nota al pie 29–, 56, 60-62, 83, 88, 109, 111 y conc. Una lectura similar en Couso Salas, 2021, pp. 348-349.

porcionalidad, principio de legalidad de las penas –mandato de *lex certa*–, humanidad de las penas), principios cuya vigencia se maximiza en tanto se castigue *mínima* o *suficientemente* –y no exhaustivamente–, y en tanto se castigue aplicando castigos legalmente previstos de la forma más precisa posible, lo cual se conseguiría con la imposición de la magnitud punitiva mínima contenida dentro del marco penal legalmente diseñado que resulte de aplicación (o, de justificarse, con la de una magnitudes próximas a la mínima) [34].

— Ciertos acuerdos relativamente extendidos en doctrina y/o jurisprudencia en materia de fines de la pena hacen dudar también de que recurriendo a alguno/s de estos pueda fundamentarse sólidamente una punición que se desvíe sustancialmente de la contenida como mínima en el marco abstracto aplicable; entre tales acuerdos cabe puntualizar especialmente (i) la amplitud de fines de la pena que resultan constitucionalmente admisibles y la existencia de antinomias entre los mismos, (ii) el reconocimiento de la imprecisión inherente a todos los fines del castigo, (iii) la idea de que los fines de la pena se consiguen de forma *suficiente* incluso condenando a penas mínimas –y evitando con ello la impunidad–, y (iv) el hecho de que más punición –en abstracto o en concreto– no asegura (significativamente) mayores efectos preventivos o retributivos [35].

— La constatación de dinámicas deferentes en los tribunales de alzada y en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que en ocasiones pueden dificultar una genuina y completa revisión de lo decidido por el juez de instancia e imposibilitar, por tanto, la corrección de castigos (no manifiestamente) desproporcionados; la posibilidad teórica de supuestos (no corregibles en instancias revisoras superiores) de penas no manifiestamente desproporcionadas disminuiría sustancialmente si se parte, en la determinación judicial de la pena (unitaria o concursal), de una fundamentación conforme al principio de punición suficiente que dificulte imponer penas sustancialmente desviadas del mínimo legalmente previsto en el marco abstracto aplicable.

---

[34] Entre los criterios de determinación judicial de la pena más citados en el Derecho comparado suele mencionarse –junto con la gravedad del hecho– las circunstancias personales del condenado. Tales circunstancias, a mi parecer, deben tenerse presentes al momento de examinar las exigencias cardinales del castigo, que requieren tomar en consideración que la pena se dirige contra una persona concreta sobre la que debe incidir sin merma del principio de humanidad de las penas y sin anular sus posibilidades de resocialización (o, expresado en otros términos, maximizando la evitación de su desocialización). Al respecto, *vid*. especialmente Molina Fernández, 2022, nm. 3257 (la existencia de límites de castigos se fundamenta, entre otras razones, en «la duración finita de la vida», en «el respeto por el principio de humanidad de las penas» y en la «necesidad de seguir dando opciones a la resocialización»).

[35] *Vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3257, donde se puntualiza que constituye una de las razones que justifica límites al castigo «la decreciente utilidad marginal de la pena a efectos preventivos o retributivos».

— La constatación de la posibilidad de disminuir la aflictividad de la pena (unitaria o concursal) previamente impuesta por vía de la posterior concesión del indulto o de la entrada en vigor de una norma penal más favorable –supuestos que solo operan de forma favorable al condenado, y nunca en su detrimento– también aconsejan realizar apreciaciones jurisdiccionales cautelosas al imponer penas en casos concretos.

— La previsión de reglas o de prácticas jurisprudenciales que suelen limitar las posibilidades de acumulación aritmética de penas en supuestos de concurrencia delictiva –incluso en los casos de mayor gravedad que, en terminología continental, se suelen estudiar bajo la nomenclatura de concurso real/material de delitos– supone una razón prudencial adicional para fundamentar un deber de proceder con cautela en la fijación de penas en supuestos (de delitos únicos o plurales) de menor gravedad –dicho en otros términos: si se acepta cierta indulgencia («descuento punitivo» [36]) en escenarios de enorme lesividad social a los efectos de no castigar exhaustivamente sumando todas las penas unitarias en las que se ha incurrido, cierta indulgencia debe regir también en escenarios menos gravosos [37], en los que recorrer las escalas penales formalmente previstas en sentido ascendente mediante apreciaciones valorativas de los juzgadores que se desvíen del mínimo aplicable exigirá una fundamentación reforzada [38].

— La previsión del principio de consunción en materia de concurso de normas/de leyes, que algunos autores explican en función de la *suficiencia* de castigar con la pena del delito principal y de ausencia de necesidad –por insig-

[36] Respecto a la generalizada aplicación jurisprudencial y aceptación en la doctrina de emplear descuentos punitivos en supuestos de pluralidad delictiva con especial referencia al ámbito anglonorteamericano, *vid*. las diversas contribuciones contenidas en de Ryberg/Roberts/Keijser (eds.), 2017.

[37] Y por escenarios menos gravosos aquí debe entenderse tanto escenarios de concurrencia delictiva, pero comprensivos de supuestos de menor lesividad social (así, en el sistema español, se incluirían los escenarios de concurso medial e ideal de delitos), como otros supuestos aún más leves que se incluyen dentro del campo de la unidad delictiva. Sobre la idea de gradualidad en el campo de la determinación de la pena en supuestos concursales, *vid*. especialmente Nino, 1972, pp. 20, 21, 124, 128-129 y conc.; Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política* legislativa, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1986, pp. 256 ss.; Cuerda Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid (Tecnos), 1992, pp. 271 ss.; Escuchuri Aisa, 2004, p. 242, 244-248 y conc.; Molina Fernández, 2022, nm. 3250 ss., 5567, 5591 y conc. Respecto a la gradualidad entre concurso ideal, medial y/o real, y críticamente respecto a la última reforma en España –que permite teóricamente castigar más levemente el supuesto de concurso medial que el supuesto de concurso ideal–, *vid*. Sanz Morán, Á. J., «Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 44, 2016, pp. 15 ss.; Molina Fernández, 2022, nm. 3255; Peñaranda Ramos, E./Pozuelo Pérez, L., «Prólogo», Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.), AA. VV., *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2022, pp. 10, 15.

[38] «La motivación debe ser tanto más pormenorizada cuanto la pena concreta más se aparte del mínimo previsto en el marco penal» (Molina Fernández, 2022, nm. 5633).

nificancia– [39] de castigar también aplicando la pena del delito secundario –p. ej. en supuestos de actos posteriores copenados (o impunes), o de hechos que acompañan habitualmente a otro más grave– (la regla de la consunción evita castigar más intensamente apreciando un concurso de delitos) [40].

La toma en consideración de indicadores sistemáticos como los recién mencionados justifican que exigencias de proporcionalidad cardinal conduzcan a restringir el margen de maniobra o de discrecionalidad del que dispongan los juzgadores al momento de recorrer las escalas penales previstas en abstracto, y a que cualquier desviación de la pena mínima legalmente prevista (se trate de supuestos de unidad o de pluralidad delictiva) requiera de una fundamentación reforzada –y que deberá sustentarse esencialmente en la limitada apreciación que, respecto a la concreta intensidad típica de injusto culpable punible concurrente, competa realizar al órgano llamado a dictar sentencia–.

V. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONCURSAL Y PROPORCIONALIDAD ORDINAL

El concepto de proporcionalidad *ordinal*, por su parte, requiere que cada plataforma delictiva se castigue con una medida de pena adecuada a su gravedad *relativa* de conformidad con pautas de merecimiento igualitario. Y para proceder legislativa y judicialmente de conformidad con exigencias de proporcionalidad ordinal se deben respetar tres exigencias fundamentales [41]: 1) la exigencia de paridad (*parity*) –crímenes de gravedad comparable/idéntica deben recibir un tratamiento penológico comparable/idéntico–, 2) la exigencia de graduación/ordenación de delitos y de penas por rangos (*rank-ordering)* –delitos que pertenezcan a rangos/categorías de delitos más graves deben recibir un castigo comparativamente más severo que aquellos pertenecientes a rangos/categorías de delitos más leves, que deben recibir, a su vez, un castigo menos severo–, y 3) la exigencia de suficiente espaciamiento entre las magni-

[39] En dicha línea, por ejemplo, *vid*. Matus Acuña, J. P., «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995», *ADPCP*, t. 58, Fasc/Mes 2, 2005, pp. 483 ss.

[40] *Vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3257 (quien explica la regla de la consunción indicando que «desplaza la aplicación de una de las normas concurrentes una vez que la otra alcanza el límite de punición suficiente») y nm. 3283 ss. Se alude también a la posibilidad de que un precepto capte *suficientemente* el desvalor concurrente para estimar un concurso de normas por consunción, entre otros, en Cid Moliné, *ADPCP*, t. 47, 1994, pp. 59-60; Castelló Nicás, N., *El concurso de normas penales*, Granada (Comares), 2000, p. 17; Matus Acuña, *ADPCP*, LVIII, 2005, pp. 466, 485, 489, 490 y conc.; entre otros.

[41] Al respecto, si bien respecto al castigo de supuestos de unidad delictiva, *vid*. Basso, 2019, pp. 344 ss. y Basso, *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 229 ss.

tudes punitivas aplicables a supuestos punibles de diversa intensidad típica –la cuantía de pena aplicable a cada caso debe distanciarse suficientemente de la que resulte al caso que se inserte como inmediatamente anterior o próximo en la escala unitaria de penas, a fin de que se facilite la identificación de la pena aplicable a cada nivel de injusto culpable punible concurrente y a fin de transmitir adecuada e inequívocamente el grado de lesividad social de la conducta que se castiga– [42].

La proporcionalidad ordinal exigiría, entonces, fundamentar penas individuales de conformidad con una suerte de *principio de gradualidad*. La graduación de los castigos debe surgir en un primer momento –y de forma primordial– de la labor llevada a cabo por los órganos con competencia legislativa [43], y recién en un segundo momento –y de forma limitada y complementaria– del arbitrio que le sea concedido al órgano jurisdiccional competente para recorrer la escala penal en supuestos de unidad o de pluralidad delictiva [44]. A tal fin, dicho órgano debe contar con preceptos penológicos que le permitan imponer penas individuales frente a supuestos de unidad o de pluralidad delictiva que se correspondan suficientemente con el nivel de gravedad inherente a cada uno de dichos supuestos, preceptos que deben permitirle efectuar una valoración de la intensidad típica unitaria o globalmente concurrente [45].

Si las penalidades de posible aplicación a unos y a otros supuestos se regulan *en abstracto* de forma adecuada y suficientemente diferenciada –espaciada–, se puede diagramar un sistema en el que cada supuesto delictivo a castigar tenga reservada –por lo menos, para la generalidad de las instancias realizadoras del mismo– un segmento de la escala penal que deba ser de prevalente aplicación y que impida la inserción dentro de dicho segmento de supuestos delictivos a los que normalmente el legislador asigna un segmento de

---

[42] Sobre el concepto de proporcionalidad *ordinal*, véanse von Hirsch, 1985, pp. 40-43, 63 ss. y conc.; Id., 1998, pp. 45-47, 61 ss., y conc.; Jareborg, 1998, p. 138; Mañalich R., *Política criminal*, vol. 10, núm. 20, 2015, pp. 511-512; Rodríguez Horcajo, 2016, pp. 36-37, 84 y conc.; von Hirsch, 2017, pp. 56-59 y conc.; Basso, 2019, pp. 244 ss., 344 ss.

[43] Téngase presente (*vid*. supra, apartado IV) que las decisiones legislativas relativas a la fijación de penas mínimas y máximas para construir marcos penales de severidad diferenciada (y aplicables para supuestos de unidad o concurrencia delictiva) constituyen decisiones de proporcionalidad *cardinal* de las cuales se derivan implicaciones de proporcionalidad *ordinal* (esto es: de ellas surge una ordenación de delitos y penas conforme a la gravedad con la que se sanciona en cada caso). Idéntica naturaleza *cardinal* cabe asignar también a límites jurídicos legislativamente previstos respecto a la duración máxima de ciertas clases de penas o del castigo a cumplir en supuestos concursales –y también de ello deben extraerse implicaciones de proporcionalidad ordinal–.

[44] Al respecto, *vid*. nota 20.

[45] En este sentido, se deberá valorar la gravedad del hecho y circunstancias personales del condenado, como habitualmente se permite en el Derecho comparado, y se deberá tener especialmente en cuenta el número, clase e intensidad típica concurrente de los diversos delitos en los escenarios de concurrencia delictiva.

escala penal diferente. La reserva de segmentos propios de la escala de penas para el castigo de supuestos de unidad delictiva y de pluralidad delictiva –y, a su vez, para cada supuesto o tipo de concursos que se prevea– no impedirá, sin embargo, que una misma plataforma fáctica requiera, según las concretas circunstancias del caso –y respetando los presupuestos de aplicación que corresponda– ser reconducida por el juzgador competente a la magnitud punitiva que mejor se corresponda con el desvalor de injusto culpable efectivamente concurrente –ello no es más que una consecuencia de que la relación concursal que se estime entre tipos penales concurrentes no podrá determinarse, por lo menos en ciertos casos, mediante una apreciación exclusivamente *ex ante*: la valoración de la intensidad típica de la plataforma delictiva concurrente constituirá una valoración eminentemente judicial que resultará determinante a los efectos de la calificación concursal definitiva que corresponda realizar [46]– [47].

La forma en que el sistema penal español regula en abstracto la graduación de los castigos se explica en términos de proporcionalidad ordinal [48]. La previsión de marcos penales de diferenciada gravedad para cada tipo penal en supuestos de unidad delictiva es un ejemplo paradigmático de ello –se trata, en efecto, del escenario que tuvo en cuenta por el propio von Hirsch al acuñar el concepto de proporcionalidad ordinal, como anteriormente se ha puntualizado–. Pero los diversos preceptos de dosimetría punitiva que regulan en abstracto cómo proceder en escenarios más complejos de pluralidad delictiva –régimen penológico del concurso ideal, medial y real de delitos (dejando de lado otros preceptos existentes)– también se explican conforme a exigencias ordinales del castigo. En todos esos casos se está ante puntos de proporcionalidad cardinal que reflejan que, indudablemente, en términos comparativos, se está ante supuestos de diversa gravedad.

En tales escenarios, las reglas penológicas que se estipulan deben interpretarse en el sentido de que buscan asegurar, en principio, mayor punición que si se estuviese ante un supuesto no concursal, pero también en el de que pretenden garantizar que el castigo resultante no será superior al que se impon-

[46] Se reconoce de forma extendida en el campo concursal que la pena global aplicable y que la determinación de la relación concursal que exista no depende únicamente de relaciones lógicas entre enunciados normativos (tipos penales), sino que se requiere realizar complejas apreciaciones vinculadas con el desvalor material concreto (al respecto, *vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3271).

[47] Ello explica que determinadas plataformas delictivas (por ejemplo, en las que se perpetra un apoderamiento patrimonial con privación de libertad de la víctima) puedan ser objeto de múltiples encuadramientos concursales, en función de las circunstancias fácticas concurrentes y de su intensidad (*vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3290; Ferrer García, A., «La aplicación de la concurrencia delictiva por parte del Tribunal Supremo», Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.), AA.VV., *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2022, pp. 103-104).

[48] Que ello resulte explicable no significa que se esté ante un sistema carente de problemas.

dría de sumarse, sin más, todas las penas que individualmente podrían imponerse por cada delito cometido –y ello incluso en ciertas hipótesis de concurso real, en donde la previsión misma de «descuentos punitivos» resultantes de la aplicación de límites jurídicos puede conducir a que la pena global deba ser inferior también a la que surja de la sumatoria de las penas individuales de cada delito objeto de condena–.

Más aún, si de lo que se trata es de diferenciar suficientemente (en abstracto y en concreto) distintos supuestos de gravedad divergente dentro de una escala *limitada* de penas –dentro de la cual habrá que aplicar el punto máximo de castigo que corresponda para el castigo del supuesto más gravoso–, las reglas penológicas deberán interpretarse teniendo en cuenta que el ascenso dentro de la escala de penas añadiendo magnitudes de punición no debe seguir una correlación aritmética. Aunque el contenido delictivo a castigar pueda crecer aritméticamente de forma prácticamente ilimitada, la penalidad aplicable será restringida y encontrará, en algún momento, un límite, alcanzado el cual el contenido delictivo a castigar que lo rebase no incidirá en la penalidad aplicable [49].

En función de ello, la forma de ascender dentro de la escala penal aplicable a medida que se presenta un mayor contenido de injusto culpable punible a castigar –por concurrir una intensidad típica desbordante de la pena mínima prevista en abstracto para el supuesto de supuestos de unidad o de pluralidad delictiva del que se trate– debe interpretarse en el sentido de que las unidades de punición que se vayan añadiendo tendrán un rendimiento marginal decreciente y de que, por tanto, cada unidad que se vaya añadiendo será representativa cada vez de un mayor contenido de injusto culpable a sancionar [50].

---

[49] O, en terminología de Molina Fernández, se llegará a un punto de «punición suficiente» o de límite de «saturación de la pena», «a partir del cual el aumento de la gravedad del hecho resulta irrelevante» (*vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3257).

[50] En el sentido del texto, *vid*. especialmente Jareborg, 1998, p. 139 («La existencia de descuentos por cantidad [«bulk discounts»] conlleva a un 'endurecimiento' creciente de la escala de penas para supuestos de múltiples ofensas. Se torna cada vez más difícil alcanzar el siguiente nivel de punición. […] Esto implica una especie de «teoría cuantitativa» de determinación de la pena: resulta cada vez más difícil alcanzar el siguiente nivel de punición que se utiliza. Y en los casos de determinación de la pena en supuestos de múltiple comisión de delitos esto implica que la criminalidad adicional pero de seriedad menor o incluso intermedia se vuelve de forma creciente irrelevante para la medida de pena que efectivamente se imponga» –se indica también allí por el propio autor que tal proceder se fundamenta en el principio de parsimonia y en que satisface de mejor manera exigencias de proporcionalidad ordinal al suministrar «mayor extensión para la ordenación por rangos de combinaciones de ofensas»); Ryberg/Roberts/Keijser, 2017, p. 6 (quienes aluden a la justificación de los *descuentos punitivos* en supuestos concursales recurriendo al principio de *overall proportionality*: «Mientras consideraciones de proporcionalidad ordinal se vinculan habitualmente con la punición relativa de supuestos de unidad delictiva, la idea de *overall proporcionality* se vincula con la comparación de tipos de crímenes. Más específicamente, la idea es que la concurrencia delictiva de tipos penales menos gravosos no puede resultar igualmente censurable desde una

Resulta deseable político-criminalmente, por tanto, que el diseño de las reglas penológicas por parte del legislador permita realizar diferenciaciones punitivas razonables en función del contenido de desvalor del injusto culpable concurrente a partir de una adecuada delimitación de los presupuestos de hecho requeridos para la aplicación de la escala penal (singular o concursal) que corresponda. Más allá de dicha orientación político-criminal, las concretas reglas que se prevean también deben interpretarse en sede jurisdiccional –dentro de lo que el apego al principio de legalidad estricta permita– en pos de posibilitar la realización de diferenciaciones punitivas valorativamente consistentes y de evitar los desajustes penológicos que de su aplicación práctica puedan derivarse.

En la línea de lo expuesto, pero ya en relación con la regulación vigente en el sistema español –que efectúa diversas diferenciaciones en materia concursal–, pueden realizarse algunas reflexiones respecto a la orientación del tratamiento penológico que el legislador ha adjudicado a los supuestos concursales. Tal orientación, por proceder directamente de pautas legislativas vigentes, debe guiar la labor jurisdiccional de fijar la pena concursal cuando los juzgadores dispongan de ámbitos de discrecionalidad dentro del cual adoptar sus decisiones respecto a la cuantía de pena. Así, de la normativa concursal vigente, cabe extraer, entre otras, las siguientes directrices:

— La pena concreta que judicialmente se determine como de aplicación a supuestos de *unidad delictiva* incide en la pena concreta que judicialmente

---

perspectiva moral –y, por tanto, merecedor de una respuesta punitiva más severa– que una única instancia realizadora de un tipo de crimen más gravoso» –traducción propia–); Ashworth, A./Wasik, M., «Sentencing the Multiple Offender. In search of a «Just and Proportionate» Total Sentence», de Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), AA. VV., *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2017, p. 212; Basso, 2019, pp. 367 –especialmente, pp. 371-373–; Molina Fernández, 2022, nm. 3257 («Así como la gravedad material del hecho –o hechos– enjuiciados va aumentando progresivamente según se añaden nuevos resultados delictivos –una muerte más es siempre peor que una menos; un día más de encierro es peor que uno menos–, las consecuencias jurídicas asociadas tienen su propia dinámica y pueden mantener la misma progresión que el hecho –como en la responsabilidad civil, que aumenta paralelamente con los daños–, o apartarse de ella y establecer una progresión decreciente, no lineal. Esto último es lo que sucede en la responsabilidad penal: la ley establece límites a la acumulación natural de sanciones, de forma que la pena proporcionada en los concursos no es la que resulta de sumar las penas de sus unidades integrantes, sino una nueva pena cuya gravedad va progresivamente rezagándose de la que correspondería por acumulación, hasta llegar a un punto que puede denominarse de punición suficiente, a partir del cual el aumento de la gravedad del hecho resulta irrelevante.»). Sobre ello, *vid*. también Robinson/Darley, 1995, pp. 189-190; Demleitner/Berman/Miller/Wright, 2013, p. 295; Ryberg/Roberts/Keijser, 2017, p. 4. Tal proceder también sería el que se correspondería con las intuiciones de justicia de la comunidad respecto a cómo deberían tratarse los casos de concurrencia delictiva *(vid*. Robinson, P. H./Darley, J. M., *Justice, liability, and blame. Community Views and the Criminal Law*, Boulder/San Francisco/Oxford (Westview Press), 1995, pp. 190 ss.).

se pretenda imponer en *supuestos concursales*. Así, en los supuestos de concurso de delitos no se admite la posibilidad de que a la pluralidad de delitos a castigar se le adjudique una pena global *superior* a la resultante de la suma aritmética de las penas que correspondan para cada delito individualmente concurrente [51]. Más aún, la idea o regla general subyacente en materia concursal no radica en que la penalidad global deba *coincidir* normalmente con la sumatoria de las penas concretas que individualmente correspondería por cada delito, sino en que aquella habitualmente será más beneficiosa –de menor intensidad– para el condenado que si se le castigase por separado por cada delito individual [52]. Esto último se ve con especial claridad cuando se castiga mediante las reglas del concurso real supuestos de concurrencia delictiva sumamente gravosos en los que se aplican los límites (absolutos o relativos) previstos en el artículo 76, supuestos en los que la pena (temporal) resultante será (en ocasiones, incluso significativamente) más baja que la que surgiría de la mera suma aritmética de penas individuales por cada delito objeto de condena.

— Si en supuestos de concurso real –previstos para el tratamiento de casos de concurrencia delictiva de máxima gravedad– se admite, entonces, una suerte de «descuento punitivo» que beneficia al condenado, dicha lógica debe tenerse presente, de alguna manera, en supuestos concursales de menor gravedad –concurso de delitos de tipo ideal o medial–. Si se admite cierta indulgencia frente a lo más grave, algún parámetro de morigeración debería admitirse también –por la vía jurídica que resulte posible– frente a la fijación de magnitudes punitivas en supuestos menos graves. La indulgencia en este último terreno, a fin de maximizar exigencias de proporcionalidad ordinal, debería pasar por la vía de interpretar de forma muy restrictiva la posibilidad de imponer penas que se desvíen de la pena concursal mínima legalmente prevista; en este sentido, ascender dentro de la escala penal de aplicación al supuesto concursal, o pretender fundamentar que la intensidad típica concurrente requeriría estimar la concurrencia de un concurso de delitos más gravoso (así, por ejemplo, estimar un concurso real en vez de un concurso ideal) debe ir volviéndose cada vez más exigente: subir un peldaño en la escala penal requerirá algo menos de contenido de injusto culpable concurrente de lo que se exigirá cuando se trate de subir el siguiente peldaño, y así sucesivamente. Dicho en otros términos: la proporcionalidad ordinal exige maximizar diferenciaciones típicas y penológicas, pero no que ello deba realizarse incrementando linealmente la pena aplicable –así, la

[51] Molina Fernández, 2022, nm. 5565 ss.; 5591 ss., 5595.
[52] *Vid*. Ryberg/Roberts/Keijser, 2017, pp. 2-3.

concurrencia de doble contenido de injusto culpable no debe conducir a duplicar la magnitud punitiva a imponer–.

— La escala penal asociada a cada delito debe ser interpretada en clave sistemática y no debe concebirse, por tanto, como construida exclusivamente para insertar en cualquier punto de su interior supuestos de unidad delictiva, pese a lo que formalmente pareciera admitir la redacción literal de los preceptos penales. Las reglas de supuestos concursales pueden conducir a que se asigne a esos supuestos penas de posible (formalmente) imposición en escenarios de unidad delictiva –dicho en otros términos: en el interior de cada una de las escalas previstas para cada delito puede perfectamente insertarse la magnitud punitiva que corresponda aplicar a supuestos concursales–. Ello se refleja muy claramente en la regla penológica del concurso ideal –absorción agravada–, que obliga a castigar aplicando un solo marco penal –el del tipo más severamente castigado, pero empleando únicamente su mitad superior– [53]. De ello podría inferirse, por tanto, que a menos que se pretenda castigar de forma idéntica supuestos de unidad delictiva y de concurso ideal de delitos, y partiendo de que se reconoce la mayor gravedad concurrente en los segundos, la mitad superior de la escala penal debería reservarse, por lo menos en principio, para la fijación de la pena concursal y la mitad inferior, en tanto, para el castigo de supuestos de unidad delictiva.

— En escenarios de unidad delictiva, por otra parte, debería tenerse presente el tratamiento penológico que se adjudica en el campo de la pluralidad delictiva, y ello a fin de interpretar cómo insertar penas dentro de las escalas previstas para cada delito en dichos escenarios. Si la lógica del concurso real consiste en evitar la dureza (por innecesaria o inhumana [54]) de la acumulación material de penas a través de la previsión de límites jurídicos, y si la lógica de las demás reglas concursales radica en que la pena resultante del concurso sea inferior a la sumatoria de las penas individuales de cada delito concurrente, todo ello también debe incidir en la forma en que se interpretan las escalas penales de cada delito en escenarios de unidad delictiva: ascender en la escala de penas en casos de unidad delictiva irá requiriendo cada vez mayor contenido de injusto culpable punible, a fin de no contravenir exigencias de proporcionalidad ordinal y evitar solapamientos de este tipo de casos con el espacio punitivo que deba reservarse a los supuestos concursales. Si se sigue dicha lógica, dentro de la mitad inferior de la escala penal –reservada, en principio, para la inserción de supuestos de unidad delictiva– debería incluso resultar

[53] Artículo 77.2 CP. Al respecto, *vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 3308, 5587 ss.
[54] *Vid*. Molina Fernández, 2022, nm. 5565.

excepcional la admisibilidad de imponer castigos que se desvíen del mínimo. La indulgencia en este tipo de escenarios no se refleja por vía de descuentos punitivos, sino por la de no castigar exhaustivamente el caso concreto agotando la escala formalmente prevista –que significa, en esencia, ejercitar con cautela el arbitrio judicial hacia la imposición de penas situadas en el mínimo de la escala penal, o en puntos próximos a dicho mínimo–.

— La pena concursal se construye tomando como punto de partida, en ocasiones, marcos penales legales abstractos –concurso ideal– o, en otras, penas judiciales concretas –así sucede en el concurso medial y, normalmente, en el concurso real–. Si se pretende lograr mayor seguridad jurídica en la materia, se debería proceder conforme a un mismo punto de referencia para la construcción de la pena global en cada tipo de concurso, y dicho punto de referencia debiera situarse, a mi juicio, en las penalidades previstas en abstracto. Y ello debiera resultar así especialmente cuando se trata de fijar puntos de proporcionalidad cardinal vinculantes para el operador jurisdiccional. Si en última instancia la pena exacta dependerá del ejercicio de atribuciones eminentemente valorativas del juzgador, debería procurarse que la construcción de la escala dentro de la que se desplieguen tales atribuciones se efectúe con base en penalidades previstas en abstracto y no definidas por el propio juzgador. Por tanto, resulta criticable que la identificación del límite jurídico relativo máximo de pena a cumplir (el triple de la pena *más grave de aquellas judicialmente impuestas*) –en el concurso real– quede sujeta a la discrecionalidad judicial del tribunal interviniente –máxime si se tiene presente la escasísima orientación de la que aún a día de hoy disponen los jueces en la labor de determinar la pena en escenarios de unidad delictiva [55]–. Si la construcción de escalas o límites para las penas concursales requiere partir de una pena exacta para un único delito y no de un marco abstracto asociado al mismo, el referente quizás debiera situarse, en ocasiones, en la pena mínima legalmente prevista para dicho delito y, en otras, en la pena máxima legalmente prevista para dicho delito. Así, la pena legal mínima de la escala prevista para el tipo penal aplicable en casos de unidad delictiva –que, según la concepción aquí esbozada, sería el referente para castigar, salvo desviaciones excepcionales, tales supuestos [56]– podría to-

[55] Al respecto, *vid*. Basso, 2019, pp. 71 ss.

[56] Cabe apuntar que, en la práctica se suele constatar un ejercicio jurisdiccional muy cauteloso en materia de determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva: en términos agregados, se suelen imponer penas mínimas o próximas al mínimo legalmente previsto (al respecto, *vid*., con numerosas referencias de Derecho comparado, Basso, 2019, pp. 76 ss. –*vid*. especialmente nota 62–; se apunta recientemente también la tendencia jurisprudencial en Chile a castigar imponiendo la pena mínima de entre aquellas legalmente previstas en Couso Salas, 2021, p. 332, nota al pie 1). El mismo proceder cauteloso (próximo al mínimo) también se detecta, en ocasiones, en escenarios de concurrencia delictiva

marse como referente cuando se trate de calcular el límite jurídico que surja de la suma de las penas individuales correspondientes a cada delito que concurra. Para calcular límites máximos con independencia del resultado que pueda arrojar la sumatoria de penas individuales imponibles, y a los efectos de salvaguardar exigencias de proporcionalidad ordinal, quizás el referente debiera situarse en la pena legal máxima de la escala prevista para el tipo penal aplicable en casos de unidad delictiva –los segmentos superiores de la escala penal de cada tipo sí que son un referente para el propio legislador, por ejemplo, para la construcción del marco penal del concurso ideal–. Por último, en la línea de lo esbozado, cuando se requiera la construcción de un marco concursal también debería partirse de las penalidades conminadas en abstracto: si se mantiene la regla penológica del concurso ideal, una regla penológica razonable para el concurso real podría situarse en fijar judicialmente penas dentro de un marco abstracto que comience, en su mínimo, con la pena mínima más elevada de aquellas previstas en los tipos penales efectivamente concurrentes y, en su máximo, con la suma de las penas máximas previstas en todos ellos.

— Si se pretende fomentar soluciones suficientemente diferenciadoras manteniendo un sistema que adjudica descuentos punitivos incluso en casos de máxima relevancia sistémica, el mantenimiento de un régimen de concurso real apegado a la idea de acumulación material de penas privativas de libertad no parece razonable [57], y el cálculo de la pena concursal debiera partir de la pena aplicable al delito más gravemente castigado e irse añadiendo magnitudes de pena a dicha pena base [58], de forma tal de evitar incurrir en penas desproporcionadas y de facilitar la imposición de condenas que maximicen la capacidad de rendimiento de la escala penal para enviar mensajes diferenciados respecto a la gravedad de la plataforma delictiva objeto de condena.

— Si se admite una ordenación gradual entre los regímenes de concurso ideal, medial y real, de forma tal que de que cada uno de ellos conduzca al

(así, por ejemplo, en el castigo por parte de la CPI de supuestos concursales al amparo del art. 78.3 del Estatuto de Roma).

[57] En dicha línea crítica respecto a la regla de acumulación material de penas en materia de concurso real de delitos, *vid*. entre otros, Cuerda Riezu, 1992, p. 272; Ortega Matesanz, 2022, pp. 537 ss.; Sanz Morán, Á. J., «Sobre el «arte de contar los delitos». Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.), AA. VV., *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2022, pp. 44-45, 54, 62-63; Couso Salas, 2021, pp. 331 ss.

[58] *Vid*. Robinson/Darley, 1995, pp. 189-190 y Demleitner, N. V./Berman, D. A./Miller, M. L./Wright, R. F., *Sentencing Law and Policy. Cases, Statutes, and Guidelines*, 3.ª ed., New York (Wolters Kluwer), 2013, p. 173, obras en las que se indica que el sistema de las *Federal Sentencing Guidelines* toma como punto de partida la pena correspondiente al delito más grave para luego añadir incrementos de punición cuando se trata de castigar escenarios de pluralidad de delitos.

castigo, comparativamente, de supuestos de gravedad menor/intermedia/mayor, debería procurarse que el espacio *ordinal* que se asigne a cada uno en la escala de penas no conduzca a solapamientos ni a distorsiones valorativas [59].

VI. RECAPITULACIÓN

1. En casos de *unidad* o de *pluralidad delictiva* se debe calibrar jurisdiccionalmente la pena individual exacta que se corresponda, respectivamente, con el injusto culpable punible *singular o globalmente* concurrente. En ambos escenarios los márgenes de actuación o libre valoración del que disponen los órganos jurisdiccionales competentes –por concesión del legislador– deben regirse por principios orientadores comunes.

2. La pena exacta a fijar judicialmente en supuestos de unidad o pluralidad delictiva ha de ser el resultado de un proceso sincrético conducente a satisfacer de forma suficiente exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal.

3. Las exigencias de proporcionalidad *cardinal* fundamentan un deber de proceder restrictivamente cuando se pretenda ascender jurisdiccionalmente en la escala penal individual o concursal que resulte de aplicación –esto es, cualquier desviación del mínimo legalmente previsto que suponga recorrer la escala abstracta de penas hacia puntos de mayor severidad requerirá de una especial fundamentación–. La noción de proporcionalidad cardinal exige fundamentar penas exactas conforme al principio de punición suficiente.

4. Las exigencias de proporcionalidad *ordinal* requieren que los diversos supuestos de unidad o pluralidad delictiva que puedan producirse reciban legislativa y jurisdiccionalmente un castigo que resulte valorativamente consistente y que se evite insertar en idénticos puntos o segmentos de la escala de penas supuestos que no presenten idéntico contenido de injusto culpable punible. La noción de proporcionalidad ordinal exige fundamentar penas exactas conforme al principio de gradualidad y efectuar un tratamiento suficiente-

[59] En este sentido, la aplicación de la regla penológica del concurso medial (introducida por LO 1/2015) puede conducir a que en dichos casos se aplique un castigo global inferior al que se aplicaría de mediar un concurso ideal, lo que no resulta valorativamente consistente si se tiene presente que se reconoce de forma bastante extendida que los casos de concurso medial son supuestos de concurso real (o más bien supuestos intermedios próximos a estos), pero que se castigan con menor dureza que la que resultaría de aplicar las reglas del concurso real. Y ello, en tanto supone que un supuesto de menor gravedad (concurso ideal) pueda resultar más severamente castigado que un supuesto de mayor gravedad (concurso medial), resulta criticable por contravenir exigencias de proporcionalidad ordinal (*vid.* Ortega Matesanz, 2022, pp. 512 ss.; Molina Fernández, 2022, nm. 3256, 3300, 3315 ss., 5594; Peñaranda Ramos/Pozuelo Pérez, 2022, pp. 11-12; Sanz Morán, 2022, pp. 46-50).

mente diferenciado entre supuestos de unidad o concurrencia delictiva en los que se puedan efectuar distinciones típicas y penológicas, de forma tal de asegurar que escenarios delictivos de gravedad comparable/idéntica reciban un tratamiento penológico comparable/idéntico– y de que aquellos que pertenezcan a rangos/categorías/concursos de delitos más graves reciban un castigo comparativamente más severo que aquellos pertenecientes a rangos/categorías/concursos de delitos más leves (y viceversa).

CONCURSO DE DELITOS Y DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA: SOLUCIÓN PLURAL *VS.* SOLUCIÓN UNITARIA

Nicolás Cantard *

I. INTRODUCCIÓN

La problemática vinculada a la concurrencia delictiva tiene numerosas aristas desde las cuales puede abordarse una investigación específica. Una de las que mayor importancia práctica tiene es el de la delimitación entre las distintas modalidades concursales más conocidas, como son la del concurso ideal y el concurso real.

El criterio utilizado por el legislador español para determinar cuándo estamos ante un concurso ideal y cuándo ante un concurso real es la distinción entre unidad y pluralidad de hechos. Esto es, si la pluralidad de infracciones penales se produce mediante un solo hecho estaremos ante un concurso ideal y, en cambio, si esa pluralidad de infracciones se lleva a cabo mediante dos o más hechos, será de aplicación la regla penológica establecida para el concurso real.

Sin embargo, el criterio para «contar» los hechos no viene determinado por el legislador [1], con lo cual resulta imprescindible la elaboración de una

* Profesor Ayudante en la Universidad Autónoma de Madrid.

El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva* (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER.

[1] Incluso ni siquiera está claro qué es aquello que hay que individualizar. En primer lugar, según se ha mencionado, si se trata de acciones o de hechos, situación que en gran medida resulta poco problemática ya que el legislador se expresa en uno u otro sentido, pero, en segundo lugar, no es obvio qué es aquello que forma parte del concepto de que se trate (acción o hecho) a los efectos de individualizar. En este sentido, Mayer, M. E., «Derecho penal. Parte general», Politoff Lifschitz, S. (trad.), en Fernán-

construcción teórica que permita, por un lado, a los jueces trabajar con mejores herramientas conceptuales y, por el otro, al acusado contar con mayores garantías de que la sentencia estará fundada en razones objetivas y no en meras arbitrariedades [2]. Esta tarea es una de las más complicadas en la teoría de los concursos, lo que ha llevado a Nino a sostener que «hay pocas áreas de la teoría del Derecho Penal tan complejas, desconcertantes y divertidas como ésta que se podría llamar "aritmética de los delitos"» [3], y que «en el ámbito del derecho penal existe la imperiosa necesidad de *contar* acciones» [4]. De un modo más drástico, no ya considerándolo una dificultad sino una imposibilidad, Beling ha dicho que «las acciones individuales fluyen como un río, constantemente una tras otra, y así como no pueden contarse las gotas individuales de un río, tampoco se pueden contar las acciones individuales de la vida humana» [5].

La importancia de la delimitación está íntimamente ligada a la diferencia de tratamiento que se dispensa a una y otra modalidad de concurso de delitos. En ese sentido, cuanto mayor sea la diferencia penológica que conlleva uno y otro tipo de concurso, mayor será la necesidad de establecer criterios claros que permitan delimitar ambas formas de concurrencia. El Código penal español se suma a una gran cantidad de codificaciones bajo un sistema de «solución plural» que orienta las consecuencias jurídicas de un modo heterogéneo, según se trate de

---

DEZ, G. (dir.) *Maestros del Derecho* Penal, núm. 25, Montevideo-Buenos Aires (BdeF), 2007 (1915), p. 194, dice que «[e]l arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar». Sobre la discusión en torno a la relevancia del resultado material en la distinción, *vid.* SANZ MORÁN, Á., «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 Puig*, Montevideo (BdeF), 2017; PEÑARANDA RAMOS, E., «¿Unidad o pluralidad de «hechos» en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola «acción»? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en OROZCO LÓPEZ, H. D./REYES ALVARADO, Y./RUIZ LÓPEZ, C. E. (eds.) *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2022, pp. 795-837; CANTARD, N., «El "matar dos pájaros de un tiro" y su mutación de virtud a demérito. Sobre la relevancia del resultado material en la concurrencia delictiva», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PEÑARANDA RAMOS, E. (coords.) *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid (Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid), 2023, pp. 123-140; Cantard, N., «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso real. Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», *InDret,* núm. 3, 2023, pp. 519-553.

[2] Con razón expresaba GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid (Tecnos), 1990 (3.ª ed.), p. 158, que la dogmática «[h]ace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación».

[3] NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios "Guersi" y "Pitchon"», en MAURINO, G. (ed.) *Fundamentos del Derecho Penal,* Buenos Aires (Gedisa), 2008 (1982), p. 231.

[4] NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires (EUDEBA), 1987, p. 45.

[5] BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen (Mohr), 1906, p. 334.

una concurrencia ideal, una de tipo material o una de tipo medial. Así, al concurso ideal se le aplica una pena menor en relación con la prevista en supuestos de concurso real. A excepción del concurso medial, la distinción entre concurso real e ideal está presente en todas las legislaciones de este tipo.

Sin embargo, todas estas dificultades de delimitación mencionadas han llevado a un sector de la doctrina a propiciar una consecuencia jurídica única que no obligue a establecer distinciones forzadas, carentes de sustento empírico. Este modo de proceder es el adoptado por otras codificaciones que optan por un sistema de «solución unitaria», en el que no se reconoce diferencia alguna en el tratamiento penológico a las diversas modalidades concursales, aun cuando sí reconozcan la distinción fundamental primaria entre unidad y pluralidad de delitos. Esto significa que, ante una situación de concurrencia delictiva, cualquiera sea su modalidad, la pena será mayor que en un supuesto de unidad delictiva.

El objeto de análisis de este trabajo está relacionado con las razones materiales en que se sustentan cada una de estas opciones, la de la solución unitaria y la de la solución plural. Previamente se pondrán de manifiesto las distintas formas de regulación dentro de cada uno de los sistemas mencionados.

Antes de abordar muy sucintamente los distintos sistemas legislativos [6], cabe hacer una precisión previa para evitar posibles confusiones. Como se verá, hay algunos sistemas que solo prevén las consecuencias del concurso de delitos para supuestos de pluralidad de hechos, esto es, de concurso real, lo cual significa que las situaciones de concurso ideal se asimilan a las de unidad delictiva. Ello podría entenderse como un caso de «solución plural» en la medida que asigna consecuencias jurídicas distintas para ambas modalidades de concurso. Sin embargo, ello obedece más bien a una forma de entender la pluralidad de delitos exclusivamente ligada a la pluralidad de acciones. Por esa razón, aquí la diferencia entre uno y otro sistema de sanción se hará teniendo en cuenta que, asumiendo que ambas modalidades son supuestos de concurrencia delictiva, se establezca una diferencia penológica entre ellas y, a su vez, cada una de ellas tenga una consecuencia distinta –al menos potencialmente [7]– a las situaciones de unidad delictiva.

---

[6] Para profundizar sobre la legislación comparada, *vid.* Merkel, P., «Konkurrenz», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil (VDA)*, Tomo V, Berlin, 1908, pp. 326 ss.; Geerds, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg (Joachim Heitmann & CO.), 1961, pp. 71 ss.; Sanz Morán, Á., *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1986, pp. 55 y ss.; sobre el derecho anglosajón, Dürr, A., *Funktionelle* Äquivalente *der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law. Zugleich eine anhandlung* über *die unechte idealkonkurrenz im Völkerstrafrecht*, Tübingen (Möhr Siebeck), 2019, pp. 51 ss.

[7] Por ejemplo, el principio de absorción puede llevar a la misma consecuencia que un supuesto de unidad delictiva, sin embargo, debe ser considerado como un tratamiento diferenciado en la medida que

También debe aclararse qué se entiende aquí por principio de absorción y de exasperación, ya que también puede dar lugar a confusión. Aunque será objeto de tratamiento específico más adelante, se entiende que la diferencia esencial entre la absorción y la exasperación reside en la posibilidad o no de rebasar el marco penal previsto para la infracción más grave [8]. En el primer caso, aun cuando se prevea una pena incrementada, se considerará como una forma del principio de absorción *agravada* en tanto y en cuanto *no pueda sobrepasar el límite máximo* previsto para la pena de que se trate. Que esa agravación sea sobre la pena concreta a imponer (por ejemplo, que la pena que correspondería por el delito más grave sea incrementada en algo más) o bien sobre el propio marco penal (por ejemplo, «en la mitad superior») es, a estos efectos, indistinto.

Asimismo, la diferencia entre acumulación material y acumulación jurídica viene determinada porque, en este último, existen límites (absolutos y/o relativos) a la suma aritmética que se haga de las penas, mientras que en el primero no hay límites de ningún tipo. Que la suma esté vinculada a las penas individualmente determinadas en el caso concreto o bien a los máximos establecidos en los marcos penales abstractos, también aquí resulta indiferente en este punto.

II. LAS OPCIONES LEGISLATIVAS VIGENTES

1. **Sistemas de solución unitaria**

En Alemania, como se verá luego, la ley positiva siempre mantuvo el sistema de solución plural. Sin embargo, por la importante influencia que tuvo, es necesario mencionar que el proyecto alternativo alemán también abogaba en su §64 por un sistema único de sanción en materia de concursos [9]. La consecuencia era la de un principio de absorción con exasperación facultativa en la que se aplicaba la pena más grave, pudiendo incrementarla hasta la mitad, pero sin superar nunca el máximo del tipo de pena de que se trate. Asimismo, se preveía que las consecuencias accesorias que tuviesen las infracciones res-

---

potencialmente podría no ser así, ya sea por tener en cuenta el mínimo mayor (que no necesariamente debe coincidir con la pena más grave), ya sea por combinar consecuencias jurídicas (accesorias o no) de las distintas infracciones concurrentes.

[8] Sanz Morán, Á., 1986, p. 31.

[9] AA.VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Tübingen (Mohr Siebeck), 1969, pp. 122 ss.

tantes con pena menor deberían ser aplicadas cumulativamente con la pena de prisión de la infracción mayor. Ello es entendido por algunos autores como un principio de combinación [10].

La legislación francesa emergente de la revolución ha tratado con la misma consecuencia a los supuestos de concurrencia delictiva. Al principio mediante un principio de absorción, quizás como una reacción al principio de acumulación que se aplicaba en la jurisprudencia del *anciénne régime* [11]. Ello se produjo, en un primer momento, en la regulación procesal (artículos 365 y –posterior– 351 C.I.C.), pasando a formar parte de la legislación de fondo a mediados del siglo pasado (antiguo art. 5 CP) [12]. En la actualidad, el *Code penal* ha vuelto al principio de acumulación para el supuesto de penas de distinta naturaleza, esto es, se puede aplicar la multa prevista en un delito conjuntamente con la pena de prisión previsto en el otro, lo que podría ser entendido como un principio de combinación. No obstante, se sigue aplicando el principio de absorción de la pena más fuerte para los casos de infracciones con penas de la misma naturaleza, pudiendo en ese caso imponerse una de ellas (art. 132.3 CP) [13], la que no podrá superar el máximo legal del delito más grave. Esto mismo rige para el supuesto de procesos separados en que está previsto el principio de acumulación, aunque el tribunal cuenta con la posibilidad de ordenar la confusión total o parcial de las penas que sean de la misma naturaleza (art. 132.4 CP) [14], supuesto en el cual la pena que lleve cumplida por el primer proceso deberá

---

[10] Así, no solo para el caso de concurso ideal sino también para la exasperación prevista en el concurso real *(vid.* Samson, E. «SK-antes §52», en Rudolphi, H. J. (Hrsg.) *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgestzbuch*, 5. Auf., 1987, nm. 7). Ello deberá ser tenido en cuenta, en lo que sigue, cada vez que se haga mención al principio de combinación.

[11] Siguiendo a Nyppels, Zaffaroni, R. E., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. V, Buenos Aires (Ediar), 1988, p. 391.

[12] Para más detalles sobre la evolución histórica, *vid.* Desportes, F./Le Gunehec, F., *Le Nouveau Droit Penal*, Tomo 1, 4.ª ed., París (Economica), 1997, nm. 895; Pradel, J., *Droit pénal. Introduction générale Droit penal général*, Tomo 1, 11.ª ed., París (Cujas), 1996, nm. 678; Stefani, G./Levasseur, G./Bouloc, B., *Droit penal general*, 17.ª ed., París, (Dalloz), 2000, nm. 690; en español, Sanz Morán, Á., 1986, pp. 58 ss.

[13] Desportes, F./Le Gunehec, F., 1997, nm. 894, indican que la reforma del Código penal pasó de aplicar la absorción de la pena más grave a la de la acumulación, respetando el principio de no acumulación solo en supuestos de penas de la misma naturaleza. Por ello, prefieren hablar de «principio de aplicación de la pena más fuerte» en lugar del «principio de no acumulación» *(vid.* nm. 895).

[14] Se trata de situaciones que, de otro modo, implicarían poner en peor condición al autor juzgado en procesos múltiples respecto de aquél que lo fue en un proceso único, Desportes, F./Le Gunehec, F., 1997, nm. 906. Esto podría sugerir que estos casos se traten en realidad de un principio de acumulación jurídica y no ya de absorción. Sin embargo, esa acumulación sigue teniendo el límite relativo del máximo de la pena del delito más grave; por ejemplo, si en el primer proceso se condenó al autor a 2 años de prisión por el delito de robo simple (que tiene una pena máxima de 3 años –art. 311.2–) y en la segunda acusación lo es por fraude (cuyo máximo es de 5 años –art. 313.1–), el Juez, a lo sumo, podrá imponer una pena de tres años a acumular, aunque no esté obligado a ello y pueda ordenar la confusión total o parcial de penas, *vid.* Stefani, G./Levasseur, G./Bouloc, B., 2000, nm. 701, de quienes está tomado el ejemplo.

descontarse de la que se imponga por este segundo [15]. En cualquier caso, contiene una limitación absoluta de no sobrepasar los 30 años, a menos que una de ellas sea de cadena perpetua (art. 132.5 CP) [16]. Existen, sin embargo, de igual manera que ocurre con las contravenciones (art. 132.7 CP), ciertos delitos específicos de la parte especial van a ser sometidos al principio de acumulación o al de exasperación [17], según el caso.

Se trata de una única regulación para la concurrencia delictiva, que solo parece contemplar la modalidad de concurso real [18], de igual manera que se desprendía de la anterior regulación [19]. Esto se debe, probablemente, a la consideración del concurso ideal como un supuesto de unidad delictiva [20], tal como lo ha hecho la «teoría de la unidad» en Alemania, pero llevándolo –coherentemente– hasta sus últimas consecuencias. No obstante, situaciones de concurrencia ideal son reconocidas tanto en doctrina como en la jurisprudencia [21]. Ante la falta de regulación legal, se utiliza el principio *non bis in idem* como el fundamento para no aplicar las normas relativas al concurso real y, generalmente, aplica la pena más alta. Sin embargo, también se ha entendido que cuando una única acción realiza dos infracciones que no son reconciliables y afectan a distintos bienes jurídicos, la situación es de concurrencia material [22].

Soluciones apenas más drásticas ofrecen las codificaciones de Austria y Suiza. En el primero de ellos se prevé una absorción con agravación, dentro del marco penal de la pena más grave, pero combinándose con las penas de las infracciones más leves en orden a la determinación del mínimo penal aplicable y para la imposición de penas accesorias y medidas de seguridad, lo que podría entenderse como un principio de combinación [23]. Así, el §28 del Código penal

---

[15] Stefani, G./Levasseur, G./Bouloc, B., 2000, nn.mm. 700 y s.

[16] Así, por ejemplo, si en el primer proceso fue condenado a 20 años por asesinato (delito que tiene previsto un máximo de prisión perpetua –art. 221.3 CP–) y en el segundo proceso es condenado a 10 años por robo, el tribunal podrá imponer una pena única de 30 años, *vid.* Stefani, G./Levasseur, G./Bouloc, B., 2000, nm. 703, de quienes está tomado el ejemplo.

[17] *Vid.* Desportes, F./Le Gunehec, F., 1997, núm. 921, que denominan «acumulación jurídica» al principio de exasperación, al igual que se lo hace en Italia.

[18] En la única definición que existe sobre la concurrencia de delitos, dice el artículo 132.2: «Hay concurrencia de delitos cuando un delito es cometido por una persona antes de que haya sido condenada definitivamente por otro delito», marcando únicamente la diferencia con la reincidencia.

[19] *Vid.* Sanz Morán, Á., 1986, pp. 60 s.

[20] Así, expresamente, Stefani, G./Levasseur, G./Bouloc, B., 2000, núm. 686.

[21] *Vid.* Desportes, F./Le Gunehec, F., 1997, nn.mm. 296 ss.

[22] *Vid.*, con referencias a los antecedentes de la Cour de Cassation en este sentido, Stefani, G./Levasseur, G./Bouloc, B., 2000, nm. 687.

[23] Así también Wegscheider, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des «Zusammentreffens strafbarer Handlungen» (§ 28 StGB)*, Berlín (Dunker&Humblot), 1980, p. 26.

austríaco dispone que a quien comete «mediante un hecho o varios hechos independientes diversas acciones punibles de la misma o de distinta clase […] se impondrá una única pena», la cual se determinará de conformidad con la pena más alta, sin que pueda imponerse una pena menor a la mayor de las penas mínimas previstas en las infracciones concurrentes. Esto es, se forma un nuevo marco penal con el máximo más alto y el mínimo más alto de las penas concurrentes [24]. Esta misma solución ya se adoptaba en el §34 de la antigua regulación de 1852 [25] y no se encontró ninguna necesidad de ser modificada [26] en la reforma producida en 1974. Hasta allí, el §28 pareciera indicar que solo se trata de una absorción pura, sin embargo, el §33.(1).1. establece como circunstancia agravante el hecho de que el autor haya cometido varias acciones punibles de igual o diversa índole. Esta última situación podría dar a entender que, en realidad, se trata de un sistema plural y no unitario.

Por su parte, en Suiza el tratamiento unitario se hace bajo el principio de exasperación pudiendo, por tanto, rebasar el máximo de la pena prevista, lo que no está permitido en el Código penal austríaco. El viejo artículo 68 del Código penal suizo de 1937 preveía para quien incurriese en varias infracciones previstas con penas privativas de libertad o, en su caso, varias con penas de multa mediante una o varias acciones, la aplicación de la pena más grave incrementada adecuadamente, sin sobrepasar la mitad del máximo ni el máximo previsto para el tipo de pena de que se trate [27]. El actual artículo 49.1 (modificado el 1 de enero de 2007) se mantiene prácticamente inalterable en este punto, aunque ha quitado la referencia a la aplicación cumulativa para el caso que alguna de las infracciones prevea penas o medidas accesorias que no se correspondan con la de la sanción aplicada [28], y ha agregado una regulación específica para el caso en que uno de los delitos concurrentes se haya cometido durante la minoría de edad [29].

---

[24] Kienapfel, D., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts*, 4.ª ed., Wien (Manzsche Verlags und Universitätsbuchhanlung), 1991, p. 225.

[25] Para más detalles sobre los antecedentes desde el primer Código penal general austríaco en adelante, *vid.* Wegscheider, H., 1980, p. 5 ss.

[26] Así se expresó en el Proyecto de reforma de 1971, *vid.* «Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches 16.11.1971», pp. 116 ss., disponible en https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XIII/I/I_00030/imfname_317766.pdf (consultado el 27/10/2022).

[27] *Vid.* Stratenwerth, G., *Schweizersiches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Bern (Stämpfli&Cie Ag), 1982, §19, nm. 24; Hafter, E., *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Bern (Stämpfli&CIE), 1946, pp. 378.

[28] Así estaba previsto en el anterior artículo 68.1, último párrafo *(vid.* Trechsel, S., *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 2.ª ed., Zürich (Schulthess Polygraphischer), 1997, art. 68, nm. 14).

[29] El actual art. 49.3 impide que esos hechos cometidos durante la minoridad tengan, en la formación de la pena total, un peso superior al que hubieran tenido en caso de ser valorados individualmente.

Otra legislación que prevé una única consecuencia jurídica para toda forma de concurrencia es la portuguesa. El artículo 77 CP regula el supuesto en que alguien haya cometido varios delitos antes de que la condena por alguno de ellos quede firme. Esta disposición, que se mantiene desde la modificación de 1995, refleja en gran medida el contenido del anterior artículo 78 CP, cuya fuente se encontraba en el artículo 91 del Proyecto de Parte General de Código penal del año 1963, independizando la consecuencia jurídica del delito continuado en el artículo 79 CP (anterior artículo 78.5 CP) [30].

Para entender qué se entiende por concurso de delitos, hay que recurrir al artículo 30.1 CP que indica que el número de delitos se determinará por el número de tipos delictivos efectivamente cometidos o por el número de veces que un mismo tipo penal se cumple por *la conducta* del sujeto. Con ello, abarca en un mismo concepto («concurso do crimes») a los casos de concurrencia homogénea y heterogénea [31], marcando la separación entre unidad y pluralidad de delitos, sin hacer una distinción si ellos se cometen mediante uno o varios hechos [32].

En cualquier caso, la consecuencia jurídica que se prevé es la de un sistema de acumulación jurídica, consistente en la conformación de una pena conjunta a través de la suma de las penas concretamente determinadas (como si de un proceso autónomo se tratase), la cual no podrá exceder de 25 años, y como límite mínimo la más alta que se hubiera impuesto por cada delito (artículo 77.2 CP) [33]. Sobre ese nuevo marco penal, el Juez determinará la pena de acuerdo con las circunstancias personales del autor. Asimismo, se establece que la pena de multa y las penas accesorias o medidas de seguridad que prevean alguna de las leyes aplicables, también se aplicarán al agente (artículos 77.3 y 77.4 CP). El artículo 78 CP regula lo relativo al concurso posterior, indicando que deberá procederse a la cuantificación de acuerdo con las reglas prevista para el concurso, debiendo descontarse el tiempo de condena que ya haya cumplido. Por último, como fuera anteriormente mencionado, el actual artículo 79 CP contiene la sanción para el supuesto de delito continuado bajo el principio de absorción, aplicando la pena más gra-

[30] Sobre el desarrollo legislativo, aquí y en lo que sigue, *vid.* Maia Gonzçalves, M., *Código penal português. Anotado e comentado*, 18.ª ed., Coimbra (Almedina), 2007, pp. 293 s.

[31] Figuereido Dias, J., *Direito penal. Parte general. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo 1, 3.ª ed., Coimbra (Gestlegal), 2019, §43, nn.mm. 3 y s.

[32] Maia Gonzçalves, M., 2007, p. 154. Por ello, quizás, Figuereido Dias equipara las situaciones de concurso ideal con la de concurso aparente *(vid.* Figuereido Dias, J., 2019, §43, nm. 14), incluso aplicando el principio de combinación del art. 77.4 CP al concurso aparente *(vid.* §43, nm. 58).

[33] Monteiro, C. L., «El problema del concurso desde una comprensión personal del ilícito», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.) *Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional*, Madrid (BOE), 2022, p. 23 y s.; Figuereido Dias, J., 2019, §43, nm. 51; Ac. STJ, BMJ 461, 221, del 21/11/96, cita en Maia Gonzçalves, M., 2007, p. 298.

ve de las infracciones que integre la continuación. En el 2007 se introdujo el segundo inciso que prevé la circunstancia de un «delito continuado *posterior* o *retrospectivo*», indicándose que, si después de la condena se conociese una nueva conducta más grave *integrante* de la continuación, se aplicará ésta sustituyendo a la anterior. El artículo 30.2 CP especifica bajo qué condiciones deberá entenderse que concurre un delito continuado, mencionando la realización múltiple del mismo tipo de delito o de varios tipos que protejan el mismo bien jurídico, ejecutados de forma esencialmente homogénea y aprovechándose [34] de una misma situación exterior que disminuya su culpabilidad. A ello agrega un requisito negativo: que los delitos en cuestión no sean cometidos contra bienes eminentemente personales.

En el contexto latinoamericano, como se verá a continuación, se ha adoptado ampliamente el sistema de solución plural, aunque con matices en cada uno de los países. La excepción de la región viene dada por el Código penal colombiano al establecer una única consecuencia jurídica para las situaciones de concurrencia, se lleven a cabo mediante una conducta (activa u omisiva) o a través de varias. El artículo 31 CP establece que «el que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas», adoptando el principio de exasperación. Sin embargo, respecto de las penas de multa, el artículo 39.4 CP prevé la acumulación jurídica [35] para el supuesto de

[34] La expresión «solicitação» que utiliza el CP en este contexto no es del todo afortunada porque su significado no se condice con el uso más generalizado que tiene la palabra, *vid.* AV.VV., *Diccionario español-portugués/português-espanhol de términos comerciales, económicos y jurídicos*, Madrid (Cámara Hispano-Portuguesa de Comercio e Industria de España-Marcial Pons), 2003, p. 438, que traduce el término por «solicitación» o «solicitud». Tal es así que el Supremo Tribunal de Justiça portugués, al definir las condiciones de aplicación del delito continuado, directamente obvió la referencia a la «solicitação». Se dijo en el punto 2.1.: «A figura do crime continuado pressupõe, além do mais, que a execução plúrima do mesmo crime ou de crimes homogéneos tenha lugar no quadro de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa e não sob o influxo ou pressão de circunstâncias internas ou endógenas», *vid.* Ac. STJ, BMJ 453, 157, del 10/01/96, disponible en http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/79F0F1B2DA11E2AD802568FC003B66B9 (consultado el 22/08/22). El sentido que tiene la expresión es el de «aprovechamiento» de la misma situación, de forma similar a como lo hace el artículo 74 del CP español, situación que disminuiría la culpabilidad del autor, en la medida que permite ser entendida como una «unidad de sentido de desvalor de ilícito del comportamiento global» *(vid.* Figuereido Dias, J., 2019, §43, nm. 58).

[35] Es jurídica y no material, en la medida que impone un límite absoluto de cincuenta mil salarios mínimos, lo cual es considerado como «una suma astronómica» *(vid.* Velásquez, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Bogotá (Temis), 2004, p. 492).

concurrencia delictiva, lo cual puede considerarse también aquí en general un principio de combinación [36].

Como se observa, la forma de exasperar no está bien determinada, sino que puede aumentarse «hasta en otro tanto» [37]. Por esa razón, para evitar que el «tanto» sea desmesurado, se prevé un límite relativo relacionado con el tope al que se llegaría bajo un principio de acumulación y uno absoluto de 60 años, con la obvia excepción de que uno de los delitos tenga prevista una pena de prisión perpetua revisable (artículo 31.2 CP). El mismo artículo contiene en la parte final un parágrafo destinado al delito continuado y delito masa, con una exasperación más determinada: se aplicará la pena del tipo correspondiente aumentada en un tercio [38].

2. **Sistemas de solución plural**

El antiguo artículo 71 CP italiano preveía la misma consecuencia jurídica para ambas clases de delitos, quizás debido a la influencia que tuvo en el Código Rocco de 1930 el positivismo criminológico [39], bajo el principio de acumulación material, a menos que la naturaleza de las penas impida su acumulación. Esta severa modificación, que se mantuvo vigente hasta la reforma producida en 1974 [40], vino a sustituir al Código liberal de Zanardelli de 1889 que preveía un sistema de absorción para el concurso formal y la exasperación para el concurso material [41].

La legislación actual opta por un sistema plural, de acumulación jurídica para el caso del concurso real y de exasperación para el concurso ideal y el deli-

---

[36] También el tercer párrafo del artículo 31 CP refiere que cuando las demás sanciones previstas en las demás infracciones sean distintas de aquella aplicada, «se tendrán en cuenta a efectos de hacer tasación de la pena correspondiente».

[37] La Corte Suprema colombiana ha interpretado esta expresión como que «no puede ser superior al doble de la pena tasada por la conducta más grave», esto es, de la pena en concreto y no de la pena en abstracto (*vid.* CSJ SP322-2023, 26 de julio de 2023, radicación núm. 59683).

[38] Por ello no tiene razón Velásquez cuando observa que el delito continuado está previsto en el primer párrafo al hablar de una sola acción u omisión que infrinja varias veces la misma disposición, y que el último parágrafo solo contendría una sanción distinta para esas situaciones *(vid.* Velásquez, F., 2004, p. 491). Esa referencia del primer párrafo lo que hace es consagrar la posibilidad de que exista un concurso ideal homogéneo.

[39] Ferri criticaba las distinciones que se hacían en materia de concursos *(vid.* Ferri, E., *Principii Di Diritto Criminale: Delinquente E Delitto Nella Scienza, Legislazione, Giurisprudenza in Ordine Al Codice Penale Vigente - Progetto 1921 - Progetto 1927*, Torino (Unione Tipografico-editrice Torinese), 1928, pp. 666 s.

[40] Mantovani, F., *Diritto Penal. Parte generale*, 3.ª ed., Padova (Cedam), 1992, pp. 463 ss.; Bettiol, G./ Pettoello-Mantovani, L., *Diritto Penale. Parte generale*, 12.ª ed., Padova (Cedam), 1988, pp. 691, 696.

[41] Regulación que se estimaba demasiado blanda por parte de la Escuela positiva *(vid.* Mantovani, F., 1992, p. 464).

to continuado [42]. En el primer caso, y siempre que se trate de penas de la misma naturaleza, se aplica una pena única por un tiempo igual a la duración comprensiva de las penas que deberían imponer por cada delito individual (artículo 73). Sin embargo, esa pena no podrá superar el quíntuplo de la más grave –limite relativo– ni los 30 años para penas de reclusión o 6 años para las de arresto (artículo 76 CP). Cuando las infracciones concurrentes tengan previstas penas de distinta naturaleza, se aplican todas conjuntamente en su totalidad (artículos 74 y 75 CP). Lo mismo ocurre –aplicación conjunta– con las consecuencias accesorias de cada una de ellas (artículo 77 CP), sin embargo, no podrán superar los 10 años de *inhabilitación* para ejercer cargos públicos o una profesión u oficio, ni los 5 años de *suspensión* para ejercerlos (artículo 79 CP).

En los casos del concurso ideal [43] y del delito continuado, se aplica la pena por la infracción más grave aumentada hasta el triple (artículo 81 CP). El límite está dado por las penas que corresponderían en casos de concurso real.

Como se mencionó, la gran mayoría de los códigos latinoamericanos abordan la problemática concursal desde una solución plural para ambas modalidades. En Argentina, el concurso ideal está regulado bajo un principio de pura absorción (artículo 54 CP), mientras que el concurso real lo está bajo el principio de acumulación jurídica [44], con un límite absoluto de 50 años (artículo 55 CP) [45]. Por su parte, el artículo 56 CP prevé que, si alguno de los delitos contiene una pena de multa o de inhabilitación, éstas se aplicarán siempre, con lo cual también podría entenderse como un principio de combinación. En el primero de ellos se establece que «cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare la pena mayor», mientras que en el supuesto de concurrencia material se debe establecer un marco penal comprensivo de todos los delitos en infracción, el cual se forma teniendo en cuenta el mínimo

---

[42] Aquí hay que aclarar que en la bibliografía italiana se refieren a la acumulación jurídica como supuestos que, tanto en España como en Alemania, se denominan de exasperación. Y la acumulación material será «totale» si no prevé ningún límite y, en cambio, será «temperata» si tiene ciertos límites *(vid.* Riz, R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padova (Cedam), 2001, p. 118). Este último caso se correspondería con lo que entre nosotros se conoce como acumulación jurídica.

[43] Mantovani prefiere hablar de «concurso con acción única», en contraposición al «concurso con más acciones», porque considera que la terminología «concurso formal (o ideal)» refleja la concepción de la teoría de la unidad que el derecho positivo italiano ha rechazado *(vid.* Mantovani, F., 1992, p. 464).

[44] Soler, S., *Derecho penal argentino. Parte general*, Tomo II, Fierro, G. (actualizador), 5.ª ed. (1987), Buenos Aires (TEA), 1992, p. 364; en contra, Zaffaroni considera que el principio que rige en esta materia es el de exasperación *(vid.* Zaffaroni, R. E., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. IV, Buenos Aires (Ediar), 1999, p. 513); también en Zaffaroni, R. E./Alagia, A./Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires (Ediar), 2002, p. 852.

[45] Históricamente el Código mantenía el límite absoluto del máximo de pena de que se trate, que, en las penas de prisión divisibles, es de 25 años. Eso fue modificado a partir de una reforma integral que se produjo en el año 2004, a través de las leyes 25.892 y 25.928, que estuvieron marcadas por un notable incremento en la severidad del castigo.

mayor para el límite inferior, y el límite superior será el resultante de «la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos». Como se observa, el Código no ofrece ninguna referencia al modo de determinación judicial concreta, sino que se trata de una determinación legal basada en el principio de acumulación jurídica, al operar el límite absoluto de 50 años [46].

El Código penal brasileño regula el concurso real con el principio de acumulación aritmética (artículo 69 CP), sin ningún tipo de límite, mientras que para el concurso ideal aplica el principio de exasperación, incrementándose de un sexto a la mitad la pena más grave (artículo 70 CP), a menos que se trate de una acción u omisión dolosa y las infracciones concurrentes correspondan a «desígnios autónomos» [47], en cuyo caso se aplicarán cumulativamente [48]. La pena resultante, sin embargo, no puede superar a aquella que resultaría de una aplicación del principio de acumulación. Asimismo, regula específicamente el delito continuado de forma casi idéntica al concurso formal, pero aumentando la pena más grave de un sexto a dos tercios (artículo 71). No obstante, si se tratase de crímenes dolosos especialmente graves, con diferentes víctimas, el juez podrá aumentar la pena hasta en un triplo.

En Perú la situación es similar, prevé un sistema de absorción con exasperación facultativa para el concurso ideal (artículo 48 CP), y una acumulación para el concurso real. En el primer caso, parte de la absorción de la pena más grave en abstracto, y otorga al juez la potestad de incrementarla en un cuarto, con el límite absoluto de no poder superar los 35 años. Mientras que, en el concurso real, se fija la pena concreta de cada hecho y se suman, no pudiendo superar el doble de la pena más alta –límite relativo–, ni exceder de los 35 años –límite absoluto– (artículo 50 CP). Asimismo, regula el delito continuado bajo un principio de absorción de la pena más grave, pudiendo exasperarse la pena en un tercio si se cometiera contra una pluralidad de víctimas (artículo 49 CP). Exceptúa de la aplicación de estas reglas a los casos de infracciones contra bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal.

Por su parte, el Código penal chileno tiene una regulación de los concursos casi idéntica a la española –incluso en los términos utilizados–, diferen-

[46] Sobre todo ello, en particular en relación con el concurso real, Ziffer, P. S., «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del "concurso real" en Argentina», en Peñaranda Ramos, E./Pozuelo Pérez, L. (Dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid (BOE), 2024, passim. (contribución a esta misma obra).

[47] Sobre el sentido de esta expresión, *vid.* Greco, L./Leite, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», en Peñaranda Ramos, E./Pozuelo Pérez, L. (Dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid (BOE), 2024, pp. 118 y s. (contribución a esta misma obra).

[48] Greco, L./Leite, A., 2024, pp. 99 y ss. (contribución a esta misma obra).

ciándose en el tratamiento igualitario que confiere al concurso medial y al ideal. Puntualmente, el artículo 74 CP, que regula el concurso real, indica que «[a]l culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones», mientras que el artículo 75 CP refiere que «[l]a disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro», sino que solo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave, esto es, una absorción agravada al máximo de la pena.

La particularidad que presenta la legislación chilena es que las reglas de determinación de la pena, cuando ocurre una circunstancia de reiteración delictiva, deben complementarse con una norma establecida en el Código Procesal Penal referida al momento de la «Sentencia definitiva», consagrado en el párrafo 10.º del Título III referido al «Juicio oral», cuya interpretación ha dado lugar a un enorme debate en el país trasandino del que aquí no se puede dar cuenta en profundidad [49]. El artículo 351 CPP comienza indicando que «[e]n los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados», mientras que en su segundo párrafo, dice que «[s]i, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieran estimarse como un solo delito, el tribunal aplicara la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos». Y en el tercer párrafo refiere que «[p]odrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor». Finalmente, en el último párrafo aclara que «[p]ara los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico». Con ello, viene a consagrar un principio de exasperación para supuestos de concurso real homogéneos, sea que puedan tratarse como un único delito (y, con ello, de aplicación el primer párrafo) o no (y, con ello, de aplicación el segundo párrafo) [50], y siempre y cuan-

[49] Al respecto, con mayores referencias, Maldonado Fuentes, F., «Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el Derecho chileno», en *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheverry Orthusteguy*, Santiago de Chile (Thomson-Reuters), 2016, pp. 549 ss.; Mañalich, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 10, núm. 20, Dialnet, 2015, pp. 498 ss.

[50] Mañalich, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», vol. 10, núm. 20, 2015, pp. 516 ss.

do ello no importe una consecuencia más gravosa que la que arrojaría la acumulación material prevista en el artículo 74 CP (tercer párrafo). En definitiva, se trata de una regulación dual para el concurso real, cuyas condiciones de aplicación vienen dadas por «la *identidad del objeto de protección* de la o las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento es constitutivo de los hechos punibles concurrentes» [51].

En lo que respecta a la regulación alemana, hay que decir que se ha mantenido permanentemente dentro de la solución diferenciadora a pesar de los intensos debates doctrinarios dentro de ese país [52], y de la diferente regulación que adoptaran países culturalmente muy cercanos, como Austria o Suiza.

Con variaciones menores en este punto [53], el StGB siempre ha partido de diferenciar entre concurso ideal (§52 StGB) y concurso real (§53 y §54 StGB), previendo las consecuencias jurídicas derivadas del principio de combinación [54] y exasperación, respectivamente. Así, el primero de ellos, establece que la pena a imponer se tomará dentro del marco penal de la infracción más grave, mientras que las demás infracciones solo desempeñarán un papel en el sentido que la pena final no puede quedar debajo del mínimo establecido para los delitos cometidos (§52.2 StGB) [55]. En cuanto al concurso real, tiene un procedimiento de tres etapas: en primer lugar, se determinan las penas para cada hecho individualmente considerado (Einzelstrafe), para luego así poder establecer cuál es la más grave de éstas [56]. Finalmente, se toma la pena más grave indivi-

---

[51] Mañalich, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», vol. 10, núm. 20, 2015, pp. 513.

[52] En profundidad sobre ello, *vid.* Geerds, F., 1961, pp. 46 ss.; El-Ghazi, M., *Revision der Konkurrenzlehre,* Tübingen (Mohr Siebeck), 2020, pp. 28 ss.; en español, Sanz Morán, Á., 1986, pp. 87 ss.

[53] Puppe, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, Berlín (Duncker & Humbolt), 1979, p. 9.

[54] El anterior §73 preveía un sistema de pura absorción de la pena más grave, que, por un lado, impedía considerar la totalidad de los delitos cometidos y, por el otro, no permitía la distinción en las consecuencias jurídicas con el concurso de leyes *(vid.* Maurach, R./Gössel, K. H./Zipf, H., *Derecho penal. Parte general. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Tomo II, Bofill Genzsch, J. (trad.), 7.ª ed. (1989), Buenos Aires (Astrea), 1995, §55, nm. 81); El-Ghazi, M., 2020, pp. 44 s.; por esa razón, la jurisprudencia de entonces no lo aplicaba en puridad, sino una absorción limitada y complementaria *(vid.* Rissing-van Saan, R., «§52», en Jähnke, B./Laufhütte, H. W./Odersky, W. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK)*, §§32-60, 11. Auf., 2. Band, Berlín (De Gruyter Recht), 2003, nn.mm. 42 y s.).

[55] Esto se denomina «efecto de bloqueo de la ley más benigna» que impide que el infractor pueda quedar en mejor situación porque su constituya varios delitos, *vid.* Stree, W./Sternberg-Lieben, D., «§52», en Esser, A. (et. al. hrsg.) *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.ª ed., München (C. H. Beck), 2010, p. 849.

[56] La gravedad se determinará cuantitativamente en supuestos de penas de la misma naturaleza, mientras que, si se tratase de penas de distinta naturaleza, la gravedad estará dada por el orden de prelación de éstas (por ejemplo, la pena de prisión es más grave que la de arresto y ésta, a su vez, que la de multa)

dualmente considerada (Einsatzstrafe), y se aumenta un poco, arrojando de esa manera una *pena global* (Gesamtstrafe) que, luego deberá ser complementada teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y los hechos cometidos [57] (§54.1, in fine StGB). Esa pena global, que contiene la pena más grave aumentada, no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran correspondido –límite relativo–, ni de los 15 años, que es el máximo establecido para las penas de prisión –límite absoluto–, o de 720 importes diarios (Tagessätze) para los supuestos de pena de multa (§54.2 StGB) [58]. Finalmente, regula la figura del concurso posterior en el §55 StGB con el mismo sistema de formación de la pena global que para el supuesto normal de concurso real.

La legislación española también tiene un largo recorrido histórico adoptando el sistema de solución diferenciada para las dos principales modalidades de concurrencia [59], habiendo optado en los últimos años por acentuar la diversidad en las consecuencias jurídicas, al separar las reglas de determinación del concurso medial respecto del concurso ideal. En ese sentido, los grandes cambios legislativos que se produjeron en la materia fueron la incorporación del concurso de leyes en la reforma del CP del año 1944 y la regulación del delito continuado y el delito masa a partir de 1983 [60]. Luego de ello, con la modificación del año 1995 solo se dieron cambios en la ubicación dentro del Código, pero sin cambios sustanciales en su regulación. Así, lo más llamativo fue el traslado del concurso de leyes desde el capítulo referido a las reglas de aplicación de las penas, donde se encontraba junto a las hipótesis de concurso de delitos, al actual artículo 8 CP, dentro del título preliminar referido a las reglas de aplicación de la ley penal, habiendo ampliado el abanico de principios por los cuales puede darse un concurso de leyes [61]. El delito continuado y el delito masa, que contenían una conse-

---

(vid. Stree, W./Sternberg-Lieben, D., «§54», en Esser, A. *(et. al.* hrsg.) *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.ª ed., München (C. H. Beck), 2010, p. 856).

[57] Frister, H., «§54», en Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H. U. (Hrsg.) *Nomos Kommentar (NK) zum Strafgestzbuch. Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4.ª ed., Baden-Baden (Nomos Verlagsgesselschaft), 2013, p. 1997.

[58] Es importante destacar que la reforma de 1975 trajo consigo el proceso de la pena global por principio de exasperación también a los supuestos de pena de multa que, anteriormente, seguían un principio de acumulación, *vid*. El-Ghazi, M., 2020, pp. 43, 47.

[59] Sobre los antecedentes legislativos, por todos, *vid.* Sanz Morán, Á., 1986, pp. 173 ss.

[60] Ley orgánica 8/1983.

[61] El anterior artículo 68 decía: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos», lo cual podía ser entendido como una regla exclusivamente de alternatividad *(vid.* Antón Oneca, J., *Derecho penal*, 2.ª ed., actualizada por Hernández Guijarro, J. J./Beneytez Merino, L., Madrid (Akal), 1986, pp. 496 s.); Rodríguez Devesa, J. M./Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte general*, 17.ª ed., Madrid (Dykinson), 1994, pp. 201 ss., aunque también veían en él una referencia a la subsidiariedad expresa. No obstante, la jurisprudencia ya venía aceptando la aplicación de los demás principios, incluso con preferencia respecto del de alternatividad, *vid.* Sanz Morán, Á., 1986, p. 194.

cuencia próxima, pasaron a tener una diferencia notoria entre ellos, al reducir la sanción para el delito continuado e incrementar la del delito masa [62]. Una modificación importante, en términos aclarativos, tuvo que ver con la modificación de la palabra «delitos» por la de «infracciones» que contenía el supuesto de hecho del concurso ideal/medial en el anterior artículo 71 CP que daba lugar a una interpretación desproporcionada cuando se cometían una pluralidad de faltas, ya sea entre sí, ya sea junto a otros delitos, en la medida que, por no tratarse de «delitos», no quedaban sometidas a las reglas propias del concurso ideal sino al principio de acumulación del concurso real [63]. Con la nueva definición, ese problema fue definitivamente resuelto.

Sin embargo, en mi opinión, el cambio más trascendente en esta temática se dio con la incorporación del artículo 78 CP, que establece una especie de excepción a la excepción. El artículo 76 CP viene a configurar el límite a la acumulación prevista por regla en los artículos 73 y 75 CP, y, en ese sentido, es una excepción positiva, aunque imperfecta. Sin embargo, el artículo 78 CP establece que, en tanto la aplicación de los límites previstos en el artículo 76 CP deje la pena por debajo de la mitad de las que hubieran correspondido sumadas aritméticamente, el juez puede hacer caso omiso a esas limitaciones en la etapa de ejecución de la pena para la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, teniendo en cuenta –en cambio– la totalidad de las penas impuestas en la sentencia. Con ello, vuelve la situación a la regla general de la acumulación material a los efectos de la ejecución de la pena [64], lo cual no deja de ser un manifiesto retroceso [65].

---

[62] La Ley Orgánica 8/1983 preveía para el delito continuado la imposición de la pena más grave, pudiendo exasperarse hasta el grado medio de la pena superior, y, para el delito masa, la exasperación obligatoria en un grado. El Código penal de 1995, redujo la sanción para el delito continuado al imponer una absorción agravada, e incrementó la del delito masa permitiendo la exasperación hasta en dos grados.

[63] *Vid.* Cuerda Riezu, A., «El rotundo fracaso legislativo del llamado "cumplimiento efectivo" de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», ref. D-5, Sección Doctrina, ref. D-5, Tomo 1, 1997, pp. 2 s.; Cuerda Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid (Tecnos), 1992, pp. 185 ss.

[64] Sobre la discusión en relación con la naturaleza de la norma, si se trata de un problema de determinación de la pena o más bien de un problema de ejecución de esta, *vid.* Sanz Morán, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en Cerezo Mir, J. *(et. al.* Eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada (Comares), 1999, p. 517.

[65] Le quita relevancia práctica, pese a ser muy crítico con él, Cuerda Riezu, A., «El rotundo fracaso legislativo del llamado "cumplimiento efectivo" de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», ref. D-5, Tomo 1, 1997, pp. 5 ss., afirmando que «es una norma vigente pero inaplicable, porque parte de un supuesto de hecho que nunca se puede realizar. Es una norma absurda a la que no cabe dotar de un contenido razonable». Con posterioridad a lo sostenido por este autor, las modificaciones introducidas al artículo 78 CP (Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio; 5/2010, de 22 de junio; y 1/2015, de 30 de marzo) y las interpretaciones jurisprudenciales que se fueron sucediendo (fundamentalmente la STS 197/2006), han terminado por confirmar la relevancia práctica de esta disposición, y la profundización del retroceso

Finalmente, con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código penal de 1995, se produjeron modificaciones puntuales que merecen ser destacadas. Así, en el año 2003, se alteraron las consecuencias jurídicas para el delito continuado, pasando de tener la misma regulación que el concurso ideal (absorción agravada) a una exasperación facultativa [66], y se incrementaron los límites a la acumulación en casos de concurso real, pasando el límite absoluto de 30 a 40 años [67]. Por último, en la reforma del año 2015 [68], se separa, en cuanto a las consecuencias jurídicas, al concurso medial respecto del concurso ideal [69], estableciendo en el primer supuesto un incremento en la pena más grave que hubiera correspondido, pudiendo exasperarse por encima del máximo legal sin sobrepasar la que hipotéticamente correspondería bajo el principio de acumulación. En los dos casos, tanto de delito continuado como de concurso medial, la modificación pretendía establecer una desvaloración más intensa en estos casos que aquella que corresponde al concurso ideal, sin embargo, paradójicamente, la deficiente técnica legislativa puede llevar a consecuencias inversas a las pretendidas. En la medida que la exasperación es facultativa en ambos supuestos, el incremento que debe darse a la pena que hubiera correspondido puede quedar por debajo del máximo previsto para esa infracción [70], cuando el concurso ideal puede llegar a imponerse también en ese máximo.

III. LOS FUNDAMENTOS SUBYACENTES

La opción por un sistema de solución unitaria se basa en distintos argumentos, tanto prácticos como sustantivos [71]. En el primer sentido, no hay que

---

(vid. Molina Fernández, F., «Reglas de determinación de la pena», en Molina Fernández, F. (Coord.) *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2023*, Madrid (Francis Lefebvre), 2022, pp. 668 s.; Morillas Cueva, L., 2002, pp. 473 s.

[66] Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

[67] Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

[68] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

[69] Situación que no había sido modificada en el Código de 1995 y cuya asimilación era considerada impropia, *vid.* Sanz Morán, Á., 1999, p. 515.

[70] Esto ya era advertido, respecto del viejo artículo 69 bis relativo al delito continuado, por Cuerda Riezu, A., «El rotundo fracaso legislativo del llamado "cumplimiento efectivo" de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», ref. D-5, Tomo 1, 1997, p. 3. Esta situación obligó a que la Fiscalía General del Estado dictara la Circular 4/2015 en la que se recomienda a los Fiscales que, al aplicar la regla penológica del nuevo artículo 77.3 CP, se concrete la pena «en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro», *vid.* punto 7 de la Circular.

[71] A favor de la solución plural, Sanz Morán, Á., 1986, pp. 256 ss.; Cuerda Riezu, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, fasc. 3, 1991, p. 850; González Rus, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», en Cobo del Rosal, M. (Dir.) *Comentarios al Código penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, Alcobendas-Ma-

desatender la ventaja que tiene este sistema al eliminar la importancia práctica que tiene la distinción entre unidad y pluralidad de hechos (o acciones), que ha proporcionado enormes dificultades en su delimitación durante mucho tiempo [72]. Delimitación que, a su vez, está vinculada a cuestiones naturalísticas que no debieran repercutir en la valoración jurídica que atañe a las consecuencias jurídicas [73]. Con particular determinación ha dicho Geerds que la necesidad de una aplicación uniforme en el concurso de delitos solo permanece oculta cuando uno se guía por pensamientos de determinación de la pena, por la diferente regulación en la materia, o se deja capturar por el oscuro eslogan de una forma natural de ver las cosas [74]. En la misma línea, Binding afirma que no solo no hay razón para un castigo diferente de ambas formas de concurrencia, sino que su separación es lo más desafortunado que se pueda imaginar [75].

Asimismo, hay quienes observan un argumento material y no solo práctico en la conveniencia de ese sistema [76]. Este argumento material viene aso-

---

drid (Edersa), 2000, p. 913 s.; sin embargo, luego se contradice indicando que «[c]on todo, el tratamiento del concurso de delitos debe ser unitario», *vid.* p. 917. En contra, propician una solución unitaria, con matices entre ellos, Vives Antón, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia (Universitat de Valencia), 1981, p. 42; Suárez López, J. M., *El concurso real de delitos*, Universidad Complutense de Madrid Instituto de Criminología, Madrid (Edersa Consejería de Educación Instituto de Criminología), 2001, pp. 58, 147 s.; Morillas Cueva, L.,, «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en Díez Ripollés, J. L. (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 483 ss.; Quintero Olivares, G., «Artículos 73», en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 7.ª ed., Cizur Menor –Navarra– (Aranzadi Thomson Reuters), 2016, passim.; Roig Torres, M., *El concurso ideal de delitos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 360; Cuello Contreras, J., *El derecho penal español. Parte general*, vol. II, 2.ª ed., Madrid (Dykinson), 2009, p. 649; Guinarte Cabada, G., «El concurso "medial" de delitos», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 13, 1988-1989, p. 206.

[72] Stratenwerth, G., 1982, §19, nm. 2; Ratz, E., «WK-§§28-31a», en Höpfel, F./Ratz, E. *«Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch»*, 2.ª ed., Wien (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung), 2011, nm. 24; Kienapfel, D., 1991, pp. 224 y s.; esta fue una de las razones que dio el proyecto de reforma austríaco para mantener la solución unitaria, *vid.* «Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches 16.11.1971», pp. 117, disponible en https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XIII/I/I_00030/imfname_317766.pdf (consultado el 27/10/2022); Jescheck, H. H., «Die Konkurrenz», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 67 (núm. 4), 1955, p. 543, menciona las dificultades prácticas que genera la diferencia de tratamiento en términos procesales, que habilita muchos más recursos de revisión que la que permitiría una respuesta unificada; Geerds, F., 1961, p. 485; Franke, U., «"Durchwursteln oder Einheitsstrafe"», en Cirener, Gabriele/Jahn, Matthias/Radtke, Henning (Eds.), *«Bild-Ton-Dokumentation und "Konkurrenzlehre 2.0": Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht? Referate und Diskussionen auf den 7. Karlsruher Strafrechtsdialog 2019»*, Köln (Carl Heymanns), 2020, p. 57; Jareborg, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en Ashworth, A./Wasik, M. (Eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Oxford (Clarendon Press), 1998, p. 134. Críticamente, sobre este argumento práctico, Puppe, I., 1979, pp. 16, 311 s.

[73] Vives Antón, T. S., 1981, p. 42.

[74] Geerds, F., 1961, p. 434.

[75] Binding, K., *Handbuch des Strafrecht*, T. 1, Leipzig, (Duncker & Humblot), 1885, p. 571.

[76] Wegscheider, H., 1980, pp. 28 s., refiere que la facilidad de aplicación de la solución unitaria no fue en detrimento de la calidad de la jurisprudencia y además afirma que los casos de concurso real no

ciado, fundamentalmente, a la posible vulneración del principio del hecho a que daría lugar un sistema más bien orientado a la personalidad del autor como es, para esta postura, el que ofrece una solución plural [77]. En otras palabras, estas diferencias penológicas gravosas para quien infringe las normas mediante más de un hecho se corresponderían más con un Derecho penal de autor que con un Derecho penal de hecho [78].

Del otro lado, algunos defensores de la solución plural fundamentan su posición en atención a la garantía del *non bis in ídem*, en su faceta de prohibición de doble valoración, la cual se vería vulnerada si se propiciase la solución unitaria [79]. Hasta donde alcanzo, el argumento parte de una premisa incorrecta, cual es que el principio *non bis in ídem* está dirigido, además de al intérprete, también al legislador [80]. Sin embargo, que el legislador decida, por consideraciones político-criminales de diversa índole, que toda situación de concurrencia deba tener la misma sanción no vulnera la garantía mencionada, porque sigue tratándose de una única valoración sobre un objeto idéntico, el de la multiplicidad de infracciones, aunque sea diverso el sustrato fáctico a través del cual se llega [81]. Ello se ve claramente, por contraste, cuando se analizan los supuestos de concurso de delitos con los supuestos de concurso de leyes, donde sí adquiere todo su sentido la prohibición de doble valoración. Si la situación se presenta de tal manera que una sola de las leyes concurrentes capta por sí sola *todo* el desvalor de la(s) conducta(s), el sancionar ese hecho bajo las reglas correspondientes al concurso ideal o real, según sea el caso, implicaría un menoscabo al *bis in ídem*, puesto que en ese caso ya no es idéntico el *objeto* sobre el que recae la valoración –unidad delictiva versus pluralidad delictiva–, aunque el sustrato fáctico sí que lo sea –uno o varios hechos–.

---

tienen por qué ser más graves que los de concurso ideal.

[77] Jescheck, H. H., «Die Konkurrenz», vol. 67 (núm. 4), 1955, p. 544.

[78] *Vid.* Mañalich, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», vol. 10, núm. 20, 2015, pp. 504 ss.

[79] *Vid.* Cuerda Riezu, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», Fasc. 3, 1991, pp. 846 ss.; Rojas, L. E., «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», en Maldonado Fuentes, F. (ed.) *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 287 y s.; González Rus, J. J., 2000, pp. 913 s.

[80] Mañalich, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», en *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 74, núm. 4, 2005, p. 1026.

[81] Correcta, en este sentido, las críticas de Peñaranda Ramos, E., 2022, pp. 825 s.; *vid.* también Mañalich, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Santiago de Chile (Thomson-Reuters), 2018, pp. 82 s., 85 s.; Maldonado Fuentes, F., «Unidad de hecho en el concurso ideal», en Acevedo, N./Collado, R./Mañalich, J. P. (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago (Thomson Reuters), 2020, pp. 408 s.

Otros defienden la solución plural en consideración de una menor culpabilidad que tendría el autor que comete los delitos con un solo hecho, en tanto y en cuanto se rebela contra el derecho con una única manifestación de la voluntad, precisando, como consecuencia de ello, que el tratamiento unitario de toda clase de concursos afectaría el principio de culpabilidad [82]. Se sostiene que la gravedad es menor cuando la ofensa a los diversos bienes jurídicos responde a una voluntad unitaria [83]. Y viceversa, la infracción múltiple mediante varios hechos revela una mayor culpabilidad en este autor [84], que no puede verse favorecido por la aplicación de las reglas derivadas del concurso ideal [85].

Por último, cabe mencionar los fundamentos que remiten a una diferencia de ilícito entre ambas modalidades concursales, que debería verse reflejada en la consecuencia jurídica de cada una de ellas. En este sentido, se dice que la diferencia de trato punitivo se encuentra en la diversa intensidad de injusto que en el concurso real es mayor que en el ideal [86].

También está vinculada a una diferenciación a nivel de ilícito, la tesis sostenida por Kindhäuser [87], a la que adhiere Mañalich, si bien como *explicación* y no como *justificación* de la distinción [88], que se centra en establecer una distinción basada en la imputación a una misma persona bajo el test de la «evitabilidad conjunta», que indica que, si para el autor de los varios hechos delic-

---

[82] Maurach, R./Gössel, K. H./Zipf, H., 1995, p. 596; Puppe, I., 1979, dando cuenta de ella en pp. 10 ss., y críticamente en pp. 145 s.

[83] Sanz Morán, Á., 1986, p. 257, refiere que «en el concurso ideal hay un solo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico». Recientemente, en Sanz Morán, Á., «Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas», en Peñaranda Ramos, E./Pozuelo Pérez, L. (Dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid (BOE), 2024, pp. 275 y ss. (contribución a esta misma obra); Mayores referencias en Roig Torres, M., 2012, p. 118, nota 243, aunque la autora sostiene una posición contraria en p. 359, al indicar que «[d]esde el punto de vista de la culpabilidad, no puede decirse que esta disminuya porque el autor utilice una acción en lugar de varias separadas, si lo hace con la intención de eludir el mayor rigor del concurso real, o para conseguir un mayor número de víctimas, o asegurar la eficacia de los resultados, etc.»; similar, Binding, K., 1885, pp. 576.

[84] Cuello Contreras, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Tomo XXXII, 1979, p. 66, pese a sostener una solución unitaria, ha dicho en este punto que «[u]na actuación del autor reiterada y sucesiva manifiesta un "animus" o permanencia en su actitud antisocial más grave que la de quien actúa "de una vez"».

[85] Zaffaroni, E.R., 1988, p. 391, ha expresado que «tampoco puede admitirse el *principio de la absorción* cuando se trata de una pluralidad de conductas delictivas, puesto que no hay razón para que el autor de varios delitos se beneficie como si hubiese cometido uno sólo de ellos».

[86] González Rus, J. J., 2000, pp. 916 s.

[87] Kindhäuser, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», en *Juristische Schulung (JuS)*, 1985, p. 104, refiere que se cometerán varias infracciones en unidad de hecho (esto es, en concurso ideal) cuando el autor, debido a sus acciones u omisiones concretas, no pueda evitar o prevenir de forma aislada la infracción a los bienes jurídicos específicos.

[88] Mañalich, J. P., 2018, p. 85.

tivos concurrentes hubiera sido posible evitar las dos o más realizaciones típicas a través de la omisión o la ejecución de una misma acción, entonces puede afirmarse una unidad de hecho [89]. Sin embargo, esta última posición no está vinculada a la necesidad de optar por un sistema u otro, sino que está enfocada en establecer una explicación teórica para la diferenciación, asumiendo acríticamente lo que el legislador ha dicho sobre ello. En otras palabras, se trata de un criterio para *realizar* la distinción, pero no para *favorecer* –en términos valorativos– esa distinción.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA

Como se ha podido observar en las distintas legislaciones comparadas, todas podrían identificarse con el principio de combinación en tanto permiten, en mayor o menor medida, el complemento de la pena principal con alguna de las consecuencias previstas en las demás normas concurrentes. Por esa razón, y, además, porque dificultaría tomar real dimensión de las diferentes consecuencias jurídicas que implican o, al menos, su comprensión, en lo que sigue se hará abstracción de esa particularidad, centrando el análisis en torno a la identificación de los principios rectores de absorción (pura y/o agravada), exasperación (obligatoria y/o facultativa) y acumulación (material y/o jurídica).

En este sentido, la mayoría de las codificaciones que optan por la solución unitaria adoptan el principio de exasperación [90] con alguna excepción de absorción con agravación o acumulación jurídica, mientras que aquellas otras que se basan en sistemas plurales, lo hacen con el principio de absorción y el de acumulación para el concurso ideal y el real, respectivamente, también con excepciones, tanto al alza (por ejemplo, Italia o Brasil) como a la baja (por ejemplo, Alemania). La razón de ello emerge como una obviedad: un sistema que tiene una sola consecuencia penal prevista debe poder ofrecer una respues-

---

[89] Mañalich, J. P., 2018, pp. 84 s.; Mañalich, J. P., «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del "dolo alternativo"», en Peñaranda Ramos, E./ Pozuelo Pérez, L. (Dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid (BOE), 2024, pp. 147 y s., (contribución a esta misma obra).

[90] Esta era la propuesta de Jescheck, H. H., «Die Konkurrenz», vol. 67 (núm. 4), 1955, p. 546. En contra, Geerds, F., 1961, pp. 488, 495, defiende la aplicación del principio de combinación, absorbiendo el máximo mayor el límite superior; también Grosse-Wilde, T., «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 33, núm. 1, 2021, pp. 79 s. defiende el principio de combinación por considerar que no se trata de un aumento arbitrario y burdo, sino de una «fusión» de las consecuencias jurídicas de los delitos concurrentes.

ta razonable a situaciones que pueden llegar a ser muy diversas. Para ello, el principio de exasperación, al ser un punto intermedio entre la absorción y la acumulación, permite reducir el margen de injusticia que puede darse en un caso concreto, especialmente cuando se trata de una exasperación *facultativa*, abarcando razonablemente el grueso de la casuística.

Esto último debe quedar absolutamente claro. No hay ningún sistema que sea infalible para cubrir la inmensa variedad de situaciones que pueden enfrentar los tribunales. Es por ello por lo que el recurso al caso excepcional, frecuentemente utilizado en el debate académico, debe tener un peso relativo en la discusión al respecto.

En este sentido, la primera pregunta que habría que responder es si existe *prima facie*, en abstracto, una diferencia valorativa entre cometer varios delitos mediante un hecho y hacerlo a través de varios hechos independientes entre sí. Ese debe ser el punto de partida para luego poder establecer cuál es el mejor sistema [91]. Incluso se podría plantear la necesidad de resolver una cuestión aun previa, que está relacionada con la pregunta de si existe, también en abstracto, una diferencia valorativa entre cometer un solo delito y cometer varios, esto es, si existe una diferencia entre unidad y concurrencia delictiva que justifique una consecuencia jurídica más gravosa en este último caso [92].

Este último interrogante parece ser menos discutible, ya que, pese a todas las diferencias que existen entre las distintas legislaciones referenciadas, y también entre las distintas posiciones teóricas al respecto, hay un dato que es común a todos: la comisión de una pluralidad de delitos tiene una consecuencia más grave que la comisión de un solo delito. Esta situación refleja un sentimiento común íntimamente ligado a nuestras intuiciones más básicas, como es la de asumir que la valoración que hacemos de un hecho se incrementa cuantas más veces se produzca ese hecho, independientemente del modo en que ese incremento se lleve a cabo. Así, la premisa básica es: lo malo, si dos veces, peor; lo bueno, si dos veces, mejor. No obstante, esto no significa que la progresión deba ser lineal [93], ni para lo uno ni para lo otro.

---

[91] Acertado en este punto, Cuerda Riezu, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», fasc. 3, 1991, p. 835, indica que para saber si corresponde o no unificar las consecuencias para cada modalidad delictiva, primero hay que indagar en los fundamentos y naturaleza de ellas para ver si coinciden o no, pues solo en caso de coincidencia cabría optar por la unificación. Un camino inverso, «de atrás hacia adelante», proponen Greco, L./Leite, A., 2024, passim. (contribución a esta misma obra).

[92] Así, también, González Rus, J. J., 2000, p. 909 s.

[93] Kessler Ferzan, K., «Punishment, Proportionality, and Aggregation», en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 15, (núm. 3), 2021, p. 487.

La otra pregunta, sin embargo, es menos sencilla de responder, porque no resulta tan intuitivamente obvio que la realización de una misma infracción múltiple sea peor, en términos de valoración social de la lesividad, cuando se lleva a cabo mediante varios hechos independientes que si lo hiciese a través de un único hecho [94]. Ello se observa en la relativa paridad [95] que existe entre los distintos sistemas que adoptan la solución unitaria y los que adoptan una solución plural al momento de establecer las consecuencias jurídicas para tratar la concurrencia delictiva.

Pero antes de adentrarnos en los argumentos sustantivos, cabe hacer una valoración sobre el argumento práctico referido a la presunta mayor sencillez que tendría la resolución de un supuesto bajo una regulación unitaria en comparación con una plural. Aquí se torna indispensable hacer una distinción entre dos aspectos que están vinculados a esta cuestión, pero que obedecen a razones diversas. Por un lado, la dificultad de establecer límites claros de separación entre casos de unidad de hecho y de pluralidad de hechos cuando el supuesto bajo estudio es de aquellos que denominaríamos «dudosos» a la hora de interpretarlo como uno de concurso ideal o como uno de concurso real, y, por el otro, la necesidad de individualizar cada uno de los hechos que impone la regla de determinación de la pena del concurso real es más engorrosa que la prevista para los supuestos de concurrencia ideal.

Este último extremo es relativizado, incluso por defensores de la solución unitaria, bajo el argumento de que el juez debería, de todas maneras, individualizar cada uno de los hechos en cuestión para poder sopesar el desvalor del injusto total y así imponer una pena adecuada al mismo, aunque ello solo se dé en la sentencia para la conformación de la pena unitaria y no determinando cada sentencia individualmente para cada delito [96]. En cuanto a la ventaja que proporcionaría la solución unitaria en casos dudosos, no parece ser un funda-

---

[94] Críticamente sobre ello, *vid.* Von Buri, M., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Stuttgart (Ferdinand), 1879, p. 2; Binding, K., 1885, pp. 571 ss. En este sentido, Rostalski, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Frankfurt am Main (Mohr Siebeck), pp. 329 ss., sostiene que de *lege ferenda* debería desaparecer la regulación del concurso ideal en tanto ofrece un privilegio incorrecto en relación con los casos de concurso real. Similar, Freund, G., «Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems Gedanken aus Anlass des "Marburger Strafrechtsgesprächs 2004"», en *Goltdammer's Archiv (GA)*, 2005, p. 324.

[95] En el sentido de que ninguno de los dos sistemas es aislado o excepcional.

[96] Erb, V., «Konkurrenzen 2.0: Der Weg aus der Sackgasse», en Cirener, Gabriele/Jahn, Matthias/Radtke, Henning (Eds.), *«Bild-Ton-Dokumentation und »Konkurrenzlehre 2.0«: Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht? Referate und Diskussionen auf den 7. Karlsruher Strafrechtsdialog 2019«*, Köln (Carl Heymanns Verlag), 2020, p. 69; con más profundidad, Erb, V., «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 117, (núm. 1), 2005, pp. 66 ss.

mento adecuado. En este sentido, el argumento se vuelve fácilmente en contra en los supuestos no-dudosos, esto es, en aquellos casos que claramente son de unidad de hecho o bien de pluralidad de hechos. En estos casos, el sistema de solución unitaria obligaría a tratar con la misma consecuencia jurídica en abstracto –determinación *legal* de la pena– a casos que son diferentes, en contra de todo criterio de proporcionalidad ordinal [97] y del principio de igualdad que, en su formulación sustantiva y no meramente formal [98], implica tratar de forma desigual situaciones que son desiguales.

Por otra parte, si nos centramos en la consecuencia jurídica en concreto –determinación *judicial* de la pena–, sería de todos modos indispensable para el juez tener que individualizar los hechos para poder establecer correctamente el grado de lesividad del hecho para imponer la pena, con lo cual desaparecería la aparente ventaja práctica de la solución unitaria. Por lo demás, no deja de resultar ciertamente problemático que el juez se vea obligado por razones de interpretación sistemáticas a hacer distinciones donde el legislador no las hace [99].

En cuanto a los argumentos materiales, las tesis que proclaman el sistema de solución unitaria se limitan a cuestionar aquellos otros que pretenden sustentar la posición de la solución plural, recurriendo a ejemplos que derribarían los presupuestos de los que parten. Así, por ejemplo, se dice que los casos de

---

[97] En este sentido, Basso, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid (Marcial Pons), 2019, p. 371, sostiene que «las cuantías de pena, por el contrario, han de concebirse como magnitudes que se deben corresponder con la respectiva medida valorativa de la gravedad de injusto culpable concurrente, interpretada según exigencias sistemáticas derivadas del nivel de severidad de castigos contenidos en el sistema penal». Sobre los conceptos de proporcionalidad cardinal y ordinal, con extensas referencias, Basso, G. J., «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 195-249; Basso, G. J., «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en Ziffer, P. S. (Dir.) *Jurisprudencia de casación penal. Justicia Federal: Determinación de la pena y concurso de delitos. Consumación del hurto. Violencia de género y reducción a servidumbre. El engaño en la evasión tributaria. El silencio en la estafa*, vol. 11, Buenos Aires (Hammurabi), 2018, pp. 23 ss.

[98] Lascuraín Sánchez, J. A., «Principios penales democráticos», en Demetrio Crespo, E./Maroto Calatayud, M. (Dirs.) *Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid (Iustel), 2021, pp. 134 ss.

[99] Una de las discusiones más intensas de los últimos años, en torno al cambio de regulación de los delitos sexuales, residió en la tipificación de las agresiones y los abusos sexuales dentro de un mismo marco penal, dejando en manos de los jueces la determinación de la pena de acuerdo con las circunstancias del caso (*vid.* LO 10/2022 de 6 de septiembre). Pero esto presenta un serio problema: si se parte de la base de que toda agresión es más grave que cualquier abuso y, por ello, el juez debiese tratar aquellos casos con una pena superior a la que trataría a estos últimos, estaría estableciendo una distinción que el legislador no hace; por el contrario, si se asume que ambas situaciones están en igualdad de condiciones, y el juez tiene permitido recorrer todo el marco penal en cualquiera de las dos formas en que el delito se presente, la ley estaría en tensión con el principio de proporcionalidad (ordinal). Esto se vio matizado con la modificación posterior (*vid.* LO 4/2023 de 27 de abril), que restableció una diferenciación penológica cuando hay violencia o intimidación, precisamente, por los problemas que acarreaba la indiferenciación de gravedad previa.

concurso real no tienen por qué ser necesariamente más grave que los de concurso ideal [100], y, para sostener ello, se propone algún caso que lo demuestra. Esto puede ser cierto. Es verdad que el supuesto de mayor gravedad de concurso ideal puede ser más lesivo que el supuesto menos grave de concurso real. Sin embargo, de la excepción no puede resultar una regla general [101], para ello hace falta algo más que mostrar la insatisfacción de una solución para resolver un caso concreto, porque el recurso al caso extremo también puede proponerse en sentido contrario para posicionarse en favor de la solución plural. Por lo demás, esa insatisfacción en el caso puntual no debiera hacerse comparando situaciones distintas, sino aquellas que solo difieran en la unidad o pluralidad de hechos, pero que, en todo lo demás, sean idénticas [102].

V. CONCLUSIÓN

Toda la discusión relativa al modo de afrontar las consecuencias jurídicas en materia concursal es demostrativa de la incapacidad de tener un sistema que satisfaga *todos* los supuestos que la casuística puede llegar a presentar. Por esa razón, entiendo que la regulación debe partir de los supuestos estándar y no de casos excepcionales. Partiendo de esa premisa, creo que la realización de infracciones múltiples mediante varios hechos independientes [103] es más grave que

---

[100] Wegscheider, H., 1980, p. 29; Von Buri, M., 1879, p. 2; Binding, K., 1885, pp. 571 ss. Rostalski, F., 2019, pp. 329 ss.; Freund, G., *GA*, 2005, p. 324.

[101] Greco, L., «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», en *InDret* (4) 2007, passim.

[102] Incurre en este error, a mi modo de ver, Pantaleón Díaz, M., «Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis CP», en Peñaranda Ramos, E./Pozuelo Pérez, L. (Dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid (BOE), 2024, pp. 185 y s., (contribución a esta misma obra), cuando propone, como casos comparables para justificar que un concurso ideal no es *necesariamente* menos grave que uno real, los siguientes ejemplos: por un lado, una mujer que, conduciendo su bicicleta en estado de ebriedad, atropella a dos personas con resultado de muerte, habiendo transcurrido unas semanas de diferencia entre uno y otro «accidente», y, por el otro, el de una piloto de avión, también en estado de ebriedad, que no logra reaccionar de forma debida ante una situación de emergencia, estrellándose contra el agua, a consecuencia de lo cual fallecen 850 personas. Si lo que se pretende es atacar la idea básica según la cual una situación de concurrencia delictiva es menos grave cuando se realiza mediante un hecho que cuando se lleva a cabo mediante varios hechos independientes, los ejemplos a comparar serían, en el primer caso, con el de una mujer que atropella a dos personas en la misma ocasión, o, en el segundo caso, la piloto de avión causa imprudentemente dos «accidentes» con idéntico resultado lesivo: 850 muertes en cada uno de ellos.

[103] La exigencia, explícita en muchas legislaciones, de *independencia* que tiene que existir entre los hechos es fundamental, por un lado, para entender el incremento de desvalor que posee el concurso real frente al ideal, y, por el otro, para descartar la aplicación del artículo 73 CP aunque existan varias acciones naturalmente separadas. La independencia, en este sentido, no debe ser entendida en relación con las acciones, sino al hecho en cuanto evento contextual. Para decirlo con un ejemplo, el que dispara con dos

realizarlas, *ceteris paribus*, mediante un solo hecho [104]. A igualdad valorativa de las infracciones múltiples, la multiplicidad de eventos en que ellas se realizan incrementa el desvalor objetivo que debe juzgarse, esto es, hay un ilícito mayor [105]. En el ámbito de la imputación moral sucede algo parecido. Si en las normas de convivencia de una pareja se ha establecido, entre otras cosas, que no hay que dejar la toalla en el suelo después de bañarse y que la tapa del inodoro debe quedar siempre baja, si uno de ellos realiza las dos cosas de una vez recibirá un reproche menor que en el caso de hacerlo en días distintos. Y mayor aun será si, entre una y otra infracción, ya hubo un reproche. Esta última circunstancia se corresponde con la figura de la reincidencia [106]. Incluso desde el punto de vista de la víctima parece que la lesión que se produce de una vez es mejor procesada que cuando se lleva a cabo en momentos distintos, ya sea porque debe transitar el malestar una vez, en caso de víctima única, o bien porque puede compartir ese malestar entre varios, en caso de multiplicidad de víctimas.

Sin embargo, también es cierto que esa diferencia puede no ser tan clara en otros supuestos de dudosa identificación sobre la modalidad concursal de que se trate, como sucede, por ejemplo, en los casos que se proponen para cuestionar la razonabilidad de la solución plural. Para esos supuestos debería existir una vía alternativa en las consecuencias, o bien –mejor aun–, entre uno y otro concurso tendría que haber una progresión en las consecuencias jurídicas que reflejen esos grises intermedios. En este sentido, la opción por el acercamiento de las reglas de determinación implicaría desterrar, de una vez y para siempre, el sistema de acumulación jurídica previsto para el concurso real [107].

Con ello quiero decir que una regulación que exprese una diferencia valorativa en abstracto pero que necesariamente constituya un continuo entre los dos universos de casos podría ofrecer una salida más razonable que permita al

armas, una en cada mano, a dos personas, no realiza dos hechos independientes, aunque las dos acciones sí puedan ser entendidas como independientes entre sí.

[104] Así, también, aunque de *lege lata*, Mañalich, J. P., 2024, p. 142 (contribución a esta misma obra).

[105] González Rus, J. J., 2000, pp. 916 s.

[106] Sobre la relación entre concurrencia delictiva y reincidencia, *vid.* Lee, Youngjae, «Multiple Offenders and the Question of Desert», en Ryberg, J. *(et. al.* eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford, (Oxford University Press), 2018, pp. 130 s.; Vibla, Natalia, «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», en Ryberg, J. *(et. al.* eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford, (Oxford University Press), 2018, pp. 168 ss. Este instituto obliga, a una postura como la de la solución plural, a explicar su diferenciación en el tratamiento más perjudicial con respecto al previsto para las situaciones de concurrencia real. Sin embargo, para una tesis como la de la solución unitaria, obliga a explicar su existencia misma, en la medida que la reiteración no se valora como un *plus* respecto de la unidad delictiva.

[107] Sobre las consecuencias nocivas que se derivan de ese principio, Del Moral García, A., en Peñaranda Ramos, E./Pozuelo Pérez, L. (Dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, Madrid (BOE), 2024, passim. (contribución a esta misma obra).

juez moverse con un margen de libertad un poco mayor, en atención a la inabarcable casuística que ofrece el tema en cuestión, con sanciones que se correspondan con criterios de merecimiento y necesidad de pena, sin caer en contradicciones sistemáticas. Esto permitiría que, aún en los «casos difíciles», la opción por una u otra modalidad no conlleve la excesiva desproporcionalidad que se produce con la regulación actual. Ello no es óbice, sin embargo, para continuar en la búsqueda de criterios normativos que permitan identificar con mayor certeza cuándo estamos en uno u otro tipo de concurso.

RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES, PREVENCIÓN ESPECIAL Y PLURALIDAD DE INFRACCIONES. COMPARACIONES CON EL DERECHO PENAL DE ADULTOS

Bernardo Feijoo Sánchez *

I. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL DE MENORES Y DE ADULTOS

Como sucede con todas las instituciones de la parte general, cualquier teoría que se desarrolle con respecto a los concursos depende de cuestiones generales como la función que se asigne al correspondiente sistema o subsistema.

Mi punto de partida es definir materialmente el delito como una puesta en entredicho de la norma penal mediante su infracción. Esto no rige para los adolescentes, que no disponen por su minoría de edad de capacidad para poner en entredicho la norma (culpabilidad o responsabilidad criminal), por lo que sólo responden por su infracción [1]. Por esa razón el Código Penal en el artículo 19 excluye su responsabilidad criminal (culpabilidad como presupuesto de las «penas criminales»). Como consecuencia de ello entiendo que el sistema establecido por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la

* Catedrático de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid). El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva* (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER.

[1] Tal punto de partida presupone, naturalmente, una distinción entre infracción de la norma penal y responsabilidad por su puesta en entredicho. No todo el que comete un hecho incompatible con la norma la desautoriza. Un caso paradigmático es el de los adolescentes que todavía no están plenamente integrados en la sociedad mediante su reconocimiento como adultos. Sobre esta cuestión, Feijoo Sánchez, B., *La estabilización normativa como función del Derecho Penal*, Santiago de Chile, (Olejnik), 2021.

responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM [2]) está orientado a la prevención especial, por lo que las sanciones, como su propio nombre legal indica, deben ser entendidas como medidas educativas y no como penas orientadas a la estabilización normativa [3]. Este punto de partida da lugar a que, en mi opinión, existan diferencias cualitativas entre el Derecho Penal de adultos y de adolescentes que se manifiestan con respecto a los concursos o supuestos de pluralidad de infracciones.

Las reglas concursales, especialmente las referidas a la determinación de la sanción, dependen de la función que se asigne a un sistema jurídico específico y de los fines de las sanciones penales. Bajo este punto de partida de que fines distintos generan reglas distintas se ha considerado que puede ser fructífero en el marco del presente proyecto sobre concursos un análisis de los supuestos de concursos o pluralidad de infracciones comparando las diferencias entre la LORPM y el Código Penal.

Lo primero que hay que destacar es que la distinción entre el denominado concurso real o material y los restantes supuestos de concursos (ideal o formal, real-medial, delito continuado –real homogéneo– incluyendo delito con sujetos pasivo-masa) pierde su relevancia en el Derecho Penal de menores. En el ámbito de los adultos el concurso real no es más que un supuesto de varias puestas en entredicho de normas penales mediante infracciones diferenciadas. La regla pasa a ser la acumulación material o absoluta de penas (art. 73 CP), si bien limitada en cuanto a su cumplimiento (acumulación jurídica [4]). Se imponen diversas penas proporcionales a cada uno de los delitos *(quot delicta, tot poenae)* estableciendo un máximo de cumplimiento efectivo (unidad de cumplimiento) por razones ajenas a la prevención general y a la proporcionalidad por el hecho para limitar las consecuencias negativas de un sistema puro de acumulación con cumplimiento sucesivo de todas las penas. La opción del Código Penal español con respecto al concurso real es que cada pena estabiliza por separado cada norma vulnerada. Tantas penas como delitos, aunque luego se establezcan máximos de cumplimiento.

---

[2] Los artículos que se citen sin referencias específicas corresponden a esta ley.

[3] En profundidad sobre este punto de vista Feijoo Sánchez, B, 2021, pp. 180 ss.; *vid.* también, Feijoo Sánchez, B., «Bases dogmáticas de la responsabilidad penal de los menores», en Abadías Selma, A. /Cámara Arroyo, S. / Simón Castellano, P. (Coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor. A los 20 años de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, (Wolters Kluwer), 2021, pp. 317 ss.

[4] Sobre la acumulación jurídica de las penas desde una perspectiva práctica, Varona Jiménez, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, 2.ª ed., Valencia, (Tirant lo Blanch), 2022, pp. 25 ss.

La diferencia esencial con los restantes supuestos de concursos es que éstos, al tener un significado unitario de puesta en entredicho de la norma, son resueltos con una pena unitaria: una única pena es la respuesta a la pluralidad de infracciones. Desde una perspectiva comunicativa la pena es unitaria porque, aunque exista una pluralidad fáctica de infracciones de la norma, el significado es unitario. Se exceptúa la regla general de la acumulación material, no sólo en los casos de concurso ideal o formal, sino también del denominado concurso medial y del delito continuado.

De hecho, creo que los problemas más interesantes de determinación de la pena en relación con el concurso de delitos surgen en los casos en los que existe una pena unitaria que tiene su origen en que dos o más infracciones de la norma tienen un significado común de puesta en entredicho del ordenamiento jurídico. El significado comunicativo se torna unitario por lo que la respuesta es única para todas las infracciones que se encuentran en conexión.

Por el contrario, en el Derecho Penal de menores, como sistema orientado a la prevención especial, la sanción es preferentemente unitaria, ya que no viene determinada por la proporcionalidad al hecho, sino por la respuesta necesaria en términos educativos [5]. Las reglas concursales del Código Penal pierden su sentido en este ámbito donde se busca una respuesta jurídica a la conducta del menor en su conjunto. En este sentido se debe entender el artículo 7.4, que establece que «(e)l Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el artículo 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones» [6]. Al igual que se puede imponer un «cóctel de medidas» por un único hecho si representa la mejor solución educativa, se puede imponer una única medida por la comisión de varios hechos o infracciones. Lo que importa es encontrar una solución coherente a los déficits o necesidades educativas del menor con el fin de alejarle del delito.

No voy a profundizar en la crítica a la solución de la acumulación de penas por la que ha optado tradicionalmente el Código Penal [7] ni en el debate

---

[5] Con el límite del artículo 8 LORPM, de tal manera que el adolescente nunca sufra una mayor restricción de derechos que el adulto por el mismo hecho o una restricción de derechos superior a la que sufriría si hubiera cometido el hecho como adulto. Cfr. Feijoo Sánchez, B., «Artículo 8», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra, (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 247 y ss. La proporcionalidad opera como límite, pero no como criterio fundamental para la determinación de la medida.

[6] Sobre este apartado cuarto del artículo 7, Feijoo Sánchez, B., «Artículo 7», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra, (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 241 ss.

[7] Solución de nuestro ordenamiento que ha generado un rechazo generalizado en los seminarios organizados en el marco del proyecto que da lugar a la presente obra.

de *lege ferenda* relativo a si los supuestos de concurso real no deberían resolverse con una mera acumulación, sino con una pena acumulada, conjunta o global (con asperación o no [8]). Incluso, aunque se entienda esta última opción como preferible, las razones deberían ser distintas a las que justifican soluciones similares en el Derecho Penal de menores ya que éstas vienen determinadas por su orientación preventivo-especial. Creo que las reglas de determinación de la pena en los casos de concursos deberían ser más flexibles que las vigentes en el Código Penal, pero las razones para propugnar esa generosidad no coinciden con las del Derecho Penal para adolescentes, donde su gran flexibilidad viene determinada por su orientación preferente a la prevención especial [9]. Si se me permite la expresión, se trata de mundos diferentes con reglas diferentes. Por la misma razón considero también un error interpretar las reglas sobre pluralidad de infracciones en el artículo 11 LORPM a la luz de las reglas especiales para la aplicación de penas contempladas en el Código Penal y creo que en ciertas ocasiones doctrina y jurisprudencia incurren en dicho error.

Se compartan o no estos puntos de partida, en el Derecho Penal de menores vigente la respuesta del Estado tiende a ser unitaria y basada en la absorción en los supuestos de pluralidad de infracciones y depende básicamente de las necesidades de intervención que presente el menor de cara a la prevención de nuevos hechos delictivos [10]. Por esa razón queda difuminada la diferenciación de tratamiento punitivo entre el concurso real y el concurso ideal. No es sólo que el tratamiento sea el mismo para los casos de concurso de infracciones ideal o medial o la infracción continuada, sino que también es el mismo para ciertos supuestos de concurso real de infracciones, siempre que éstas sean entendidas como infracciones conexas.

De esta manera se convierte el concepto de «infracciones conexas» en un concepto esencial para resolver los supuestos de pluralidad de infracciones por parte de adolescentes. Las infracciones conexas siguen la regla general de la

---

[8] En este punto ha faltado el acuerdo entre los integrantes del Proyecto. Yo me he manifestado partidario de la aspiración potestativa (como sucede en el caso del delito continuado, como supuesto específico de concurso real).

[9] Señala, por ejemplo, Suárez López, J. M., «El tratamiento jurídico del concurso de infracciones en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social*, Madrid, (Dykinson), 2010, p. 378, que el tratamiento jurídico del concurso de infracciones en la legislación de menores «presenta aspectos interesantes, como la unificación de consecuencias jurídicas para los concursos real e ideal, con lo que de alguna manera viene a reconocer la falta de fundamento de tal distinción y lo adecuada que puede resultar una teoría unitaria en la materia». Desde la perspectiva del texto no se pueden sacar tales conclusiones. Puede que lo que no tenga fundamento en un subsistema penal lo tenga en otro. Es decir, que la distinción entre concurso real e ideal no tenga sentido en un sistema orientado a la prevención especial, pero sí lo mantenga en un sistema orientado a la prevención estabilizadora (prevención general).

[10] *Vid.* también § 31 de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana.

absorción no agravada [11], al igual que los supuestos de concurso ideal (cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones) y de infracción continuada.

En todo caso, en los supuestos de «pluralidad de infracciones no conexas» disponemos en el ámbito de la ejecución de las medidas (Título VII) de la refundición de las medidas impuestas regulada en el artículo 47 [12]. No se debe olvidar la continuidad que existe en el Derecho Penal de menores entre la fase jurisdiccional y de ejecución, siendo los órganos jurisdiccionales los mismos. En esos casos, es posible la acumulación de las medidas de distinta naturaleza (puede ser conveniente para el menor combinar una permanencia de fin de semana o unas prestaciones en beneficio de la comunidad con una asistencia a un centro de día o la realización de tareas socio-educativas), pero, si son de la misma naturaleza, se refundirán «sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas» (art. 47.2).

II. LA COMPARACIÓN ENTRE LAS REGLAS CONCURSALES PARA ADULTOS Y PARA ADOLESCENTES

A la hora de regular la pluralidad de infracciones en el Derecho Penal de menores los legisladores suelen disponer básicamente de estas tres opciones:

a) Aplicar directamente las reglas del Código Penal, bien mediante una copia de las reglas en el articulado de la ley o, sin una regulación expresa, operando el Código Penal como norma supletoria.

b) Crear en la legislación específica normas equivalentes o similares a las del Código Penal.

c) Crear un sistema propio que regule la pluralidad de infracciones diferente al del Código Penal.

La evolución de la LORPM es enormemente significativa. La regulación de la pluralidad o del concurso de infracciones sufrió una transformación radical mediante la reforma operada mediante la LO 8/2006 [13]. La regulación ori-

---

[11] Salvo el régimen excepcional de los supuestos del artículo 10.2, donde se contempla una aspiración potestativa.

[12] Desarrollado mediante artículo 11 del Reglamento. Sobre este extenso artículo Feijoo Sánchez, B., «Artículo 47», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra, (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 642 ss.

[13] La redacción vigente desde el 13 de enero de 2001 hasta el 4 de febrero de 2007 fue la siguiente:

«Artículo 11. *Concurso de infracciones.*

1. Al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas, teniendo en cuenta los criterios expresados en los artículos 7.3 y 9 de la presente Ley.

ginal de la LORPM, excesivamente apegada a las reglas concursales del Código Penal (manteniendo la diferenciación entre el concurso real e ideal), había resultado disfuncional al optar por la denominada modalidad b).

Los cambios terminológicos de la reforma del 2006 son significativos. Ya no se habla, como en la versión original, de «concurso de infracciones», sino de «pluralidad de infracciones». El artículo 47 habla ahora de «refundición de medidas» cuando en la del 2000 se hacía referencia sin más a la «ejecución de varias medidas» [14]. Es más evidente con la regulación vigente que se pretende tener en cuenta el conjunto de la actividad delictiva del infractor para posibilitar una respuesta jurídica homogénea y coherente desde el punto de vista educativo y que, por tal razón, pierden sentido ciertas distinciones con las que trabaja el Código Penal.

Nuestra regulación actual se ha inclinado, por lo tanto, hacia la opción c): crear un sistema propio diferente al del Código. Precisamente esa decisión de que no rijan para los adolescentes las reglas especiales para la aplicación de las penas de los artículos 73 ss. CP (ni las reglas especiales de los arts. 61 ss.) representa un argumento más a favor de que las medidas de la LORPM no son penas orientadas a la prevención general (estabilización de normas) y que, por consiguiente, el Derecho Penal de menores desempeña funciones distintas al de adultos. La regulación de la pluralidad de infracciones cometidas por adolescentes aboga por la corrección del punto de partida adoptado en este trabajo.

---

2. Sin embargo, cuando una misma conducta sea constitutiva de dos o más infracciones, o una conducta sea medio necesario para la comisión de otra, se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de ellas para la aplicación de la medida correspondiente.

«Artículo 12. *Infracción continuada o con pluralidad de víctimas.*

En los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, el Juez impondrá a la persona sentenciada una sola medida, tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos, en la máxima extensión de aquélla conforme a las reglas del artículo 9, salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior.

La Exposición de Motivos de la LO 8/2006 no ofrece explicación alguna de un cambio tan radical, salvo un lacónico "se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor"».

[14] En la redacción vigente desde el 13 de enero de 2001 hasta el 4 de febrero de 2007 existía también un artículo 13 en el ámbito de la determinación judicial de las medidas que regulaba la imposición de varias medidas en un mismo procedimiento:

«Artículo 13. *Imposición de varias medidas.*

Cuando a la persona sentenciada se le impusieren varias medidas en el mismo procedimiento y no pudieran ser cumplidas simultáneamente, el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, oídos el representante del equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá sustituir todas o alguna de ellas, o establecer su cumplimiento sucesivo, sin que en este caso el plazo total de cumplimiento pueda superar el doble del tiempo por el que se le impusiere la más grave de ellas».

En mi opinión, de acuerdo con los presupuestos expuestos en el apartado anterior, se merece una valoración positiva la opción por regular específicamente la materia ya que la aplicación subsidiaria de las reglas concursales del Código Penal hubiera resultado enormemente disfuncional por su orientación preventivo-general o de estabilización normativa. Al tratarse de cuerpos normativos con funciones distintas, se torna preciso desarrollar unas reglas específicas que posibiliten una intervención educativa ordenada frente al menor que ha incurrido en varias infracciones y que no estén tan orientadas a la proporcionalidad de la sanción con el hecho y la culpabilidad. Cuestión distinta es, como se expondrá a continuación, que el modelo adoptado sea valorado también de forma positiva.

A partir de la LO 8/2006 queda rediseñado el régimen de determinación de las medidas aplicables en caso de pluralidad de infracciones (art. 11 [15]) y que trata de asegurar que los hechos conexos o vinculados queden valorados en su conjunto de acuerdo con los fines educativos de la ley mediante la imposición de una única medida o, en su caso, si es necesario, de varias medidas de diferente clase (por ejemplo, una privativa de libertad con otra no privativa de libertad) coordinadas que los abarquen en su totalidad, incluso cuando hayan sido objeto de enjuiciamiento en procedimientos separados.

III. EL RÉGIMEN GENERAL (ARTÍCULO 11.1 LORPM): ABSORCIÓN NO AGRAVADA

1. **Planteamiento de la cuestión**

Establece el apartado primero del artículo 11 en su primer párrafo:

Los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el

[15] Si bien se trata de una cuestión que ha tenido un escaso tratamiento doctrinal, se pueden encontrar estudios detallados en Boldova Pasamar, M. A., «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de menores tras la Ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre», en Jorge Barreiro, A. /Feijoo Sánchez, B. (Coords.), *Nuevo derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona, (Atelier), 2007, pp. 111 y ss.; Cardenal Montraveta, S., *La responsabilidad penal de los menores*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2020, pp. 335 y ss.; Cervelló Donderis, V., *La medida de internamiento en el Derecho penal del menor*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2009, pp. 75 ss.; Feijoo Sánchez, B., «Artículo 11», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra, (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 314 ss.; Suárez López, J. M., 2010, pp. 359 ss. Es llamativo tanto el escaso tratamiento doctrinal como la escasez de sentencias que abordan estas cuestiones específicamente. La STS 64/2018, de 6 de febrero sobre el artículo 11.2, en relación con la SAP Huesca (Sección 1.ª) 43/2017, de 22 de marzo, desperdició una gran oportunidad para unificar la doctrina sobre el artículo 11.

artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Esta regla se impone en supuestos de:

a) Infracción continuada. No existe una regulación específica, por lo que habrá que atenerse a los requisitos establecidos para el artículo 74 CP.

b) Cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones (concurso ideal).

c) En el caso de que las infracciones sean conexas.

La regla de determinación de la medida es sencilla: la infracción más grave (o una de las infracciones más graves) absorbe las restantes infracciones, sin que el Juez deba dejar de tener en cuenta a la hora de determinar la medida más adecuada que han existido esas otras infracciones («el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas») [16].

Para fijar la sanción más grave no habrá que estar a lo que dispone el Código Penal, sino a la sanción que se podría imponer al menor de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 9 y 10 de la ley. En este sentido, si el menor ha cometido infracciones antes y después de los 16 años, normalmente la más grave será la cometida después de esa edad, si bien no siempre tiene que ser necesariamente así (puede haber cometido con 15 una infracción que conlleva medida de internamiento y con 17 otra que no). Por otro lado, este precepto hace referencia a la sanción más grave y no a la de mayor duración, por lo que puede que la medida relevante a efectos de determinar el límite máximo no sea la de mayor duración. Por ejemplo, si al menor se le impone por diferentes órganos judiciales una medida de un año de internamiento en régimen cerrado y una libertad vigilada de 18 meses, la sanción más grave será la primera a pesar de su duración más reducida.

[16] Señala la Circular FGE 1/2007, p. 40, que la reforma de 2006 excluye un «tratamiento imperativo basado en la exasperación».

Para determinar la sanción más grave tampoco resulta determinante el orden establecido por el artículo 7, aunque éste manifieste que las medidas recogidas están ordenadas según la restricción de derechos.

2. El ámbito de aplicación del artículo 11.1. Sobre el concepto de infracciones conexas y las razones hermenéuticas para mantener un concepto amplio o flexible de conexidad

La regulación no plantea grandes problemas en su referencia a «cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones». Se trata de un supuesto equivalente al regulado en el Código Penal en el artículo 77.1 como concurso ideal sin que exista coincidencia en las reglas de determinación de la sanción, que en el caso de las medidas para menores es lógicamente mucho más flexible. Tampoco los casos de «infracción continuada» que serían equivalentes a los de delito continuado, por lo que son de aplicación los criterios del artículo 74 CP y su correspondiente desarrollo jurisprudencial [17]. Los problemas que plantean estos supuestos son los mismos que en el ámbito del Derecho Penal de adultos salvo, evidentemente, lo que respecta a la individualización de la medida.

La nueva regulación del año 2006 convierte en esencial determinar el significado del término «infracciones conexas», que condiciona el ámbito de aplicación del artículo 11.1.

En primer lugar, es evidente que son conexas las infracciones que son objeto de una misma sentencia. La propia mención en el párrafo segundo al artículo 20.1 que regula la unidad de expediente, estableciendo que «el Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trata de hechos delictivos conexos» [18] hace pensar en el concepto procesal de conexidad consagrado como excepción al principio de la LECrim. «cada delito dará lugar a la formación de una única causa». Sólo en estos dos artículos, el artículo 11.1 y 20.1, se utiliza a lo largo de la LORPM el concepto de conexidad, por lo que una interpretación sistemática parece conducir a establecer una relación entre el uso de tal término en ambos preceptos.

---

[17] Por muchas, SSTS 476/2015, de 13 de julio; 625/2015, de 22 de diciembre; 891/2016, de 25 de noviembre ó 547/2017, de 12 de julio.

[18] Sobre ello Díaz-Maroto y Villarejo, J., «Artículo 20», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 428 ss.

La primera conclusión es que la incoación por el Ministerio Fiscal de un procedimiento por varios hechos delictivos obliga a entenderlos como «hechos delictivos conexos» (art. 20.1) ya que, si no se tratara de infracciones conexas, el Ministerio Fiscal habría incoado un procedimiento por cada hecho delictivo.

Sin embargo, la regla de determinación de la medida del artículo 11.1 es aplicable, incluso, aunque alguna o parte de las infracciones hayan sido objeto de otros procedimientos, siempre que se trate de infracciones conexas. Lo relevante no es el dato fáctico de la unidad de expediente, sino si se trata de infracciones que podría haber sido enjuiciadas en un único expediente. Este precepto trata de forma homogénea, de acuerdo con lo dispuesto en su segundo párrafo, todos los supuestos de pluralidad de infracciones conexas, con independencia de que sean objeto de una o dos o más sentencias. En este caso se establece expresamente que es el último Juez sentenciador el competente para determinar la medida o medidas a cumplir.

Establece en este sentido el segundo párrafo del apartado primero:

> «Si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior.»

El problema se plantea, por consiguiente, para determinar la conexidad entre infracciones que hayan dado lugar a distintos procedimientos. Sobre todo, porque las reglas de conexidad no se encuentran en el propio artículo 20.1, sino que obligan a recurrir a la LECrim. como norma supletoria [19].

El artículo 17.1 LECrim. establece los supuestos en los que se considera que existe conexidad a los efectos de atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia (conexidad procesal) [20]. No cabe duda de que en los casos en los que quepa hablar de hechos delictivos procesalmente conexos es de aplicación el régimen general del artículo 11 LORPM. De acuerdo con lo

[19] Disposición final primera. Derecho supletorio. Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

[20] Sobre la versión actual proveniente de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la LECrim. para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,* ATS de 27 de diciembre de 2018 (Ponente Manuel Marchena Gómez).

establecido por la LECrim, tendríamos al menos los siguientes supuestos claros de conexidad:

- Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
- Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
- Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

Por ejemplo, una agresión a un policía para escapar tras un delito, la provocación de un incendio para borrar las pruebas de un crimen o la falsedad para ocultar un delito serían infracciones conexas [21].

Un argumento a favor de entender que el concepto de conexidad es el del artículo 17 LECrim. es tener en cuenta que en el anterior artículo 11 previo a la reforma de 2006 se hacía referencia a los supuestos no sólo de una misma conducta que sea constitutiva de dos o más infracciones (concurso ideal), sino también a aquellos en los que una conducta fuera medio necesario para la comisión de otra (concurso medial) [22]. Se puede entender que si, ahora, tras la reforma de 2006, ya no se hace referencia a los supuestos de concurso medial es porque ya se encuentran contemplados en el artículo 17 LECrim. como uno de los supuestos en los que se considera que existe conexidad.

Lo decisivo a efectos de absorción es que se trate de infracciones que deberían haberse enjuiciado en un único procedimiento de acuerdo con las reglas procesales de formación de las causas, es decir, que exista unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento. La absorción tiene lugar con respecto a todas las infracciones que habrían podido ser enjuiciadas conjuntamente en los términos del artículo 20 de la propia ley y 17 LECrim.

Si tenemos en cuenta los tres supuestos mencionados, prácticamente se podría llegar a la misma conclusión con un concepto generoso de unidad de hecho, por lo que parece insuficiente limitar la absorción a estos tres supuestos. Con una interpretación generosa del concepto de unidad de hecho en el ámbito del Derecho Penal de menores, llegaríamos a recuperar la distinción entre concurso ideal (absorción) y real (no absorción). Sin embargo, en el ámbito de menores no importa tanto la pluralidad de infracciones como suceso histórico (robo de un banco o fabricación de moneda falsa en la FNMT con toma de rehenes), sino como parte de la biografía del menor (menor que se

[21] De hecho, la jurisprudencia alemana trata esos supuestos como concurso ideal porque entiende que existe una unidad de acción (Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General*. *Tomo II*, Navarra, (Civitas-Thomson Reuters), 2014, nm 33, 50 y ss.).

[22] Además, el artículo 12 hacía referencia a la infracción continuada o con pluralidad de víctimas, con un régimen de determinación de la sanción distinto.

dedica durante un tiempo a cometer robos como miembro de una banda), por lo que el criterio de referencia de la unidad de hecho se queda corto, aunque se interprete de forma amplia o generosa.

Creo, por esta razón, que es conveniente operar con flexibilidad entendiendo la conexidad en un sentido más amplio que el del vigente artículo 17.1 LECrim [23]. Es decir, i) los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución, ii) los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos, iii) los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente. Intentaré exponer mis razones para mantener esta posición, a partir de una interpretación teleológica sobre lo que resulta más funcional en un sistema orientado a la prevención especial con el apoyo como argumento de refuerzo de los antecedentes históricos y legislativos [24].

La redacción del artículo 17 LECrim. establecía en su apartado quinto en el momento de la tramitación del vigente artículo 11 que se consideraban también delitos conexos:

> «Los diversos delitos que se imputen a una persona, al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

De esta manera, por tanto, el concepto de infracciones conexas abarcaría las infracciones que tienen analogía o relación entre sí (por ejemplo, el menor trafica con drogas diferentes o medicamentos no autorizados en función del día), potenciando que la pluralidad de infracciones quede resuelta ya en el momento de la individualización en la sentencia mediante absorción y no en la fase de ejecución mediante la institución de la refundición de medidas (art. 47).

La razón de tener en cuenta la redacción previa al 2015 del artículo 17 LECrim. es que, si bien la reforma del artículo 17 LECrim. mediante la Ley 41/2015 de 5 de octubre, tuvo como objetivo expreso reducir las posibilidades de conexidad procesal, las razones de esta reforma están estrechamente vinculadas a los problemas de excesiva complejidad y dilaciones injustificadas que venían generando los macroprocesos (especialmente en materia de corrupción o delitos económicos), por lo que creo que a efectos del artículo 11 debería seguir manteniéndose el concepto amplio de conexidad con el que operaba la LECrim. –o, al menos, la jurisprudencia– antes del año 2015.

---

[23] Los AAAP Madrid (Sección 4.ª) 14/2004, de 23 de enero y 24/2004, de 12 de febrero (Ponente Alejandro M.ª Benito López) abogan por una aplicación flexible de los criterios del artículo 17 LECrim. en su versión previa a 2015.

[24] Artículo 3 Código Civil: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con los antecedentes históricos y legislativos […]».

La derogación en el año 2015 del artículo 300 LECrim. y la actual redacción del artículo 17 LECrim. obedecen a la necesidad de suprimir trabas legales para adoptar medidas con el fin de agilizar procesos complejos. El objetivo primordial ha sido evitar acumulaciones que retrasen injustificada e innecesariamente la tramitación cuando no exista peligro de sentencias contradictorias que obligue a la acumulación.

Atendiendo a la Exposición de Motivos de la reforma de la LECrim., operada mediante la Ley 41/2015 de 5 de octubre, ésta tuvo como una de sus finalidades esenciales restringir la aplicación del artículo 17, que establece las reglas de conexidad, para evitar las distorsiones que venía generando la denominada gráficamente como «elefantiasis procesal en macroprocesos».

Uno de los principales objetivos para la reforma del artículo 17 de la ley rituaria a través de la Ley 41/2015 fue evitar –con base en la experiencia– que una investigación conjunta pueda acarrear una «excesiva complejidad o dilación para el proceso», dentro del objetivo general formulado en el Preámbulo de afrontar «la necesidad de establecer disposiciones eficaces de agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas». El nuevo artículo 17 LECrim. tiene la palmaria finalidad de hacer más rápida y eficaz la sustanciación de los procedimientos, por lo que a la hora de aplicarlo al caso concreto dicha finalidad debe ser un criterio hermenéutico nuclear.

Sin embargo, estas razones nada tienen que ver ni con las necesidades del proceso de menores ni con las razones por las que el artículo 11 se refiere a «infracciones conexas», por lo que han dado lugar a una restricción del concepto de conexidad que resulta disfuncional para tratar la pluralidad de infracciones cometidas por un adolescente. Por esta razón, teniendo en cuenta que el artículo 11 no es una ley en blanco que se remita –ni dinámica ni estáticamente– a la legislación procesal, parece que lo razonable es mantener el concepto previo de conexidad con independencia de la reforma procesal operada en el 2015, evitando los nocivos «efectos colaterales» de la misma en el ámbito de la LORPM.

Manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015 como «existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes» como «la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales».

En palabras del Preámbulo de la Ley 41/2015:

> «La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende

> evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan en el artículo 17.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. Esta valoración de la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad corresponde en exclusiva al juez instructor. La novedad de la reforma consiste en establecer que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo se justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia» [25].

Se han expuesto las razones de la reforma procesal de 2015 con el objeto de defender que se deberían tener en cuenta a efectos del artículo 11 los criterios del anterior número 5.º del artículo 17 LECrim., entendiendo el concepto de «infracciones conexas» como infracciones que hayan sido cometidas por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí. Aunque la simple analogía o relación entre sí ya no constituye hoy en día causa de conexión a efectos procesales, razones de conveniencia abogan por que la absorción no sea la excepción, sino que se mantenga como la regla general a la hora de determinar la medida o las medidas a imponer al menor. Esto es así porque el enjuiciamiento conjunto de diversos ilícitos análogos o relacionados permite un mejor conocimiento de la evolución y situación del menor, que es lo que determina la respuesta estatal más adecuada.

Bastaría, por consiguiente, para la aplicación del artículo 11.1 que el Juez pueda motivar la existencia de analogía o relación entre las infracciones, aunque hayan sido objeto de diferentes procedimientos. Para ello no se tiene que limitar a la analogía o relación de injustos, sino que en sentido más amplio puede atender a diversos criterios como tipología o naturaleza de las infracciones, bien jurídico protegido por los tipos penales, *modus operandi* o dinámica

---

[25] Marchena Gómez, M./González-Cuéllar Serrano, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid (Ediciones Jurídicas Castillo de Luna), 2015, pp. 67 ss., ambos miembros de la Comisión de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, que se encuentra en el origen de esta reforma, señalan al tratar las nuevas reglas de conexidad y conformación del objeto de proceso:

«Tras la reforma, la conexidad puede definirse como el vínculo que presentan dos o más delitos que determina que, en virtud de las circunstancias subjetivas u objetivas previstas por la ley, puedan ser juzgados en la misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales. Así, pues, se refuerza el principio un delito, una causa y la conexidad. Como excepción, se establece con carácter relativo, sometida su aplicación al criterio de la utilidad. Se requiere que la aplicación de la ley penal material y/o la investigación y la prueba se facilite y se requiere que no se ocasione excesiva complejidad o dilación al proceso. Se pone así la conexidad al servicio de una correcta y eficaz aplicación de la ley».

delictiva, circunstancias de tiempo o lugar, etc. con una orientación que prime o fomente la idea de conexidad para resolver la cuestión de la pluralidad de infracciones ya en fase de enjuiciamiento mediante la absorción y no posteriormente en fase de ejecución [26].

Ya señalaron en su día los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4.ª) 14/2004, de 23 de enero y 24/2004, de 12 de febrero (de ambos Ponente Alejandro M.ª Benito López) que «teniendo en cuenta la singularidad que en el procedimiento de menores tiene el interés superior del menor, y que el enjuiciamiento conjunto de los distintos ilícitos atribuidos a un mismo menor permite un mejor conocimiento de su evolución, que indudablemente repercute en la adecuación de la hipotética respuesta que puede dársele en caso de condena, debe hacerse una interpretación flexible de la analogía».

Evidentemente, la interpretación contraria, entender la conexidad en el sentido que está determinado su alcance actualmente en el artículo 17.1 LECrim. y no en el momento de la reforma del vigente artículo 11 es una opción perfectamente defendible. Pero tiene el inconveniente de que cercena en exceso el ámbito de aplicación del artículo 11, en contra de lo que viene sucediendo en la práctica [27]. Es difícil de asumir que un cambio en la LECrim. pudiera tener un impacto tan relevante en el tratamiento de la pluralidad de infracciones con importantes efectos prácticos en la aplicación de la misma, de tal manera que las reglas de determinación de las medidas queden completamente a expensas de reformas procesales.

No se debe olvidar que la defensa de una tesis u otra determina la aplicación del presente artículo 11 o del artículo 47 relativo a la refundición de las

---

[26] AAP Barcelona (Sección 3.ª) 497/2007, de 29 de julio (Ponente José Grau Gasso): «En el presente caso, existe una clara relación de conexidad entre los hechos enjuiciados en uno y otro procedimiento, toda vez que todos ellos se produjeron en un espacio temporal muy corto (dos meses) y todos ellos hacían referencia a supuestos de robo con fuerza (siendo indiferente para establecer la relación de conexidad que en un caso se tratara de vehículos y en el otro de inmuebles), concurriendo por tanto los requisitos previstos en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

[27] AAP Barcelona (Sección 3.ª) 398/2009, de 8 de junio (Ponente José Grau Gasso):

«El menor Alexis fue condenado en sentencia de fecha 28 de noviembre del año 2008, por unos hechos ocurridos el día 29 de enero de 2008, como autor de una tentativa de delito de robo con violencia e intimidación y uso de arma, a la medida de seis meses de internamiento en régimen cerrado y un año y seis meses de libertad vigilada, suspendiéndose el internamiento a condición de cumplimiento de la libertad vigilada.

Asimismo, fue condenado en sentencia de fecha 19 de enero del año 2009, por unos hechos ocurridos el día 2 de noviembre del año 2007, como autor de una tentativa de delito de robo con violencia e intimidación a la medida de doce meses de libertad vigilada.

Tanto el Ministerio Fiscal, como la representación procesal del menor, están de acuerdo en que existía relación de conexidad entre los hechos enjuiciados en uno y otro procedimiento (…) Dando por incontrovertida la relación de conexidad existente entre uno y otro delito, es patente que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 11.1».

medidas (que opera subsidiariamente), ya que en el primer caso se trata de infracciones que se han enjuiciado o que podrían ser enjuiciadas en un mismo procedimiento, mientras que la refundición del artículo 47 va referida a medidas acordadas en distintas sentencias sin que pudieran ser acordadas en una misma sentencia.

Llegados a este punto podría plantearse si la defensa de una interpretación generosa de la conexidad para facilitar la regla de la absorción no debería obligar a dar un paso más y abogar por prescindir del concepto procesal de conexidad y optar por un concepto más amplio como el de conexidad temporal o cronológica. Puestos a defender un concepto muy amplio o flexible de conexidad, por qué no reducirlo exclusivamente a que se entiendan como conexas infracciones que puedan ser objeto de un único juicio por la fecha en que fueron cometidos, no siendo separados entre sí por una sentencia. Se trataría de atender en exclusiva a un criterio teleológico, atendiendo a que sean las necesidades del menor las que orienten en exclusiva la determinación de la conexión entre infracciones, con independencia de las características y naturaleza de éstas.

Ya el artículo 17 LECrim. previo a la reforma de 2015 hacía no sólo referencia a la «analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal», sino también al criterio temporal de que «no hubiesen sido hasta entonces sentenciados». Este límite nos llevaría a la conclusión de que, por mucho que se quiera potenciar una interpretación generosa de la conexidad, es evidente que es exigible una cierta conexidad temporal, de tal manera que no puedan acumularse condenas ya declaradas en sentencia con otras recaídas por hechos posteriores a ese enjuiciamiento, por lo que no se puede entender que existan infracciones conexas cuando una infracción se ha cometido con posterioridad al enjuiciamiento de la restante o las restantes infracciones, siendo imposible su enjuiciamiento conjunto. En esos casos sólo cabe la refundición conforme al artículo 47[28]. Existen ciertos límites cronológicos ineludibles: tratándose de una pluralidad de infracciones conexas ninguna debe haber sido cometida después de haber recaído condena por alguna de las restantes.

Pero la cuestión que se plantea no es sólo si la conexidad temporal opera como límite, sino si debería operar ya como fundamento de la absorción, debiendo operarse en el artículo 11 con un concepto más amplio que el de conexidad procesal, incluso que el previo a la reforma del 2015 que se ha venido defendiendo.

[28] Cervelló Donderis, V., 2009, p. 76.

Como se expondrá posteriormente, considero que se trataría de una buena solución de *lege ferenda* y que simplificaría bastante las cosas, pero no creo que se corresponda con el concepto de infracciones conexas del artículo 11. Intentaré exponer por qué me resisto de *lege data* a entender que el concepto de conexidad al que hace referencia este precepto se reduce a un criterio cronológico y hace falta algo más relacionado con las características o la naturaleza de las infracciones.

3. **Objeciones a la conexidad temporal como fundamento de la absorción y a la aplicación supletoria del artículo 76.2 CP**

El término *conexidad* sólo es contemplado en la actualidad en el Código Penal en el apartado cuarto del artículo 131 que establece que «en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave». Esta regla acredita que el concepto de infracciones conexas, que no es coincidente con el de concurso de infracciones, no se debe entender como mera conexidad temporal, sino que es preciso atenerse a un concepto material o sustantivo en función del ámbito donde se haga referencia a la conexidad [29].

Algún autor ha propuesto utilizar un concepto de conexidad temporal como el del artículo 76.2 CP. Sin embargo, esta referencia hermenéutica resulta algo

[29] La jurisprudencia utiliza en este ámbito de la prescripción un concepto de conexidad natural o abstracta «con asiento en una base sustantiva o material» diferente a la «conexidad meramente procesal» (SSTS 758/1999, de 12 de mayo; 630/2002, de 16 de abril; 1656/2003, de 9 de diciembre; 544/2007, de 18 de marzo; 590/2004, de 6 de mayo; 1182/2006, de 29 de noviembre; 463/2018, de 11 de octubre; 634/2018, de 12 de diciembre; 964/2008, de 23 de diciembre; 341/2020, de 22 de junio; 507/2020, de 14 de octubre; 528/2020, de 21 de octubre; 889/2021, de 17 de noviembre («la unidad de proceso no aboca inexorablemente a la unidad de plazo de prescripción de las distintas infracciones conjuntamente enjuiciadas. Hay que distinguir los casos de conexión o vinculación material (concursos mediales o ideales), así como los de conexión procesal necesaria de aquéllos en que la conexión puede considerarse de conveniencia, o no necesaria»); 111/2022, de 10 de febrero). La conexidad material o sustantiva da lugar a «supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad» o como casos en los que «hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones». Se trata de un concepto material más reducido o restringido que el de conexidad procesal muy vinculado a la prescripción, por lo que resulta de escasa utilidad como referente del concepto de infracciones conexas del artículo 11. Pero demuestra que el concepto de conexidad debe ser interpretado en función de las necesidades de cada institución. Se trataría, por consiguiente, de buscar un concepto material o sustantivo de conexidad válido para el artículo 11, es decir, para determinar cuándo tiene sentido la absorción en casos de pluralidad de infracciones en un sistema orientado a la prevención especial. En todo caso, como se puede apreciar en la jurisprudencia, el concepto de infracciones conexas en el Derecho Penal de adultos se desarrolla siempre en relación con el concepto procesal del artículo 17 LECrim., bien para señalar la identidad o las diferencias.

forzada ya que el artículo 11.1 establece el ámbito de la aplicación de la regla de la absorción sin agravación, que nada tiene que ver con el artículo 76.2 CP, que limita la mera acumulación del cumplimiento de penas que caracteriza en general el concurso real en el Código Penal. El artículo 76.2 CP determina el alcance de la acumulación jurídica, mientras el concepto de conexidad del artículo 11 determina el alcance de la absorción sin agravación. Por otro lado, las reglas concursales de la ley son absolutamente autónomas e independientes de las del Código Penal, no siendo de aplicación como Derecho supletorio las reglas generales y especiales para la aplicación de las penas debido a la finalidad preventivo-especial de las medidas para menores que tienen sus propias reglas de determinación diferentes a las del Código Penal, como reiteradamente señala la jurisprudencia de menores cuando alguna de las partes pretende aplicar estas reglas del Código Penal en vez de las contempladas en la LORPM. El artículo 76.2 CP no opera como Derecho supletorio del artículo 11 ni se puede considerar que cumpla funciones equivalentes o similares al artículo 11.1 en la LORPM [30].

Además, no debemos olvidar que en el momento en el que entra en vigor la reforma de la LORPM operada mediante la LO 8/2006, el artículo 76.2 CP establecía en relación a los límites del cumplimiento efectivo de la pena que

[30] En sentido contrario, Cardenal Montraveta, S., 2020, p. 343 que se refiere a un «concurso real de delitos conexos desde el punto de vista temporal» («La referencia del artículo 11 a las "infracciones conexas" no remite al artículo 17 LECrim. Abarca los supuestos de concurso real y medial que se han enjuiciado conjuntamente y también, los que pudieron haberse enjuiciado así atendiendo, exclusivamente, a la dimensión temporal de esta cuestión». Tomando como referencia el artículo 76.2 CP, entiende que «lo decisivo es si, desde un punto de vista temporal, las diversas infracciones podían haberse enjuiciado conjuntamente, lo cual está claro que no era posible cuando un delito se cometió después de que ya hubiera recaído sentencia condenatoria en relación con el delito cometido anteriormente») y p. 344 («Las que el artículo 11 LORPM llama "infracciones conexas" son aquellas a las que se refiere el artículo 76.2 y respecto de las cuales el artículo 76.1 prevé la posibilidad de limitar la acumulación material de las penas»); Ortega Matesanz, A., «La duración máxima de la medida o medidas a imponer a menores infractores en supuestos de pluralidad de infracciones (art. 11 LORPM)», en Rechea Alberola, C./Giménez-Salinas Framis, A./Andrés Pueyo, A. (Coords.), *Justicia de menores*, Sevilla (Astigi), 2019, p. 96 («dado que la LORPM no cuenta con un concepto de conexidad propio, debemos acudir a la conexión que permite aplicar los límites del artículo 76 CP en vía de ejecución, a través del denominado incidente de acumulación de penas del artículo 988 LECrim»), y p. 97 («serán igualmente conexas las infracciones que pudieron enjuiciarse en un mismo procedimiento por el momento en que fueron cometidas. Las acaecidas con posterioridad a una sentencia condenatoria se entenderán no conexas, y las sanciones impuestas en ellas deberán cumplirse de forma aislada; pero si los hechos hubieran podido ser enjuiciados a un mismo tiempo, en el mismo proceso, serán de aplicación los límites de duración antes señalados»); Suárez López, J. M., 2010, pp. 363 ss., especialmente, p. 372.

La Circular 1/2007, p. 41, establece, en el mismo sentido, que «respecto a cuándo debe entenderse que concurre la nota de conexidad, no existe un concepto propio o autónomo en Derecho Penal de Menores, por lo que habrá de estarse a la depurada y asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la que más que la analogía o relación entre sí lo relevante es la conexidad "temporal", es decir, que los hechos pudiesen haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión».

«la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo». Esta regla fue modificada mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, que establece en su versión actual que «(l)a 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» trasladando al ámbito legal los generosos criterios jurisprudenciales de conexidad temporal de refundición de condenas en el ámbito de los adultos. Se recoge así el requisito cronológico de que no pueden acumularse condenas ya declaradas en sentencia con otras recaídas por hechos posteriores a ese enjuiciamiento, por lo que no se puede entender que existan infracciones conexas cuando una infracción se ha cometido con posterioridad al enjuiciamiento de la restante o las restantes infracciones [31]. Todo ello para evitar los problemas

[31] No puedo detenerme aquí en la aplicación del artículo 76.2 CP. Me remito a la ilustrativa exposición de la STS 375/2022, de 19 de abril (Ponente Antonio del Moral García) citando la STS 509/2001, de 21 de marzo:

«Que tales condenas previas estén extinguidas no es obstáculo para la acumulación de condenas posteriores (STS 548/2020 de 28 de octubre) que alimenta la argumentación del recurrente. Pero han de concurrir inexcusablemente los requisitos exigibles para la aplicación de la regla concursal del artículo 76 CP. El esencial es el cronológico reiteradamente proclamado por esta Sala: no pueden acumularse condenas ya declaradas en sentencia con otras recaídas por hechos posteriores a ese enjuiciamiento.

La necesidad de fijar esa barrera es obvia: si no fuese así, el ya condenado con un límite penológico derivado de las reglas del artículo 76 CP podría cometer impunemente cualesquiera otros delitos en tanto sus consecuencias punitivas siempre quedarían embebidas en la limitación (SSTS 1330/1998, de 9 de noviembre, 1457/1998, de 19 de noviembre o 1140/1999, de 27 de julio entre muchísimas otras). El artículo 25 CE no representa obstáculo para tal interpretación (STC 2/1987, de 21 de enero).

La STS 509/2001, de 21 de marzo sirve de botón de muestra de un abultado número de resoluciones que reiteran esa idea:

«En relación a la nota de conexidad, como recuerdan las sentencias números 1249/97 de 18 de octubre, 11/1998 de 16 de enero, 109/1998 y 216/1998 de 3 y 20 de febrero, 756/1998 de 29 de mayo, 1348/1998 y 1394/1998 de 10 y 17 de noviembre, y 688/99 de 18 de mayo y 1828/1999 de 16 de diciembre, entre las más recientes, esta Sala viene acogiendo un criterio muy favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que para la acumulación jurídica de penas exigen los artículos 988 de la LECriminal y 70 del anterior Código Penal –equivalente al actual artículo 76 del vigente Código–. Esta interpretación de la nota de la conexidad queda reducida exclusivamente a la idea de proximidad temporal o criterio cronológico, es decir que los diversos hechos objeto de la posible acumulación hubiesen podido enjuiciarse en un único proceso atendiendo al momento de su comisión, sin exigir analogía o relación entre los diversos delitos. En todo caso el órgano judicial competente para la acumulación será aquel que hubiese dictado la última sentencia, y que por lo tanto serían acumulables las condenas de todos los delitos que no estuvieran sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última resolución.

En definitiva, quedarían excluidos de la acumulación: a) los hechos ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado y b) los hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación, y es aquí en este supuesto, donde diversas resoluciones de esta Sala, entre las más recientes, sentencias de 15 de julio de 1996, 14 de abril de 1998, 16 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999 hacen referencia a que las penas impuestas en sentencia firme no podrán acumularse a otras derivadas de los hechos posteriores a tal firmeza.

que genera la acumulación absoluta. Pero si nos atenemos a la redacción del artículo 76.2 existente cuando entró en vigor el artículo 11, se distinguía entre conexidad procesal y conexidad temporal (si los hechos por el momento de su comisión pudieran haberse enjuiciado en uno solo). De acuerdo con este criterio histórico no creo que se pueda entender como referente del artículo 11 la vigente redacción del artículo 76 CP. La redacción previa distinguía la conexidad temporal («momento de su comisión») de la conexión de las infracciones por otros motivos. Por lo que teniendo en cuenta este contexto legal, el artículo 11 no podía estar utilizando el concepto de conexidad como temporal en el momento de su entrada en vigor. Creo que esta distinción hay que mantenerla hoy en día, a pesar del cambio sufrido por el artículo 76.2 CP, defendiendo un concepto amplio de conexidad como el que se ha venido sosteniendo, pero sin equipararla a la mera conexidad temporal.

Por otro lado, el artículo 76.2 CP es una norma relativa al cumplimiento de la condena, mientras que el artículo 11 regula la determinación de la sanción en supuestos de pluralidad de infracciones. Es una regla concursal mucho más flexible que la del Código Penal, pero no deja de ser una regla concursal para aplicar una única medida. Si el artículo 76 pudiera ser tenido en cuenta como Derecho supletorio, su referencia sería el artículo 47, pero no el artículo 11 [32].

La consecuencia de ello es que puede haber supuestos en los que, de acuerdo al Código Penal, tendría que darse una acumulación de penas, pero tratándose de un menor la aplicación del artículo 11.1 (absorción) o del 47 (refundición de medidas) dependerá de la definición de las infracciones como conexas o no conexas con base en el concepto procesal de conexidad vigente en el año 2006.

Si se interpretara que el concepto de conexidad que utiliza el artículo 11 es el de conexidad temporal, son difíciles de explicar las referencias específicas a los supuestos de infracción continuada y concurso ideal junto a las infracciones conexas, ya que se trata de casos donde siempre existe una conexidad o continuidad temporal. La referencia expresa cobra sentido, por el con-

---

Es evidente que la limitación de no acumular hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación, está motivada en la necesidad de evitar la creación en el condenado de un sentimiento de impunidad tan peligroso como contrario a la finalidad de prevención especial que tiene toda pena.

Incluso las últimas sentencias de esta Sala, mantienen el criterio expuesto sin exigir la firmeza de la sentencia anterior porque tal firmeza nada añadiría ni reforzaría del sentimiento de impunidad que supondría acumular la pena del hecho cometido con posterioridad a la condena de otro anterior (SSTS 109/2000 de 4 de febrero y 149/2000 de 10 de febrero)».

[32] Sobre el artículo 47.3, que regula los supuestos en los que el menor vuelve a cometer un hecho delictivo estando sujeto a la ejecución de una medida, Feijoo Sánchez, B., «Artículo 47», 2019, pp. 646 ss.

trario, si se tiene en cuenta que se trata de supuestos no contemplados en el artículo 17 LECrim.

4. **Conclusión sobre el artículo 11.1 y el concepto de infracciones conexas**

La regla de la absorción no agravada o sin límites mínimos opera para los supuestos de infracción continuada, cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones y pluralidad de infracciones que guardan alguna analogía o relación entre sí (de acuerdo con el concepto procesal de conexidad procesal vigente en la entrada en vigor de la LO 8/2006 [33]). Si no existe tal relación o, existiendo, sería imposible por razones temporales un enjuiciamiento conjunto, operan las reglas de la refundición de condenas.

La orientación preventivo especial ha dado lugar a que, desde la reforma del artículo 11 mediante la LO 8/2006, en la LORPM no exista una diferenciación de tratamiento entre el concurso real y el concurso ideal. Lo único relevante es la conexidad en sentido procesal. Se tratan igual todos los supuestos de pluralidad de infracciones susceptibles de ser enjuiciadas en el mismo procedimiento –con independencia de que efectivamente lo sean–.

Para concluir, cabe señalar que, aunque la posición sostenida aquí es absolutamente personal y no coincidente con la sostenida por un sector relevante de la doctrina ni por la Fiscalía General del Estado, el Informe de 23 de noviembre de 2005 del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley por el que se modificó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores interpretó en el sentido que estoy exponiendo el artículo 11 del Anteproyecto [34]:

> «la reforma se pronuncia a favor de que la medida –o medidas– que se apliquen al menor se impongan tomando en consideración el conjunto de su actividad delictiva con el fin de asegurar que la respuesta jurídica que se le da resulta homogénea y consecuente con su historial personal y el conjunto de sus circunstancias. La única excepción a esta regla se produce en los casos en que las infracciones no guarden entre sí analogía o relación alguna que permita su enjuiciamiento en unidad de procedimiento, en cuyo caso las infracciones recibirían un tratamiento separado, sin perjuicio de que en su cumplimiento se determine un límite temporal».

---

[33] Con respecto a la situación previa a 2015: Colás Turégano, A., *Derecho Penal de menores*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2011, p. 246; Ornosa Fernández, M. R., *Derecho Penal de menores*, 4.ª ed., Barcelona, (Bosch), 2007, p. 246.

[34] Informe de 23 de noviembre de 2005 del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley por el que se modificó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal, p. 21.

IV. LA REGLA ESPECIAL PARA LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 10.2 (ARTÍCULO 11.2 LORPM): ABSORCIÓN CON ASPERACIÓN POTESTATIVA O FACULTATIVA [35]

En consonancia con la estructura general de la individualización de las medidas, se contempla un régimen especial para delitos especialmente graves en el apartado segundo.

Este apartado establece que, en los supuestos anteriores, en los que al menos una de las infracciones sea alguna del artículo 10.2 (es decir, delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en leyes penales especiales una pena de prisión igual o superior a quince años), se amplían, a diferencia del resto de supuestos, los límites máximos de imposición de medidas contempladas en dichos preceptos:

a) a los menores que cometieron la infracción con catorce o quince años se les puede aplicar una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta seis años (frente a los cinco establecidos en el artículo 10)

b) a los menores que la cometieron con diecisiete años se les puede aplicar una medida de internamiento en régimen cerrado de hasta diez años (frente a los ocho establecidos en el artículo 10) [36].

Cabe destacar que en ambos casos se trata de una regla potestativa o facultativa. Si bien ya no se trata de un sistema de acumulación basado en la

[35] Sobre el artículo 11.2 STS 64/2018, de 6 de febrero, si bien esta resolución no hace un especial esfuerzo por interpretar este precepto, limitándose a afirmar que es de aplicación, aunque exista una regla concursal específica como la del artículo 382 del Código Penal.

[36] El artículo 11.2 no respeta la diferenciación general del tratamiento que dispensa la LORPM por encima y por debajo de los dieciséis años. Por ello no se ajusta la diferenciación por edades a los tramos del artículo 10.2, que diferencia entre menores que ya han cumplido dieciséis años y los que no han alcanzado dicha edad. Al referirse a «los mayores de dieciséis años» y a «los menores de esa edad» es evidente que se establece una diferenciación que deja en un limbo a los adolescentes de 16 años. Esta incoherencia ya fue puesta de manifiesto por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 23 de noviembre de 2005: «El texto propuesto obliga a diferenciar un primer tramo que abarcaría a los menores de 14, 15 y 16 años inclusive ("si se trata de un menor de entre 14 y 16 años" reza en su literalidad) para los que funcionaría el límite de seis años, en tanto que para los que tuvieren 17 años de edad ("si es mayor de 16 años" puntualiza el texto del precepto, excluyendo de este modo a los de dicha edad) el límite temporal se situaría en diez años. Tal regulación no se ajusta a los tramos del artículo 10.2, que diferencia entre menores que han cumplido 16 años y los que no han alcanzado dicha edad. Es preciso por ello corregir las menciones de las edades del artículo 11.2 para ajustarlas a lo realmente previsto en el artículo referenciado» (p. 25). La consecuencia de esta incoherente regulación de la pluralidad de infracciones, cuando alguno o algunos de los hechos sean de los contemplados en el artículo 10.2, es que resulta inaplicable a los infractores de dieciséis años, a los que habrá que seguir aplicando el máximo general de los ocho años contemplado en el artículo 10.2.

absorción, la asperación no es obligatoria para el juez, sino meramente una opción si la considera necesaria (asperación opcional).

La referencia a «alguno o algunos de los hechos» deja claro que es indiferente en caso de pluralidad de infracciones si se trata de uno o varios de los delitos contemplados en el artículo 10.2. En todo caso, como señala la Circular FGE 1/2007 [37], «será necesario que el delito que acompañe al de máxima gravedad sea de los que permiten imponer el internamiento cerrado conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 LORPM». De lo contrario se estaría exasperando injustificadamente el tratamiento de esta modalidad concursal hasta el límite de superar la suma aritmética de las medidas impuestas. Parece razonable la posición de la Circular de que para imponer el internamiento en régimen cerrado por encima de los límites establecidos en el artículo 10 sea necesario que, además del delito de extrema gravedad, se realice otro hecho de los que permiten imponer el internamiento en régimen cerrado conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 LORPM.

V. LA PLURALIDAD DE INFRACCIONES SIN CONEXIDAD (ARTÍCULO 11.3 LORPM): LA REFUNDICIÓN DE LAS MEDIDAS COMO REGLA SUBSIDIARIA (ARTÍCULO 47 LORPM)

Establece el apartado tercero del artículo 11:

> «Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.»

Se ha de entender que la referencia al apartado 1 del artículo 11 es a infracciones que sean conexas, a supuestos de infracción continuada, así como cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones, lo cual significa que abarca también los supuestos de infracciones más graves del apartado segundo, que no son más que una especialidad de los supuestos de conexidad. No tendría sentido que fuera una referencia que excluya los supuestos más graves del artículo 10.2.

La necesidad de una respuesta educativa coherente hace que surja una regla específica para la refundición de condenas y para los casos de pluralidad de infracciones que no guardan relación o conexidad alguna entre sí que no tiene un equivalente exacto en el Código Penal. Tiene pleno sentido que en el Derecho Penal de menores exista también una regla flexible para los casos de

[37] Circular FGE 1/2007, pp. 40 y ss. (apartado III.7.1).

no conexidad que permita adecuar la respuesta educativa a las necesidades específicas del menor, evitando así una acumulación absoluta que podría acabar resultando disfuncional para los fines educativos de las medidas.

En estos casos el artículo 11.3 se remite a la regulación de la refundición de medidas del artículo 47. Este precepto ya no se encuentra en el Título II que regula en general las medidas y su determinación, sino en el Capítulo II del Título VII, relativo a las reglas para la ejecución de las medidas.

La diferencia práctica esencial del artículo 11 –que, como se ha dicho, contempla un sistema de acumulación basada en la absorción– con las reglas de refundición reside en el límite máximo de la medida. Según el artículo 47, en los casos de refundición procede el cumplimiento simultáneo o sucesivo y, en el caso de medidas de la misma naturaleza, ese límite se establece en el doble de la medida más grave de las refundidas [38]. Se debe entender que dicho límite va referido a la medida específicamente contemplada en la sentencia y no a las posibilidades máximas de duración que contempla la Ley. En fase de ejecución lo que se refunden son ya medidas concretas impuestas en sentencia.

Se trata de una potestad del juez que debe decidir en función de las necesidades del menor, no siendo obligatorio agotar los plazos máximos de cumplimiento. Sólo serían preceptivos los mínimos que, en general, establece el artículo 10, pero esos límites son independientes de las reglas de pluralidad de infracciones o de refundición de las medidas. En todo caso, nunca se debe superar el límite máximo de la suma aritmética de la duración de las medidas impuestas [39]. Por ejemplo, en los casos de dos medidas, una de seis años y otra de un año, no se podría imponer una medida única de doce años, sino que no podría superar los siete. La refundición siempre debe operar en beneficio del que esté cumpliendo la medida.

El artículo 47 LRPM establece una serie de criterios de obligado cumplimiento para la refundición de las medidas impuestas con el objetivo esencial de que, tras la refundición, no quede por ejecutar más de una medida de la misma clase, abordándose de esta manera la ejecución de las medidas de forma conjunta y coherente.

Su ámbito de aplicación son los supuestos de infracciones que han sido enjuiciadas separadamente y, además, que no habrían podido ser enjuiciadas en el mismo procedimiento porque no se trata de infracciones conexas (inclu-

[38] «2. Si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas».

[39] Circular FGE 1/2007, p. 44.

yendo los supuestos de infracción continuada o cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones). Por ejemplo, se trata de una medida impuesta por una infracción cometida después de una anterior condena. El instituto de la refundición tiene, por consiguiente, un papel subsidiario con respecto a lo regulado en el artículo 11, delimitando el periodo máximo de cumplimiento y evitando así los efectos de una acumulación aritmética de las medidas impuestas a un mismo sujeto en diversos procedimientos cuando no fueran susceptibles de cumplimiento simultáneo.

El criterio preferente es el de cumplimiento simultáneo, siempre que sea posible.

El precepto representa una de las pocas novedades de la gran reforma operada mediante la LO 8/2006 que debe ser valorada positivamente, al servir como mecanismo para que no se pueda imponer al menor más de una medida de la misma clase, aunque las medidas hayan sido acordadas en diversas resoluciones judiciales. La LORPM busca siempre, en fase de sentencia o de ejecución, evitar los efectos contraproducentes de la mera acumulación.

Como establece el apartado sexto del artículo 47, todo lo dispuesto en este artículo «se entiende sin perjuicio de las precisiones del artículo 14 para el caso de que el menor pasare a cumplir una medida de internamiento en centro penitenciario al alcanzar la mayoría de edad».

VI. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Establece el último inciso del párrafo primero del artículo 11.1 que en el caso de pluralidad de infracciones conexas rigen «(l)os límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4». Se añade que «(n)o obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas».

Esa utilización de la locución adverbial «no obstante» podría dar a entender que no rigen los criterios generales de los apartados 3 y 4 del artículo 7. Sin embargo, no se trata en realidad de una excepción a las reglas generales, de tal manera que, por ejemplo, tenga mayor peso la proporcionalidad que el interés del menor, sino que simplemente se hace referencia expresa a que en la motivación para la determinación de la medida se ha de tomar en consideración la

cantidad y características de las diversas infracciones cometidas por el menor[40]. Es decir, se deben tomar en consideración el conjunto de infracciones cometidas para determinar la medida necesaria, entendiendo que cuando el artículo 7.3 hace referencia a «la prueba y valoración jurídica de los hechos» no se está refiriendo sólo a la infracción más grave que absorbe a las demás, sino a todas ellas.

Con respecto a los supuestos especialmente graves del artículo 10.2 a los que se remite el artículo 11.2, no se hace referencia alguna a los criterios para determinar la medida o medidas a imponer, por lo que es evidente que rigen los principios generales de determinación de la medida de los apartados 3 y 4 del artículo 7, que serán también los relevantes para optar por la asperación que se habilita en estos supuestos.

El Juez de Menores también está liberado en los casos de pluralidad de infracciones de tener que observar unas reglas de determinación de las medidas excesivamente vinculadas al hecho –como sucede con las reglas del Código Penal– cuando el menor sufre alguna medida como consecuencia de la comisión de varias infracciones, manteniéndose la gran flexibilidad general de la LORPM a la que hace referencia el artículo 7.3 también para los casos de pluralidad de infracciones de acuerdo con las necesidades preventivas o educativas específicas que presente cada menor.

VII. DEFICIENCIAS DE LA LORPM EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA PLURALIDAD DE INFRACCIONES. REFORMAS NECESARIAS

Tal y como se ha expuesto anteriormente la regulación de la pluralidad de infracciones en la LORPM se puede calificar como enormemente confusa[41] para el operador jurídico que se ve obligado a realizar complejas operaciones hermenéuticas, que se ven afectadas por la sucesión de reformas de la legislación procesal y penal que operan como Derecho supletorio. La mejor prueba de ello es que los pocos autores que se han ocupado de la interpretación de los artículos 11 y 12 acaban llegando a conclusiones no coincidentes. La posición que se ha sostenido aquí tampoco coincide con la de la Fiscalía General del

[40] En sentido contrario Ortega Matesanz, A., 2019, p. 95 («los límites genéricos no se ven alterados, pero sí que cambian los criterios para la determinación de la medida respecto de los supuestos de unidad de infracción. A la hora de determinar la respuesta sancionadora deberán ponderarse los módulos de proporcionalidad, atendidas la naturaleza y el número de infracciones, pero siempre teniendo en cuenta el interés del menor y tomando como referencia la más grave de todas ellas, y no la edad, las circunstancias familiares, sociales y personales del menor, como ordena genéricamente el artículo 7.3 LORPM»).

[41] Suárez López, J. M., 2010, pp. 360, 378.

Estado. Tampoco existe una jurisprudencia consolidada, aunque cuando las resoluciones judiciales concretan el concepto de conexidad siempre es en un sentido procesal como el que aquí se ha mantenido.

Esa confusión tiene en gran medida que ver con el concepto de «infracciones conexas» y en la práctica genera también dudas sobre el Juez competente para la ejecución de la medida o las medidas como consecuencia de la existencia de tales infracciones conexas.

En primer lugar, habría que señalar que es imprescindible que la LORPM debería establecer un concepto autónomo de «infracciones conexas» y definir directamente qué quiere decir cuando se refiere a dos o más infracciones que sean conexas. Incluso aunque sea simplemente para recoger la redacción derogada del artículo 17 LECrim: infracciones que tenga analogía o relación entre sí desde un punto de vista de su naturaleza o características, factores objetivos de realización (misma dinámica delictiva o *modus operandi*, por ejemplo) o por otras razones (vinculación de los diversos delitos cometidos por el menor a las actividades de una organización o grupo criminal). Estoy convencido, como he explicado, de que este es el concepto de conexidad del que partía la redacción del artículo 11.1. Pero no se trata más que de una nueva manifestación de un problema general de un texto parco y enjuto como la LORPM, que se ve obligada a una continua remisión a conceptos que se encuentran en otras normas sustantivas o procesales. Por ejemplo, el cambio de la regulación de la prescripción en la reforma de 2010 o la abolición de las faltas en el 2015 sin la adaptación correspondiente de la ley obliga también a realizar labores hermenéuticas en relación con la legislación existente en el momento de la elaboración del texto que no siempre son sencillas.

Pero lo mejor sería atreverse a cortar el mundo gordiano como si fuéramos Alejando Magno y eliminar la distinción entre infracciones conexas y no conexas [42] ligada al concepto procesal de conexidad y actuar con un criterio de conexidad temporal basado en criterios puramente temporales. En este punto la regulación de la pluralidad de infracciones en la LORPM debería seguir la propia evolución del artículo 76.2 CP, que se ha liberado del concepto de conexidad procesal. No comparto la opinión de un sector de la doctrina de que de *lege data* el artículo 11 no esté haciendo uso del concepto de conexidad procesal (en la versión previa a 2015), pero creo que es mejor, como demuestra la evolución del Código Penal, que prescindamos de resolver las cuestiones concursales tomando como referencia un concepto procesal que, como hemos visto, puede irse viendo modificado por razones procesales totalmente ajenas a las

[42] Suárez López, J. M., 2010, p. 368, tacha la distinción de «técnicamente ilógica».

necesidades del proceso de menores. Se puede afirmar radicalmente que no es buena idea vincular la solución de los concursos o pluralidad de infracciones al concepto procesal de conexidad, que obedece a los fines propios del proceso y no a razones sustantivas.

Desde el punto de vista de la determinación de la medida, las reglas en caso de pluralidad de infracciones y de refundición son enormemente flexibles, lo cual en el marco del Derecho Penal de menores debe ser asumido como algo beneficioso. En general, los principales defectos de la ley vienen motivados por ciertas reglas de determinación de las medidas enormemente rígidas (como sucede, por ejemplo, con la reincidencia). La existencia de una regla especial para los supuestos del artículo 10.2 es una manifestación del sistema excepcional contemplado para estos supuestos, por lo que las críticas son de tipo general [43] y no específicamente para la regulación de la pluralidad de infracciones.

Pero el otro aspecto con respecto al que urge una reforma tiene que ver con la confusa y desafortunada determinación del órgano judicial competente en caso de que existan diversos procedimientos relativos a hechos que deberían haberse tramitado en el mismo expediente (infracciones conexas) [44]. No deja de ser curioso, por ejemplo, que el artículo 12 se remita al artículo 47 y éste se vuelva a remitir al artículo 12.

Se exceptúa en el caso de infracciones conexas, continuadas o cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones el criterio general de la ley de que el órgano competente sea el primero que haya dictado la primera sentencia firme (arts. 12, 44, 47.4). El artículo 11 establece que debe ser el último Juez sentenciador, sin que exista justificación para exceptuar la regla general, sobre todo si tenemos en cuenta que los casos de refundición siguen la regla general [45].

Esta falta de coherencia es fruto de enmiendas parlamentarias poco atentas a los detalles. Por esta razón la Fiscalía General del Estado ha propuesto,

---

[43] Feijoo Sánchez, B., «Exposición de motivos», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra, (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 66 y ss. *Vid.* también, Feijoo Sánchez, B., «Artículo 10», en Díaz-Maroto y Villarejo, J. (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, 2.ª ed., Navarra (Civitas-Thomson Reuters), 2019, pp. 275 y ss.

[44] Ornosa Fernández, M. R., 2007, pp. 248 ss.

[45] En caso de que no exista conexidad o relación entre los hechos tramitados en diversos procedimientos, el artículo 11 se remite al artículo 47.4 que, a su vez se remite al artículo 12. Esa cascada de remisiones nos lleva a la conclusión de que, a diferencia del supuesto anterior, el juez competente es el que haya dictado la primera sentencia firme, a diferencia de la regla existente hasta la reforma del 2006. El juez que carece de competencia porque existen condenas previas en fase de ejecución debe ordenar al Letrado de la Administración de Justicia que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al juez competente. Sobre el órgano judicial competente en los casos de refundición de las medidas Feijoo Sánchez, B., «Artículo 47», 2019, pp. 643 y ss.

incluso, *contra legem* hacer caso omiso de la excepción establecida en el artículo 11 [46].

La regulación resulta disfuncional en caso de pluralidad de infracciones tramitadas en procedimientos distintos ya que obliga a ir traspasando el expediente del menor entre Juzgados cada vez que se pronuncia una nueva condena. Es razonable que, salvo que existan razones materiales poderosas, no haya que andar cambiando de juez encargado del seguimiento del menor cada vez que se produzca una nueva condena. Estamos ante una de esas cuestiones que deberían ser ineludiblemente afrontadas en una revisión y reforma de la ley. Mi propuesta es que se atienda más a criterios materiales que a arbitrarios criterios cronológicos. Sería más lógico tener en cuenta el lugar de domicilio del menor en la línea de los artículos 2.3 y 20.3 [47] o, como criterio subsidiario, la gravedad de la sanción impuesta por cada Juzgado. Por poner un ejemplo muy

---

[46] La Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre pp. 45 s. (apartado III.7.1, relativo a la competencia para refundir), propugna, por el contrario, solucionar esta disfunción de *lege data* y no hacer una excepción para el artículo 11 LRPM con la siguiente argumentación sobre la *voluntas legislatoris* en contra del tenor literal de la ley. Si bien señala que la ley dice lo que se afirma en el texto, considera que la *voluntas legislatoris* era que la competencia para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar correspondiera en todos los casos al Juzgado de menores que dictó la primera sentencia condenatoria:

«es particularmente útil analizar el iter parlamentario del Proyecto de Ley, análisis que arroja luz sobre la *voluntas legislatoris*. En efecto, en la redacción del Proyecto la competencia se atribuía sin ningún género de dudas al Juez que dictó la última sentencia, en armonía con la distribución competencial que a tales efectos realiza la LECrim en su artículo 988. Fue en trámite de enmiendas cuando se modificó esta regla, que se justificó por la conveniencia de que se produjera un cierto efecto de *perpetuatio jurisdictionis* en fase de ejecución para que el mismo Juzgado de Menores que hubiera iniciado el tratamiento sancionador del menor mantuviera su competencia pese a que con posterioridad fuera nuevamente condenado por otros Juzgados de Menores. Para lograr este efecto de congelación de la competencia –*chilling effect*– se optó por atribuir la misma no al último Juez sentenciador –pues ello lleva inexorablemente al cambio sucesivo del Juez de ejecución si el menor es nuevamente condenado– sino al Juez que dictó la primera condena –que lleva anudado el efecto de que las posteriores condenas no modifican la competencia–. Pues bien, habiéndose aprobado tal enmienda respecto del artículo 12, el Legislador olvidó retocar simultáneamente el artículo 11, que también trataba la referida cuestión, aunque claramente se desprende que su intención era la de modificar la distribución competencial en procedimientos de refundición en favor del Juez que dictó la primera sentencia.

Desentrañado así el origen de la antinomia, el respeto a la voluntas legislatoris, así como los beneficiosos efectos que para la ejecución lleva anudada, debe resolvernos decididamente por la opción de conferir la competencia para fijar el límite máximo, refundir y ejecutar al Juzgado de Menores que dictó la primera sentencia condenatoria. De esta forma, una vez dictada ésta la competencia se fija definitivamente en favor de este Juzgado». *Vid.* también las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en Menores, celebradas en Almagro los días 6 y 7 de septiembre de 2007 y Dictamen 1/2013, de 1 de enero, sobre la extensión de la atribución competencial para la refundición de medidas ex artículo 12 LORPM. a la ejecución civil de las sentencias que las impusieron y la acumulación de procesos de ejecución civil derivados de la comisión de delitos en el ámbito de la Justicia Juvenil.

[47] «En los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

sencillo, si un menor que vive en Valencia ha cometido en su ciudad un delito de lesiones graves y, posteriormente, en un viaje a Lugo un hurto de pequeña cuantía, lo lógico es que se ocupe de la determinación y cumplimiento de la medida el Juzgado de Menores de Valencia, aunque el de Lugo haya dictado sentencia firme con posterioridad.

Si la pluralidad de infracciones en diferentes procedimientos obliga a excepcionar la regla general de que sea el mismo órgano judicial el encargado de determinar la medida y de su ejecución y que exista una continuidad entre condena y ejecución, la excepción debería regirse por criterios materiales que permitan seleccionar cuál es el juzgado que se encuentra en mejores condiciones para el seguimiento del menor y no por puros criterios cronológicos, que son siempre arbitrarios y dependen de variadas vicisitudes procesales.

Este caos organizado durante la tramitación parlamentaria se aprecia claramente si atendemos a lo dispuesto en el artículo 12, que, en realidad, queda tan excepcionado que es impropio definirlo como el procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones como hace la propia ley:

Procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones.

1. A los fines previstos en el artículo anterior, en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes en ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, impuestas al mismo menor por otros jueces de menores en anteriores sentencias, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, el cual será el competente para la ejecución de todas, asumiendo las funciones previstas en el apartado 2 de este artículo.

2. El Juez competente para la ejecución procederá a la refundición y a ordenar la ejecución de todas las medidas impuestas conforme establece el artículo 47 de esta Ley. Desde ese momento, pasará a ser competente a todos los efectos con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado las posteriores resoluciones.

Una lectura aislada del precepto parece querer establecer que, en caso de la existencia de diversas sentencias condenatorias con respecto al mismo menor, la competencia exclusiva para la ejecución de todas las medidas corresponde al juez que haya dictado la primera sentencia firme. A él deberían trasladar testimonio de sus sentencias todos los órganos que con posterioridad tengan que ejecutar medidas con respecto al mismo menor. Dicho órgano judi-

cial es el que debería refundir las medidas o establecer su orden de ejecución de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 con el objetivo de establecer una respuesta educativa unitaria y coherente.

Sin embargo, una lectura integrada con el artículo 11 conduce a la conclusión de que, si se trata de una pluralidad de infracciones que deberían haberse enjuiciado conjuntamente por tratarse de infracciones conexas, infracción continuada o cuando se trata del mismo hecho el juez competente deberá hacer uso de la regla del artículo 11.1: el Juez de Menores competente pasa a ser el último juez sentenciador. En ese caso no se refunden las medidas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47, sino exclusivamente teniendo en cuenta los criterios del artículo 11.1: determinar la medida o medidas a imponer teniendo en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones. El resultado no puede ser una medida superior en duración ni más gravosa que la más grave de todas ellas (absorción no agravada), salvo que se trate de los supuestos del artículo 10.2, en los que se puede ampliar la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.2.

La conclusión es que el artículo 12 se está refiriendo en exclusiva a los supuestos del artículo 11.3, aunque comience con una referencia al artículo 11 en su conjunto. Las infracciones no conexas son su ámbito exclusivo de aplicación. La única forma de no llegar a esta conclusión sería haciendo caso omiso de lo dispuesto en el artículo 11.1, lo que implicaría no respetar una regla competencial clara.

De hecho, la confusa regulación da lugar a dudas a la hora de determinar la competencia judicial en materia de ejecución y serían posibles otras interpretaciones a la sostenida aquí que pueden ser igual de razonables. Por ejemplo, Cervelló Donderis [48] considera, con base en el artículo 12 y en la línea de la Fiscalía General del Estado, que el Juez competente para la ejecución de todas las medidas es el primero que dicte sentencia firme.

En el ámbito del Derecho Penal de menores el aspecto competencial tiene gran relevancia por existir una continuidad entre determinación de la sanción y ejecución que resulta extraña en el Derecho penal de adultos ya que en el primero tanto la determinación judicial en sentencia como la ejecución están orientadas a la prevención especial. Se trata de un tema esencial de nuestro modelo de justicia penal para adolescentes que necesita una regla clara que no debería sufrir excepciones que carecen de justificación material y que distorsionan el sistema en su conjunto.

[48] Cervelló Donderis, V., 2009, p. 79.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, mi propuesta de *lege ferenda* para una nueva redacción del artículo 11 sería la siguiente:

> «Artículo 11. *Pluralidad de infracciones.*
>
> 1. Los límites máximos establecidos en los artículos 9 y 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, siempre que pudieran ser enjuiciadas conjuntamente atendiendo al momento de su comisión. El Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.
>
> 2. Si dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el Juez competente señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el apartado anterior.
>
> 3. Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.
>
> 4. En los casos del apartado 2 el órgano judicial competente para determinar la medida y su ejecución será siempre el del domicilio del menor y, en caso de que los hechos no fueran de su competencia porque no hubiera impuesto ninguna medida, el órgano judicial competente será el que haya impuesto la medida más grave o, subsidiariamente, el primer Juez sentenciador. En cuanto un Juez sentenciador tenga conocimiento de otro órgano con competencia preferente para determinar la medida, una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez competente».

Justificación: Se deja claro en el primer apartado que el criterio relevante para diferenciar la determinación de la medida en el caso de pluralidad de infracciones y la refundición de medidas del artículo 47 es el de conexidad temporal (apartado primero).

Se mantiene la referencia expresa a que es indiferente que las medidas se hayan impuesto en diferentes procedimientos (apartado segundo).

Se elimina la regla especial de determinación del máximo de la medida para los supuestos del artículo 10.2.

Se establecen reglas competenciales claras (apartado cuarto). Se elimina la competencia preferente del último Juez sentenciador.

El apartado 4 hace innecesario el artículo 12 sobre el procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones. En todo caso, el apartado cuarto del artículo 11 siempre podría pasar a ser el nuevo artículo 12.

CONCURSO DE DELITOS: UN PRIMER INTENTO DE REORIENTACIÓN (DESDE UNA PERSPECTIVA BRASILEÑA) *

Luís Greco y Alaor Leite **

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ofrece un estudio sistemático del tratamiento del concurso de delitos y de normas en el Derecho penal brasileño. Sin embargo, a pesar de estar escrito con base en el Derecho brasileño, los autores estiman que las consideraciones que en él se contienen pueden ser de interés también para el Derecho español.

Tras identificar tres grandes problemas (falta de consenso teórico, casuismo errático en la jurisprudencia y el propio tratamiento legislativo en Brasil –*infra,* II–), los autores defienden que la consecuencia jurídica es el punto arquimédico del concurso de delitos, lo que ha sido adoptado intuitivamente por la jurisprudencia (*infra*, III), y ofrecen criterios para orientar la aplicación de las figuras de la acumulación, la exasperación y la absorción para los casos de desvalores autónomos, solapamiento parcial de desvalores y solapamiento total de desvalores, respectivamente (*infra*, IV).

---

* Traducción de Daniel Rodríguez Horcajo (UAM) del original en portugués «Concurso de delitos: uma primeira tentativa de reorientação (de uma perspectiva brasileira)».

El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva* (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER

** Prof. Luís Greco (LL.M.), Humboldt-Universität zu Berlin e Prof. Dr. Alaor Leite (LL.M.), Facultade de Direito da Universidade de Lisboa.

II. TRES PROBLEMAS

El tema del concurso de delitos, a pesar de su importancia fundamental en el destino del condenado, permanece relativamente poco estudiado, tanto en Brasil como en los países que más inspiran nuestro Derecho (Alemania, Italia, Portugal y España). A pesar de que en cada uno de esos países no faltan obras de referencia de autores de renombre [1], no se han logrado formular criterios que permitan dar una respuesta unívoca a los casos que se presentan en la práctica. Esa *falta de consenso teórico* es una de las primeras dificultades que hay que afrontar.

Como la práctica no puede esperar, ya que está obligada a decidir sobre los casos que la realidad le somete a su apreciación, aparece una segunda dificultad: la jurisprudencia, brasileña y extranjera, está marcada por un *casuismo errático*, ofreciéndonos pocos puntos de apoyo seguros que sirvan como base sobre la que trabajar. Basten algunos pocos ejemplos: es una cuestión jurisprudencialmente asentada que la falsedad que se agota en la estafa queda absorbida por esta [2], lo que se suele justificar con el argumento de que el «delito-fin» absorbería al «delito-medio» [3]. Ocurre también que un homicidio puede ser delito-medio para la comisión de una estafa en tanto que delito-fin: piénsese solo en el supuesto en el que el motivo del autor sea recibir de la aseguradora el valor del seguro de vida que la víctima había suscrito a su favor (una vez que el autor del homicidio pierde el derecho de reclamación, de acuerdo con el art. 768 CCbras: «El asegurado perderá el derecho de reclamación si incrementara intencionalmente el riesgo del objeto del contrato»). O tómese la cambiante jurisprudencia con respecto al tratamiento de varios robos cometidos contra distintas víctimas en un contexto único: hay tribunales que optan por aplicar aquí el concurso formal [4] y otros que hablan de concurso material [5].

---

[1] Se puede encontrar una panorámica general de las referencias a esas obras en Horta, F., *Do concurso aparente de normas penais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 10 ss.; en español, *vid.* solo Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986; Escuchuri Aisa. E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, Granada, Comares, 2004.

[2] Informe núm. 17 del STJ (Tribunal Superior de Justicia de Brasil).

[3] Por ejemplo, STJ, HC 153128/SP, Sala 6.ª, ponente Sebastião Reis Júnior, J. 27 de septiembre de 2011, DJe 19 de marzo de 2012. Críticos con esa jerga, acertadamente, Costa, J. N., *A tutela plurinormativa de bens jurídicos*: *sobre a regra da consunção no direito penal brasileiro*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2009. Disponible en: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4752 (último acceso: 4 de junio de 2022), p. 116 ss.; Prates, F., *Concurso formal de crimes*: *panorama dogmático e revisão crítica*, Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 79; *cf.,* también, Pacelli, E./Callegari, A. L, *Curso de direito penal*, 7. ed., São Paulo, JusPodivm, 2022, p. 467-472.

[4] Baste mencionar solo STJ, HC 328.789/SP, Sala 6.ª, ponente Maria Thereza Assis Moura, J., de 8 de septiembre de 2015, DJe de 5 de octubre de 2015; STJ, HC 275122/SP, Sala 6.ª, ponente Assis Moura, J., de 27 de junio 2014, DJe de 4 de agosto de 2014, ambas con ulteriores referencias.

[5] STJ, REsp 690760/RS, sala 5.ª, ponente Laurita Vaz, J. de 24 de abril de 2007, DJ de 28 de mayo de 2007.

Por último, hay también una tercera dificultad. Muchas veces, a falta de consenso teórico y de orientación práctica, recurrimos al auxilio del Derecho comparado, y, en especial, a las reflexiones de grandes juristas extranjeros. En el presente contexto, este auxilio es de una utilidad relativa, porque, por un lado, las dos dificultades señaladas más arriba no se dan solo en Brasil sino también en el resto de países con los que dialogamos preferentemente; y, por el otro y principalmente, porque aunque esto no fuese así, es decir, aunque hubiese un consenso global en la doctrina y jurisprudencia extranjeras sobre el régimen del concurso de delitos, la trasposición de esas ideas al ordenamiento brasileño todavía debería tener en cuenta que nuestro derecho positivo difiere en un aspecto fundamental del de los países mencionados. Nos referimos a la *severidad de las consecuencias jurídicas previstas en nuestro ordenamiento para el concurso material, el concurso formal y el delito continuado*.

Concretamente, en Brasil [6] el concurso material se somete al *principio de acumulación*, esto es, a la suma de las penas; el concurso formal y el delito continuado conllevan la aplicación de la *exasperación*, es decir, el aumento de la pena máxima de entre todas las que podrían ser impuestas [7]. La comparación con otros ordenamientos jurídicos es reveladora:

En Alemania el concurso material está regido por el principio de exasperación [8]: se construye una pena conjunta (*Gesamtstrafe*), que consiste, por re-

---

Nota del traductor: A pesar de que en el ámbito español se utiliza de manera casi exclusiva las expresiones «concurso real» y «concurso ideal» para referirse, respectivamente, a lo que en el texto se denomina como «concurso material» y «concurso formal», se ha mantenido en todo el trabajo esta última nomenclatura porque es la que utilizan los autores en el original siguiendo el tenor literal del CPbras y porque, además, se trata de denominaciones que también son preferentes en otros países de la Europa continental.

[6] Las disposiciones relevantes son: art. 69 CPbras. Concurso material. «Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido....».

Art. 70 CPbras. Concurso formal. «Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.».

Art. 71 CPbras. Delito continuado. «Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.».

[7] *Cf.* Pacelli/Callegari, 2022, p. 437 ss.; *vid.* también Gueiros, A./Japiassú, C. E., *Direito penal*, São Paulo, Atlas, 2018, p. 381 s.

[8] Cf. § 53 StGB: «Multiplicidad de hechos (*Tatmehrheit*). (1) Si alguien comete una pluralidad de delitos que sean juzgados de una sola vez, mereciendo varias penas privativas de libertad o de multa, se impondrá una única pena conjunta (*Gesamtstrafe*). (2) [...]».

gla general, en un aumento de la pena más alta entre las distintas aplicables (§ 54 I 2 StGB), limitada por la suma de las penas individuales (§ 54 II 1 StGB). En el concurso formal se aplica la regla de la absorción (§ 53 I StGB) [9]. Y Alemania no prevé legislativamente la figura del delito continuado: se trató de una construcción jurisprudencial que fue abandonada hace cierto tiempo [10]. El *Código portugués* tampoco conoce la acumulación: en él se somete tanto al concurso material como al formal, entre los que no diferencia, a la regla de la absorción, imponiendo una única pena por todos los delitos cometidos hasta el momento en el que exista una sentencia firme frente a alguno de ellos (art. 77.º I CP portugués [11]). El *Código Penal español* también prevé el principio de acumulación para el concurso material o real (art. 73), pero lo limita severamente a través de una disposición posterior que prevé como regla general que la pena sumada no pase de 20 años, si bien se trata de una regla que está sujeta a excepciones (art. 76). Seguidamente, ese Código regula el concurso formal o ideal, que sigue una regla de absorción agravada (aplicación de la pena más grave en su mitad superior –art. 77.2 [12]–), y todavía prevé una nueva modalidad de concurso, llamado «concurso medial» [13], que se refiere a los supuestos en los que uno de los dos delitos es medio necesario para cometer otro, lo que lleva a la aplicación de una pena superior a la del más grave (art. 77.3). Es similar el *Código Penal italiano*, que también aplica el principio de acumulación para el concurso material (arts. 73 ss. [14]), pero lo limita mucho, por ejemplo, a un máximo de 30 años, cuando se trate de penas de reclusión, o de 6 años, en

[9] Cf. § 52 StGB: «Unidad de hechos (*Tateinheit*). (1) Si una misma acción vulnera una pluralidad de leyes penales o la misma ley penal una pluralidad de veces, se impondrá una única pena. (2) [...]».

[10] En la decisión BGHSt 40, 138, de 1994; con relación a esto, Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat,* v. II, München, C. H. Beck Verlag, v. II, 2003. (= *Derecho penal*. Parte general. Especiales formas de aparición del delito. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, v. II, 2014.), § 33, nm. 248 y ss.

[11] «Quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena». Sobre el régimen del concurso de delitos siguiendo el CP portugués, en detalle, Figueiredo Dias, *Direito penal*: *parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime,* 2. ed., t. I, Coimbra/São Paulo, Coimbra/Revista dos Tribunais, 2007, cap. 41.

[12] Cf. Mir Puig, S., *Derecho penal*: *parte general*, 10. ed., Barcelona, Reppertor, 2016, Capítulo 27, nm. 51, que habla, en nuestra opinión, equivocadamente, de principio de exasperación.

[13] Al respecto, Mir Puig, 2016, Capítulo 27, nm. 54; entre nosotros, Prates, 2019, p. 37 y s.

[14] Cf., en especial, el art. 73 CP italiano: «Se più reati importano pene temporanee detentive della stessa specie, si applica una pena unica, per un tempo uguale alla durata complessiva delle pene che si dovrebbero infliggere per i singoli reati.

Quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, si applica l'ergastolo.

Le pene pecuniarie della stessa specie si applicano tutte per intero.»

el caso de que se trate de arresto (art. 78 [15]). Esos límites previstos en los Derechos español e italiano no existen en el Derecho brasileño, que solo conoce de un límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad (art. 75 CPbras), permitiendo así condenas que alcanzan centenas de años de prisión [16].

Eso significa que resulta *muy dudosa cualquier importación acrítica* de conclusiones concretas a las que llegan la jurisprudencia y la doctrina extranjeras. En Alemania no hay ningún problema para reconocer el concurso formal entre la falsedad documental y la estafa [17]; en el fondo, los dos delitos están sometidos a una misma conminación legal (pena máxima de 5 años), que no va a verse aumentada por el reconocimiento de la comisión de los dos. Así mismo, como el delito de falsedad es definido allí no solo a través de las conductas de «falsificar, en todo o en parte…» o «alterar» (art. 298 CPbras), sino también con la conducta de «utilizar», se vuelve natural esa interpretación, una vez que la acción de utilización se solapa con la acción de «engaño», a través del cual se comete la estafa. Pero en Brasil, donde tanto la estafa (art. 171, 1er párrafo CPbras) como la falsedad en documento privado (art. 298 CPbras) están castigados con una pena de uno a cinco años de reclusión, y donde no hay solapamiento entre las descripciones típicas, se vuelve muy difícil incluso admitir la existencia de un concurso formal, que implicaría una pena máxima de 7 años y medio; con el concurso material, que es la alternativa más natural delante de la cual se encuentra nuestra jurisprudencia, la pena sería de hasta 10 años. Además, en Alemania se reconoce el concurso formal entre la tentativa

---

[15] «Nel caso di concorso di reati preveduto dall'articolo 73, la pena da applicare a norma dello stesso articolo non può essere superiore al quintuplo della più grave fra le pene concorrenti, né comunque eccedere:

1) trenta anni per la reclusione;
2) sei anni per l'arresto;
3) euro 15.493 per la multa e euro 3.098 per l'ammenda; ovvero euro 64.557 per la multa e euro 12.911 per l'ammenda, se il giudice si vale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'articolo 133-bis.

Nel caso di concorso di reati preveduto dall'articolo 74, la durata delle pene da applicare a norma dell'articolo stesso non può superare gli anni trenta. La parte della pena eccedente tale limite è detratta in ogni caso dall'arresto.»

[16] Esto es desatendido por aquellos que afirman que el CPbras adoptó el principio de acumulación «jurídica» como, por ejemplo, Prates, 2019, p. 86; como aquí, Bruno, A., *Direito penal*: *parte geral*. 3. ed., t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1967, p. 288; Gueiros/Japiassú, 2018, p. 381. Ni se menciona, además, que, siguiendo el Informe n.º 715/STF (Tribunal Supremo Federal de Brasil), el número de años a los que alguien es condenado no tiene solo una dimensión simbólica, sino que también sirve de base para el cálculo de los beneficios penitenciarios a los que el reo tiene derecho.

[17] BGH StV 1992, 54; Lackner K./Kühl. K./Heger, M., *Strafgesetzbuch*. *Kommentar,* 29a. ed., München, C. H. Beck, 2018, § 267, nm. 28; Erb, V., en ERB/SCHÄFER (coords.). *Münchener Kommentar zum Strafgestzbuch*. 3a. ed. V.5., München: C. H. Beck, 2019, § 267, nm. 222.

de homicidio y las lesiones consumadas [18], o entre las lesiones agravadas por su «peligrosidad» (§ 224 StGB) y las agravadas por la especial intensidad del resultado (§ 226 StGB) [19], lo que en Brasil no se acepta.

Estas tres dificultades hacen que la doctrina, en el esfuerzo de dotar de sentido a las disposiciones de la legislación brasileña, tenga que, en una parte muy considerable, *elaborar una interpretación por su propia cuenta y riesgo*. Por supuesto, se tiene que tomar en consideración los esfuerzos doctrinales nacionales y extranjeros, pero las reflexiones deberán ser construidas de forma autónoma.

Este estudio, sin pretensión exhaustiva, aspira a ser solo un primer intento de los autores de reorientar la materia del concurso de delitos en el Derecho penal brasileño. En las próximas líneas enunciaremos los principios generales que, a nuestro entender, deben orientar esta materia y, a partir de la inversión del punto de partida, diseñaremos algunos criterios interpretativos válidos de *lege lata*. Por último, ofreceremos una síntesis de nuestras ideas fundamentales en forma de ensayo de una eventual y futura reformulación legislativa. Un estudio más amplio, que será publicado en el futuro, tratará de resolver algunas cuestiones que aquí quedarán abiertas.

III. LOS PRINCIPIOS

1. **Una concepción tradicional: seis coordenadas (delito único, dos o más delitos, acción única, dos o más acciones, continuidad, propósitos autónomos) descoordinadas entre sí**

Como vimos antes, una concepción del concurso de delitos construida a partir de una fundamentación teórica, capaz de evitar la tópica errática y que tome en cuenta las especificidades del Derecho brasileño, tiene que partir de un diálogo con el derecho positivo y con la reflexión doctrinal que gira en torno a él. Una primera lectura de la ley brasileña parece confirmar aquello que se lee de manera casi unánime en la doctrina: que el punto de partida del concurso de delitos es la *distinción entre una única o más de una acción* (u omisión). La redacción de los preceptos centrales del concurso material y del con-

[18] Recientemente, BGH NStZ 2017, 90.

[19] BGHSt 53, 23: El autor que lanzó alcohol en la cara, cuello y pecho de su esposa y posteriormente la quemó, realizó un hecho al que se le puede aplicar la agravación por la especial peligrosidad para la vida de la víctima, constitutiva de la primera forma agravada (§ 224 I Nr. 5 StGB), y la agravación por la causación de una deformidad permanente, constitutiva de la segunda forma agravada (§ 226 I Nr. 3 StGB).

curso formal parecen, de hecho, confirmar esa lectura: el primero (art. 69 CPbras) regula el supuesto en el que «el sujeto, mediante más de una acción u omisión, comete dos o más delitos, iguales o no», en tanto que el segundo (art. 70 CPbras) se encarga del supuesto en el que «el autor, mediante una acción u omisión, comete dos o más delitos, iguales o no». Hasta aquí, parece tenerse un modelo bastante sencillo y de fácil manejo. Sin embargo, se pueden encontrar tres tipos de complicaciones.

La primera de ellas es la de cómo *delimitar la existencia de una única acción*. En el fondo, cantidad de acciones no es lo mismo que cantidad de actos o de movimientos corporales [20]; matar a alguien con cinco puñaladas es constitutivo sólo de un delito de homicidio y no de cinco (ni de cuatro tentativas y una consumación). En este punto, salvo notables excepciones [21], la doctrina brasileña permanece alejada de los esfuerzos llevados a cabo por la doctrina de otros países, especialmente de Alemania, para definir lo que significa realizar una única acción. Generalmente se repiten antiguos ejemplos y se huye de dialogar con el abundante material jurisprudencial. Volveremos sobre los criterios alemanes más adelante [22].

Una segunda dificultad reside en que la aparente simplicidad del sistema de nuestro Código fundado en la dicotomía entre acción única = concurso formal = exasperación / más de una acción = concurso material = acumulación, es relativizada por el propio texto legal, en dos sentidos: por un lado, y «hacia abajo», con la figura del *delito continuado* (art. 71 CPbras), en el que, a pesar de existir varias acciones, no se afirma la existencia de un concurso material ni se aplica la acumulación sino la exasperación (si bien con una regla más severa que en el caso del concurso formal); por el otro, y «hacia arriba», con la figura del *concurso formal con propósitos autónomos* (art. 70, 1er párrafo, 2.ª frase CPbras), en el que, a pesar de existir una única acción, se aplica la consecuencia jurídica del concurso material, es decir, la acumulación. Si preguntamos el porqué de esas reglas, escucharemos respuestas que no van mucho más allá de meras intuiciones dubitativas: el legislador entiende que la regla del concurso material sería muy severa en los supuestos en los que, a pesar de

[20] Así ya, Bruno, 1967, p. 291; Basileu Garcia, *Instituições de direito penal*, 6. ed., v. I, t. II, São Paulo, Max Limonad, 1982, p. 573; en la doctrina contemporánea, Santos, A., «Concurso aparente de tipos», *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 161-199, 2006 (ddisponible en: https://www.revistajudiciaria.com.br/wp-content/uploads/2018/02/revista1.pdf) p. 161 ss.; Jesus, D. E., *Direito penal*: *parte geral*, 32. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 644 (diferenciando «actos» y «conducta»); Galvão, *Direito penal*: *parte geral*, 6. ed., Belo Horizonte, D'Plácido, 2015, p. 903; Gueiros/Japiassú, 2018, p. 383; Pacelli/Callegari, 2022, p. 438-440.

[21] Cf. *infra*, nota 48.

[22] Cf. *infra* Apartado b.3.1.1.1.

haber más de una acción, el sujeto «comete dos o más delitos de la misma especie y, por las condiciones de tiempo, lugar y manera de ejecución u otras semejantes, deben los subsiguientes ser entendidos como una continuación del primero» (art. 71 CPbras); de manera inversa, la regla del concurso formal es excesivamente indulgente en los casos en los que el sujeto, por medio de una única acción, realiza una serie de propósitos autónomos.

Una tercera dificultad es la exigencia de «dos o más delitos». Con ella, el legislador hace una remisión al régimen del denominado concurso aparente de normas que, en la manualística brasileña y a diferencia de lo que ocurre en la doctrina más moderna [23], es tratado de forma independiente del concurso de delitos [24]. Esa disociación de las dos materias «hermanas», probablemente por influencia italiana [25], contribuye a aumentar las inseguridades inmanentes en cada una de ellas. En el fondo, parece evidente que solo se podrá pensar en la exasperación y, todavía más, en la acumulación, si la respuesta prevista dentro de un único marco penal fuera insuficiente.

El modelo de nuestro Código se revela así bastante complejo, al contrario de lo que parecía inicialmente. Se puede además cuestionar su racionalidad lo que, en cualquier caso, solo es relevante *de lege ferenda* [26]. Pero desde la perspectiva del juzgador, es obligatorio entenderlo y aplicarlo. Nuestra tesis es que, con base en la concepción tradicional, se vuelve mucho más difícil comprender el sentido que se esconde tras las reglas del CPbras. ¿Por qué es relevante si hay una acción o más de una? Y, ¿por qué eso deja de importar cuando existe una relación de continuidad delictiva o de multiplicidad de propósitos? La concepción tradicional reduce el modelo del CPbras a seis figuras inconexas entre sí y, principalmente, desconectadas de las consecuencias jurídicas

[23] Una excepción notable en la doctrina más antigua es la de Basileu Garcia, 1982, p. 578 ss., y, actualmente, los manuales de Cirino dos Santos, *Direito penal*: *parte geral*, 6a. ed., Curitiba, ICPC, 2014, p. 401 ss., 415 ss., y de Pacelli/Callegari, 2022, p. 461: «No siempre la doctrina penal se ocupa del tema relativo al concurso aparente de normas o de tipos penales en el ámbito del estudio acerca del concurso de delitos».

[24] Hacen una defensa expresa de ese abordaje tradicional Rocha, L., «Princípios fundamentais do *concursus normarum*», *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, 1965, n. 5, p. 81-115, (disponible en: https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/973), p. 82; y Schmidt, A. Z., «Concurso aparente de normas penais», *Revista Jurídica*, 2008, v. 56, n. 365, Porto Alegre, p. 97.

[25] País en el que se defiende la posición según la cual el concurso aparente sería un problema de vigencia, de forma que la norma desplazada no se llegaría siquiera a aplicar al caso, *cf.* Horta, 2007, p. 18 ss.; en contra de esta escisión, también Prates, 2019, p. 102.

[26] *Cf.,* principalmente, Greco, L./Horta, F./Leite, A./Teixeira, A./Quandt, G., *Parte geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate,* Versão revisada e ampliada, São Paulo, Marcial Pons, 2017, p. 83 ss., en favor de un régimen único, que no distingue entre concurso formal y material, basado en la regla de la exasperación; Prates, 2019, p. 137 ss., de acuerdo con la propuesta alternativa.

–acumulación, exasperación o punición dentro de un único marco penal– a las que dan origen. Esto es, a seis coordenadas que no se coordinan entre sí.

2. Una alternativa: la consecuencia jurídica (acumulación, exasperación, pena dentro del marco penal de un único delito) como punto arquimédico

Toca preguntarse entonces si hay alguna salida de ese marco tradicional, y la respuesta nos parece afirmativa. La salida consiste en entender que las seis coordenadas del sistema –unidad de acción, multiplicidad de acciones, relación de continuidad y multiplicidad de propósitos, unidad o pluralidad de delitos– no son los puntos de partida, como acepta el análisis tradicional, sino que, como muchas veces se asume, siquiera intuitivamente, en la jurisprudencia, son los puntos de llegada. El punto de partida no puede ser la delimitación de cada uno de estos conceptos, lo que siempre conllevará un notable grado de arbitrariedad si no se toma en consideración, desde el inicio, *para qué nos interesan*. Y estos conceptos nos interesan a causa de su *consecuencia jurídica*: porque su afirmación determina que se aplicará la regla de la acumulación, de la exasperación o del cálculo ordinario de la pena. Ese es el punto arquimédico.

Es la consecuencia jurídica, esto es, el acierto de la solución vía acumulación, exasperación o punición dentro de un único marco penal, lo que tiene que servir de punto de partida para nuestra reflexión, y ello es así por tres razones: una vinculada a los fundamentos del Derecho penal, otra vinculada a la propia idea de Estado que se justifica frente a sus ciudadanos, y, por último, por ser este el análisis que, intuitivamente, ya se viene haciendo, muy especialmente por la jurisprudencia brasileña.

La razón vinculada a los *fundamentos del Derecho penal* gira en torno a aquello que el primer autor de este trabajo llamo *prioridad de la pena sobre el delito* [27]. Realmente, toda la reflexión teórica sobre el Derecho penal tiene que decidir si toma como punto de partida el delito o la pena. Esa decisión se refleja, en un nivel todavía superficial, en el propio nombre que se da a la disciplina, que algunas tradiciones conocen como Derecho criminal, en consonancia con la tesis de la prioridad del delito, y otras como Derecho penal, lo que se

[27] Greco, L., «Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der "alten" Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht», en KRETSCHMER/ZABEL (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*: *Methoden – Analysen – Kritik*, Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 186 ss.; así también, Leite, A., *Notstand und Strafe*: *Grundlinien Einer Revision des Schuldbegriffs*, Berlin, Duncker & Humblot, 2019, p. 32 ss., p. 40 ss.

relaciona mejor con la tesis aquí defendida de la prioridad de la pena. Una concepción retribucionista de la pena, que entiende a la pena como un ente que retribuye, es decir, que responde, que reacciona, que devuelve algo, presupone ya lógicamente una primera magnitud a la que la pena tiene que corresponder. En cierto modo, se puede entender el esfuerzo centenario para superar el retribucionismo como teoría de los fundamentos del Derecho penal como un esfuerzo en el sentido de desalojar al delito como punto arquimédico de esa teoría, para que ese espacio pueda ser ocupado por la pena. En palabras de Feuerbach [28], el autor que acuñó el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*: «El concepto fundamental, del cual parte todo el Derecho criminal y al cual todo retorna, es el concepto de pena civil. Se puede afirmar sin exagerar que es de la precisión o imprecisión de ese único término de lo que dependen la veracidad o el error, la coherencia o la incoherencia de toda la teoría, la solidez o la inseguridad de la práctica.»

Hay razones que se mueven en un plano todavía más fundamental, previo al Derecho penal, cual es el plano de las *relaciones entre Estado y ciudadano*. Un Estado que se toma en serio a los ciudadanos en tanto que titulares de derechos, presta especial atención a cualquier restricción de un derecho fundamental, justificándola pormenorizadamente. Eso significa que, desde esa perspectiva, el problema central se encuentra en fundamentar el porqué de los regímenes de responsabilidad agravados, como los principios de acumulación o de exasperación. También, y por el mismo motivo, nos parece inaceptable que se puedan encontrar denuncias penales que, con un inusitado tono de obviedad, afirman que las «conductas» del acusado se encuentran en relación de concurso material y que exigirán la acumulación de penas, todo ello sin ofrecer ningún argumento en apoyo de dicha agravación.

La fuerza de esas consideraciones es confirmada por la *propia jurisprudencia* que, a pesar de que raramente lo articule de manera expresa, sí que las reconoce de forma implícita en multitud de fallos. El ya mencionado Informe n.º 17 del STJ sólo puede ser entendido como un intento de escapar de la dureza del principio de acumulación, que llevaría a que la estafa posterior a una falsedad documental recibiese una pena de hasta 10 años. En sentido inverso, la difundida tesis de que no cabe afirmar la continuidad delictiva en delitos contra bienes personalísimos, que llego a crear el Informe núm. 605 del STF, se basó en el reconocimiento –correcto o no, lo que aquí no es relevante [29]– de

[28] Feuerbach, P. J. A.,. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, v. 1, Erfurt, Henningsche Buchhandlung, 1799, p. XVIII y s.

[29] Hay sentencias que la consideran superada por la reforma de 1984 como, por ejemplo, STJ, REsp 832919/RS, Sala 5.ª, ponente Gilson Dipp, J. 03.10.2006, DJ 30.10.2006; así también, Gueiros/Japiassú,

que, frente a esos bienes, la exasperación resulta insuficiente. Recuérdese, por último, la tesis jurisprudencial de que la habitualidad excluiría la continuidad delictiva, lo que es justificado someramente con el argumento de que «el beneficio del delito continuado no alcanza a quien hace del delito su profesión» [30]. Y se podrían poner muchos otros ejemplos. Creemos que la jurisprudencia brasileña, en gran parte de ellos, y confiando en su «instinto valorativo» [31], ha sido más inteligente que la doctrina que, recepcionando de manera acrítica las ideas construidas a partir de derechos positivos diversos, dejó a la práctica completamente desamparada. En lo que sigue intentaremos explicitar y reconstruir racionalmente las intuiciones que ya subyacen a buena parte de nuestra jurisprudencia.

El punto de partida vendrá dado así, ya no por las seis coordenadas tradicionales, sino por las tres consecuencias jurídicas previstas en nuestro derecho positivo: acumulación, exasperación o pena impuesta dentro del marco penal de un único delito. *Comenzaremos de atrás hacia delante*, esforzándonos por encontrar el porqué de consecuencias jurídicas tan diversas. Ese porqué, en todo caso, no será inventado libremente por nosotros, sino que tendrá estrecha relación con las seis coordenadas que el legislador nos ofrece. Estas no tienen que ser valoradas en sí mismas, sino solo como intentos del legislador de captar lo que justifica esas tres consecuencias jurídicas diversas.

a) *La justificación de la acumulación, de la exasperación y de la absorción: independencia total, coincidencia parcial o coincidencia total de desvalor*

El *principio de acumulación* significa lo que su propio nombre dice: suma las penas. Quien resulte sometido a la aplicación de ese principio será tratado, de entrada, de la misma manera en que lo serían dos personas distintas, cada una de las cuales comete su delito y recibe su pena –a pesar de ser una única persona–. Si los dos hurtos cometidos por A conformasen un concurso material, podría ser castigado de la misma forma que M y Z, cada uno de los cuales cometen un único hurto, si fueran sancionados conjuntamente. De ahí se extrae que una suma de penas como esta solo puede estar justificada si los hechos que les dan origen son suficientemente independientes el uno del otro, tanto como lo son los hechos cometidos por M y los cometidos por Z. La idea de acumulación se fundamenta así en la *realización de más de un desvalor*

2018, p. 392 y s. En contra de la tesis de la imposibilidad de continuidad en estos casos, ya Bruno, 1967, p. 303 nota 13; en nuestra opinión, también Cirino dos Santos, 2014, p. 410.

[30] Cf. STF, HC 107636 RS, Sala 1.ª, ponente Luiz Fux, J. 06.03.2012, DJe 21.03.2012, con referencia a precedentes.

[31] Expresión de Prates, 2019, p. 62.

independiente, autónomo, porque solo esa realización es capaz de justificar una pena nueva independiente.

El *principio de exasperación* es menos severo: implica que se toma el marco penal más grave de entre aquellos que se podrían aplicar al autor, y se aumenta el mismo aplicando un cierto factor. Ya se puede ver que esa total independencia de desvalores necesaria para que se pueda hablar del principio de acumulación no tiene que existir aquí. Aun así, la pena máxima solo podrá ser aumentada si se puede afirmar que aquel sujeto que se verá afectado por dicho incremento realizó un nuevo desvalor, aunque no sea del todo independiente o autónomo. Detrás de la exasperación tiende a encontrarse una *coincidencia o solapamiento parcial de desvalor* [32], porque esa coincidencia explica tanto el porqué del aumento –para que una nueva dimensión de desvalor no quede desatendida– como por qué no se pueden acumular las penas –de otro modo se estaría castigando un mismo desvalor dos veces– [33]. El aumento tiene que darse más allá del marco penal que corresponde al delito más grave porque, de otro modo, se estaría falseando el desvalor de dicho delito. Para quedarnos con el ejemplo clásico de los delitos de lesiones y de daños cometidos por aquel sujeto que tira una única piedra: la pena mayor no puede limitarse al marco penal del delito de lesiones porque el segundo desvalor realizado es, en parte, independiente del desvalor de estas. No hay aquí una lesión más grave sino una lesión y algo más, que en parte (ya veremos en cuál) se solapa con ella y en parte la excede. Hay algo nuevo, una *nueva cualidad*, pero esa novedad es sólo parcial.

Por último, existe la posibilidad de no afirmar ni siquiera la existencia de un segundo delito, sino entender que los demás delitos realizados quedan absorbidos por el primero, de donde se tomará el marco penal adecuado (*principio de absorción*). Cualquier *aumento de pena* ha de moverse *dentro de ese marco original*. Esa situación se explica por una *coincidencia o solapamiento de desvalores*, pero no parcial sino *total*. Eso no significa que la realización de un segundo delito, en general absorbido, sea intrascendente, pero sí que el marco penal de la infracción más grave ya ofrece un margen suficiente para captar cualquier incremento de desvalor. No es lo mismo dar un puñetazo que dar diez. Tanto el que da un puñetazo como el que da diez, comete un único

[32] Así también, Prates, 2019, p. 119.

[33] Sobre la importancia de esta apreciación, que a veces se denomina como de *ne bis in idem* material, para el régimen del concurso formal, Prates, 2019, p. 29, p. 117 ss.; desde una perspectiva alemana y en el mismo sentido, Puppe, I., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Im Spiegel Der Rechtsprechung,* 2a. ed., Baden-Baden, Nomos Verlag, 2010, § 33, nm. 4, 10. La regla de la exasperación no es así una mera «opción político-criminal a favor del reo» (Galvão, 2015, p. 902); sobre el *ne bis in idem*, en general, *vid.* Pacelli/Callegari, 2022, p. 222.

delito de lesiones, pero su pena puede ser aumentada, si ello fuera necesario, para dar cuenta de la diferencia de nueve puñetazos entre el primer y el segundo hecho. En esta tercera situación no hay ninguna verdadera novedad sino solo una profundización: la diferencia de desvalor entre la conducta de quien da uno y de quien da diez es meramente *cuantitativa* [34]; no se trata, a diferencia del caso de la piedra, de que haya algo más al lado de la lesión, sino de que hay una lesión más grave. Castigar dos veces por el delito de lesiones implicaría aquí castigar dos veces el mismo hecho [35].

Esas relaciones no han sido ignoradas completamente por nuestra doctrina. Ya Basileu García construyó una imagen del concurso formal como «dos círculos secantes»: «Cada infracción presenta una parte que pertenece, concomitantemente, a las dos… Cada una de ellas tiene, a su vez, un espacio privativo» [36]. Mientras tanto, el concurso aparente es entendido como la hipótesis de «dos círculos concéntricos, uno de los cuales encierra al otro o a él se superpone» [37]. Podríamos añadir una imagen del concurso material, que estaría bien representado por dos círculos independientes, que no se tocan.

b) *La operacionalización dogmática de esos fundamentos: cómo contar y comparar desvalores en el sistema del derecho positivo brasileño*

Fijados esos fundamentos, se vuelve posible deducir, recurriendo a principios generales de la teoría del delito y también al derecho positivo, *criterios* [38] que permitirán una solución menos aleatoria de los casos a los que nos enfrentamos. Porque, como ya se ha visto, el propio derecho positivo ofrece seis coordenadas fundamentales. Lo que ahora se hará es generar un marco que

---

[34] Cf. también Cirino Dos Santos, 2014, p. 404.

[35] También recordando la relevancia del llamado *ne bis in idem* material en el presente contexto, Rocha, *Revista da Faculdade de Direito UFMG* 5, 1965, p. 83; Basileu Garcia, 1982, p. 578; Horta, 2007, p. 21 ss.; Santos, *Revista Judiciária do Paraná* 2006, 1, p. 161 ss.; Costa, 2009, p. 130 ss.; Gueiros/Japiassú, 2018, p. 380; crítico, Schmidt, *Revista Jurídica*, 2008, v. 56, 365, p. 98. En la doctrina extranjera, Cid Moliné, J., «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, v. 47, n. 1, p. 62; Matus Acuña, «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 58, n. 2, p. 466 y passim (que entiende, con todo, que la consunción deriva de la insignificancia).

[36] Basileu Garcia, 1982, p. 577 s.; *cf.* también, Prates, 2019, p. 120 ss., que recoge ulteriores referencias de autores, también extranjeros, que utilizan esa misma metáfora.

[37] Basileu Garcia, 1982, p. 578.

[38] Siguiendo el método del que se valió anteriormente el primero de los autores, basado en establecer primero los fundamentos de una institución para en un segundo paso derivar de allí sus criterios de aplicación, *cf.* Greco, L., *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014. p. 35 ss., 50 ss., 95 ss., 103 ss.

las ordena, poniéndolas en relación entre sí y con las tres consecuencias jurídicas anteriormente descritas. Procederemos en tres etapas: en una primera, recapitularemos las dimensiones de desvalor reconocidas por la teoría del delito, lo que ofrecerá una estructura dentro de la cual será posible ubicar al derecho positivo; en una segunda etapa, insertaremos al derecho positivo dentro de esta estructura; en un tercer momento, se enunciará de forma clara los criterios para afirmar la existencia de una *autonomía total* de desvalores, que justifica la acumulación, una *coincidencia parcial*, que justifica la exasperación, y una *coincidencia total*, que restringe la pena al marco de un único delito (absorción).

b.1 Las dimensiones de desvalor en la teoría del delito.

La teoría del delito que manejamos formula tres valoraciones sobre un comportamiento para considerarlo delictivo: la valoración de tipicidad, de antijuridicidad y de culpabilidad. Principalmente desde Welzel se acostumbra a unir las dos primeras en el concepto de ilícito o injusto [39], y distinguir ulteriores dimensiones de desvalor: desvalor de acción y desvalor de resultado. El *desvalor de resultado* se relacionaría, principalmente, con la lesión del bien jurídico tutelado por la norma. El *desvalor de acción* se haría cargo de los elementos que fundamentan la prohibición de determinado comportamiento. Alguno de esos elementos son objetivos: ellos se relacionan, principalmente, con la intensidad del peligro creado por el autor, las circunstancias que acompañan a su actuación, las posibilidades de defensa de la víctima, etc. Se puede así hablar de un *desvalor objetivo de acción* [40]. Además de eso, se acepta que lo que el autor conoce (e incluso lo que quiere [41]) es relevante para que el Derecho decida prohibir su comportamiento. Esos elementos, que pertenecen cuando menos al dolo y a los elementos subjetivos especiales, configuran el *desvalor subjetivo de acción*, que algunos denominan como desvalor de intención. Tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado son entendidos con referencia al injusto. Algunos hablan de un tercer orden de desvalores, referidos a la culpabilidad, esto es, a la reprochabilidad individual por la reali-

[39] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11a. ed., Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1969. (Existe una traducción parcial al castellano, llevada a cabo por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 52.

[40] Greco, L., 2014, p. 33 ss.

[41] Críticas en Greco, L., «Dolo sem vontade», em RAPOSO/ALVES/MENDES/DIAS/D'ALMEIDA (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário*: *estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 885 ss.

zación del hecho, que se fundamentaría en un *desvalor de motivación o incluso del ánimo del autor*[42]. Se puede entender también que este desvalor es un componente del desvalor subjetivo de acción, que ya es relevante en el plano del injusto.

b.2 Las dimensiones de desvalor en las reglas de los artículos 69 y siguientes CPbras.

La diferenciación entre estas cuatro dimensiones de desvalor –de resultado, de acción (objetivo y subjetivo) y de motivación– puede ser de utilidad para estructurar las coordenadas con las que el derecho positivo brasileño regula el concurso de delitos. La *unidad o multiplicidad de acciones*, criterio que diferencia entre el concurso formal y material (arts. 69 y 70 CPbras), pone en valor, en primer lugar, al desvalor objetivo de acción. Los *propósitos autónomos* del art. 70, 1er párrafo, 2.ª frase CPbras atienden al desvalor subjetivo de acción o al desvalor de motivación/de ánimo. La semejanza de *condiciones de tiempo, lugar, forma de ejecución, etc., en delitos homogéneos* (art. 71, 1er párrafo CPbras) se relaciona, principalmente, con el desvalor objetivo de acción. Y veremos que, a pesar de todo, esa relación es bastante tenue: algunas de esas circunstancias comunes, como practicar el delito repetidamente en determinada hora del día, parecen indiferentes a la hora de valorar su gravedad[43].

Por último, la exigencia de *dos o más delitos* guarda relación con todas esas dimensiones de desvalor. Se puede decir que especialmente en el caso de la subsidiariedad, pero también en cierta forma en la especialidad y la consunción[44], el delito único que absorbe a los demás contiene en sí todas las dimensiones de desvalor que los otros realizan, de forma que habrá dos o más delitos si esa relación de continencia no existe, es decir, si hay dimensiones de desvalor realizados en A que son inexistentes en B y, al mismo tiempo, si B presenta dimensiones que no existen en A. Piénsese en el ejemplo mencionado del lanzamiento de la piedra que destruye la ventana y lesiona a una persona.

---

[42] Por ejemplo, Jescheck H. H/Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5a. ed. Berlin, Duncker & Humblot, 1996. (= *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2003) p. 51.

[43] Con más detalle, *infra* Apartado b.3.1.1.2.

[44] Sobre los fundamentos del concurso aparente de normas, *cf.* Apartado 2.2.3.3.

b.3 Los criterios para diferenciar desvalores autónomos, parcial y totalmente coincidentes.

Con todo esto se vuelve posible, finalmente, enunciar los criterios que están detrás de las tres situaciones que nuestra ley conoce: dos desvalores autónomos, parcial coincidencia de desvalores y total coincidencia de desvalores, que fundamentarían, respectivamente, la consecuencia jurídica de la acumulación, la exasperación y la pena dentro del marco penal de un único delito.

b.3.1 Desvalores autónomos: acumulación.

La propia ley apunta hacia dos supuestos en los que existe más de un desvalor autónomo. Común a ellos es la existencia de *dos o más delitos*. Como se ha dicho, habrá dos o más delitos en tanto que los preceptos en los que es posible subsumir el comportamiento contengan dimensiones de desvalor que no se encuentren en relación de continente-contenido [45].

b.3.1.1 Multiplicidad de acciones en relación discontinua.

El primer supuesto legal es el de *acciones distintas* (art. 69, 1er párrafo CPbras). El legislador reconoce que esto no basta para la acumulación de penas: es necesario que, además, las diversas acciones realicen delitos o de *diversa naturaleza* o sin *coincidencia de tiempo, lugar, forma de ejecución*, etc. (art. 71, 1er párrafo CPbras). Proponemos así una lectura conjunta de los arts. 69, 1er párrafo y 71, 1er párrafo CPbras.

b.3.1.1.1 Unidad o multiplicidad de acciones.

La dificultad de diferenciar la existencia de varias acciones ya fue mencionada antes [46]. Como se dijo, la doctrina brasileña –con raras excepciones, como es natural– prácticamente ignora el problema. Parece creerse que contar acciones es algo intuitivo y, por tanto, obvio. Lo único que se consigue extraer de esa doctrina –menos de las afirmaciones explícitas que de los ejemplos que ella utiliza– es que está de acuerdo en que la acción no es lo mismo que el movimiento corporal [47]. Parece adecuado aquí recurrir a la doctrina alemana que desarrolló tres categorías que comienzan a tener algo de eco entre nosotros [48].

---

[45] Los detalles se verán *infra,* Apartado 2.2.3.3.

[46] Cf. *supra*, Apartado 1.

[47] Algunas afirmaciones explícitas están recogidas en la nota 23.

[48] Por todos, *cf.* la exposición en Roxin, 2003, § 33, nm. 17 y ss.; Rengier, R., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10a. ed., München, C. H. Beck, 2018, § 56, nm. 14 y ss. Asumiendo estas distinciones, Prates, 2019, p. 34 ss. (unidad natural de acción), p. 47 ss. (acción en sentido natural), p. 48 ss. (unidad típica de acción); más crítico, Horta, 2007, p. 38 ss., p. 44 ss., que solo acepta la unidad típica o jurídica de acción.

La primera de ellas es la de una *acción en sentido natural* (o naturalístico), que comprende un movimiento corporal [49]. El ejemplo clásico es, otra vez, el movimiento del brazo con el que se lanza una piedra, rompiendo una vidriera y lesionando a alguien. Se dice que esa activación muscular es la unidad mínima de acción; una acción puede comprender más de un movimiento corporal, pero un único movimiento corporal siempre configurará ya una acción [50].

En segundo lugar, se identifica la denominada *unidad típica de acción*, cuando el propio tipo es el que reúne varios movimientos corporales en una única acción. Piénsese en el tipo del delito de robo, en el que el movimiento que produce violencia y el que produce la sustracción están unidos en una única acción de robo; o en los delitos permanentes, que se realizan con una secuencia de acciones que crean y después hacen perdurar una determinada situación, como un (único) secuestro. Un ejemplo de la jurisprudencia alemana es el delito de «comunicar a una potencia extranjera» o «hacer llegar a una persona no autorizada o revelar públicamente [...] un "secreto de Estado"» (§ 94 StGB), en los casos en lo que el tipo es realizado por medio de la publicación de un único secreto compuesto de varios documentos [51]. E idéntico nos parece el delito de utilización de información relevante en el mercado de capitales: el tipo en cuestión, que habla de «utilizar información relevante de la que se tenga conocimiento, aunque no haya sido divulgada al mercado, que sea capaz de propiciar, para sí o para un tercero, un beneficio indebido, mediante la negociación, en nombre propio o de terceros, de valores mobiliarios» (art. 27.d de la Ley 6.385/1976), presenta varios elementos –«información», «valores mobiliarios» y, principalmente, «negociación»– que demuestran su propensión para fundamentar unidades de acción.

Por último, se conoce la denominada *unidad natural de acción*, que es el concepto más amplio y debatido de los tres. Siguiendo la casi centenaria definición de la jurisprudencia alemana, existe una unidad natural de acción cuando el autor exterioriza, por medio de una pluralidad de actos de la misma naturaleza, una voluntad unitaria dirigida a la obtención de un resultado en el mundo exterior, lo cuales, debido a su proximidad espacial y temporal, parecen, a los ojos de un tercero observador, un todo unitario [52]. En la reconstrucción de

---

[49] Fundamental RGSt 32, 137 (138).

[50] Cf. Prates, 2019, p. 34: «Átomo de conducta». Críticas acertadas, entre nosotros, en Cirino dos Santos, 2014, p. 403 y s.; Horta, 2007, p. 38.

[51] BGH NStZ 1996, 492.

[52] Variaciones en torno a esa definición en RGSt 58, 113 (116); BGHSt 10, 230 (231); 41, 368 (369); 43, 312 (315); BGH NStZ-RR 2012, 241 (242 y s.); NStZ 2016, 594. Fundamental aquí, RGSt 32, 137, pp. 139 s..

Roxin [53], deben estar presentes cuatro presupuestos: voluntad unitaria [54], multiplicidad de actos de naturaleza semejante, conexión espacio-temporal [55] y apariencia objetiva de unidad. Por ejemplo, componen una única acción en sentido natural el golpe con una jarra, la tentativa de homicidio de la víctima, y el subsiguiente ahorcamiento (BGHSt 10, 129) [56]; o el forzado de tres automóviles, en la misma noche y el mismo garaje, para hurtar objetos que se encontraban dentro de ellos, aunque fueran de distintos propietarios (BGH NStZ 1996, 493) [57]; o la comisión de dos robos con armas y contra víctimas distintas en la misma noche (BGH NStZ 2012, 389). Hay mucha imprecisión, en especial en lo que tiene que ver con el componente temporal [58]: por ejemplo, varias lesiones cometidas durante tres horas contra un compañero de prisión configurarían una única acción (BGH NStZ-RR 2012, 241), mientras que solo habría unidad en el uso de una tarjeta de crédito obtenida ilícitamente si exclusivamente fue utilizada en la misma tienda, pero no si lo fue en otras del mismo centro comercial (BGH NStZ-RR 2017, 246). Se discute, muy especialmente, si es posible esa unidad en el caso de acciones que, aunque se hayan practicado en un mismo contexto, realicen tipos penales diferentes [59]. No controvertida, por el contrario, es la situación de la *realización iterativa* de un tipo –sustraer varios objetos, dar una literal «paliza» [60] a alguien– que, a pesar de que implique una multitud de movimientos corporales, constituyen una única acción [61]. A veces estos supuestos son catalogados entre los casos de unidad típica de acción [62]. Lo esencial en ellos es que el aumento de desvalor que representa cada nuevo acto es meramente cuantitativo [63]. Nos parece que tanto la unidad natural de acción, como criterio general, como la figura más concreta de la realización reiterada del mismo tipo, deberían ser tomadas en consideración especialmente en casos en los cuales los comportamientos atribuidos al sujeto presentan especial relación de proximidad.

---

[53] Roxin, 2003, § 33, nm. 31.

[54] Para la cual Roxin, 2003, § 33, nm. 35, siguiendo a Maiwald, considera suficiente una «situación motivacional unitaria».

[55] Que no existe si hay diferencia de días y de lugar entre actos de extorsión contra una misma víctima, BGHSt 40, 75 (77 y s.).

[56] A no ser que el agente solo quisiese matar a la víctima con el golpe de la jarra.

[57] Cf. también un caso casi idéntico en BGH NStZ-RR 2011, 111; y, los similares, BGH NStZ-RR 2009, 278; NStZ-RR 2016 274.

[58] Cf. también Horta, 2007, p. 39.

[59] En detalle, Roxin, 2003, § 33, nm. 50 y ss.

[60] Rengier, 2018, § 56, nm. 17.

[61] Roxin, 2003, § 33, nm. 32 y ss.; Rengier, 2018, § 56, nm. 16 y ss.

[62] Así, por ejemplo, Heintschel-Heinegg, en ERB/SCHÄFER (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgestzbuch*. 3a. ed., v. 2, München, C. H. Beck, 2016, § 52, nm. 34.

[63] Heintschel-Heinegg, 2016, § 52, nm. 34.

No se puede, somo se dijo antes, asumir acríticamente un modelo dogmático construido con base en un sistema en el que ni el concurso formal ni el material acarrean consecuencias tan severas como las que nuestro CPbras les adscribe. Aun así, nos parece que el modelo es útil como punto de orientación, en el siguiente sentido: *allí donde hasta el Derecho alemán, que es bastante menos severo en sus consecuencias jurídicas, admite la existencia de una única acción, habrá fuertes indicios para afirmar que el Derecho brasileño también lo debe hacer*. Los supuestos de unidad de acción identificados por el Derecho alemán configuran, desde la perspectiva del Derecho brasileño, un *contenido mínimo*. El Derecho brasileño puede tener supuestos de unidad de acción que van más allá de los reconocidos por el Derecho alemán, pero no puede reconocer menos.

Es en estas posibilidades de desarrollo de esos nuevos supuestos que van más allá del contenido mínimo de la unidad de acción antes identificado (y de retirarlos del alcance del principio de acumulación) donde se encuentra una de las mayores ganancias de la construcción que proponemos, que comienza de «atrás hacia delante». Como se ha visto, la acumulación es algo muy intenso y no obvio; ella trata al individuo como si los hechos cometidos por él no tuvieran ninguna relación. Eso significa que, si existe tal relación, será el propio principio de culpabilidad el que se oponga a la acumulación de penas.

Tal y como indicábamos en la introducción, son cuatro las dimensiones de desvalor: de resultado, de acción (subjetivo y objetivo) y de motivación/de ánimo. Nos parece que, en un sistema que conoce el principio de acumulación, es obligado entender que la sobreposición entre cualquiera de esas dimensiones de desvalor hace muy difícil la aplicación de dicho principio e impone, como máximo, la exasperación. Se tiene que reconocer, por tanto, una situación adicional de unidad de acción, que se podría denominar como *acción única por solapamiento al menos parcial de desvalores*.

Desde esa perspectiva, movimientos corporales diferentes que *intensifiquen un mismo resultado* tienen que, en principio, ser entendidos como una sola acción, en el sentido del art. 70, 1er párrafo CPbras, por el solapamiento del desvalor de resultado [64]. Movimientos corporales distintos que *creen o se aprovechen de una misma situación de peligro* (sin que exista multiplicidad de propósitos [65]) también tienden a conformar una unidad, debido al solapamiento de desvalores objetivos de acción. En cualquier caso, la mera coincidencia

[64] Cf., además, Puppe, 2010, § 33, nm. 16, § 34, nm. 5, que propone el reconocimiento de una unidad de acción por «unidad de resultado». En detalle sobre las dificultades de contabilizar resultados, Horta, 2007, p. 41 ss.

[65] Vid. *infra* Apartado b.3.1.2.

temporal no es suficiente [66]. Si hay *solapamiento entre elementos del delito*, como en el caso del daño patrimonial y de la fractura de barrera de protección en el hurto agravado (art. 155, § 4.º, inciso I CPbras), habrá una única acción, a pesar de que la fractura de la barrera de protección y la sustracción sean movimientos corporales diferentes [67]. Si los propósitos autónomos fundamentan desvalores autónomos, un *propósito único* tiende (aunque no basta [68]) a fundamentar una coincidencia de desvalores [69].

Tres observaciones resultan relevantes en este punto. La primera es que los criterios concretos de solapamiento de desvalores presentan una cierta inseguridad. Como acabamos de ver, ni en la unidad natural de acción de la que hablan los alemanes, que alude a la perspectiva natural de la vida cotidiana, se alcanza una certeza absoluta. El juicio al respecto de la coincidencia de desvalores es siempre, y valga la redundancia, una valoración, que tiene que ser orientada por la pregunta sobre la legitimidad de la acumulación de penas. La novedad es que, en tanto que la unidad natural de acción exige la verificación de cuatro presupuestos, la unidad de acción por solapamiento de desvalor es más flexible, porque se contenta con la existencia de algunas semejanzas. Lo fundamental es reconocer que, cuanto mayores son las semejanzas entre los distintos delitos, tanto más inadecuada es la consecuencia de la acumulación. Y el camino que la ley nos ofrece para evitar esa consecuencia es una reinterpretación, un poco más extensiva que de costumbre, del concepto «una sola acción».

La segunda observación es que las cuatro formas de unidad de acción identificadas –unidad de movimiento corporal, unidad típica, unidad en sentido natural y unidad por solapamiento de desvalor– presentan varias intersecciones. Como la consecuencia jurídica aparejada a la existencia de cualquiera de ellas es la misma, esto no llega a ser en ningún caso problemático.

La tercera es que la existencia de un solapamiento de desvalores, que excluye la acumulación, no llega a ser suficiente para la exasperación; esta

---

[66] RGSt 32, 137 (140); BGHSt 16, 316 (320): el delito de extorsión mediante secuestro y delito de homicidio cometido en ese mismo periodo constituyen dos acciones distintas.

[67] Con lo que nuestra construcción se aproxima a la tesis de Puppe, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, DeGruyter, 1979, p. 170 ss. y passim, según la cual habría concurso formal en los supuestos de «parentesco de injusto»; sobre esta idea, entre nosotros, Prates, 2019, p. 54 ss., p. 132, que parece aceptarla.

[68] *Cf.* ya RGSt 44, 223 (227 y s.); 58, 113 (116).

[69] En este sentido, varios autores brasileños tradicionales, como Bruno, 1967, p. 292: «El autor debe tener como objetivo un solo fin»; Basileu Garcia, 1982, p. 573; en la actualidad, Horta, 2007, p. 58 s. *Cf.,* también, Santos, *Revista Judiciária do Paraná,* 2006, 1, p. 166, que, en todo caso, incorpora un «factor valorativo-normativo»; en realidad, el autor no reconoce apenas unidades típicas de acción (como queda claro en los ejemplos que recoge en la p. 167).

solo está justificada si, simultáneamente, hay desvalores que no se solapan, esto es, si el solapamiento es solo parcial. En general, un solapamiento total de desvalores excluirá la existencia de «más de un delito», es decir, el reconocimiento de una unidad de acción no implica *per se* la existencia de más de un delito. Es completamente posible que haya una única acción y que la consecuencia no sea la exasperación de la pena del delito más grave sino la del castigo por el delito único, que absorbe a los demás. Tal será el caso de nuestro ejemplo de comisión del delito de daños y del delito de hurto con fractura de barrera de protección.

b.3.1.1.2 Ausencia de relación de continuidad delictiva.

Solo procederá la acumulación, en todo caso, si, habiendo varias acciones, no concurren los requisitos del art. 71 CPbras, que prevé la figura del delito continuado. No vamos a profundizar en la delimitación de la homogeneidad entre delitos, ni tampoco en el alcance de las circunstancias que fundamentan la relación de continuidad, porque eso haría que se superase el espacio del que se dispone para este trabajo. Lo que nos parece relevante es que el legislador reconoce que la existencia de varias acciones no es suficiente para fundamentar un desvalor autónomo apto para justificar la acumulación: se exige, además, que esas acciones sean discontinuas entre sí, ya sea por constituir delitos de distinta naturaleza, ya sea por no coincidir en sus circunstancias.

Basta únicamente esclarecer la relación entre el supuesto de acción única por solapamiento parcial de desvalores, que acabamos de proponer, y la institución del delito continuado. ¿No sería esta institución un reconocimiento de que la acción única que proponemos, en verdad, es constitutiva de «más de una acción? Pensamos que no. Se puede entender al delito continuado como un supuesto de sobreposición parcial de ilícitos (por ello la exasperación), pero *más tenue* que aquel que fundamenta la unidad de acción que da origen al concurso formal; más tenue porque los elementos que fundamentan la unidad –«condiciones de tiempo, lugar, forma de ejecución u otras semejantes»– no tienen que ver con elementos centrales de las dimensiones de desvalor del delito sino con aspectos periféricos [70]. Cómo establecer la distinción precisa entre estas dos figuras es una tarea que no puede ser aquí resuelta.

[70] También por esto es poco consecuente exigir una unidad de dolo si se afirma que en los casos de voluntad unitaria hay ya unidad de acción; el delito continuado solo existe si hay varias acciones. Eso explica también la adopción de la denominada teoría objetiva pura por el CPbras *(cf.* Exposição de Motivos, apartado 59; Bruno, 1967, p. 391); en contra, Cirino dos Santos, 2014, p. 411 y s., que, recepcionando la antigua posición alemana, exige dolo unitario, con lo que acaba por no tomar en consideración que, en Alemania, el delito continuado era un supuesto de concurso formal. También la jurisprudencia

b.3.1.2 *Una única acción con propósitos autónomos.*

Un segundo supuesto previsto por la ley brasileña, que no existe en la ley española, es el de la realización de esos dos o más delitos *a partir de propósitos autónomos*: la ley entiende que la autonomía de los propósitos es una razón suficiente para que se observen tantos desvalores como propósitos haya, aunque exista una única acción.

El problema que aquí surge es el de determinar que son «propósitos». La doctrina nacional afirma, en su mayoría, que propósito es lo mismo que dolo [71]. Si fuera así, no se entendería la propia redacción del precepto, que reza como sigue: «Si la acción y omisión es dolosa *y* los delitos concurrentes resultan de propósitos autónomos» (cursiva añadida); si propósito y dolo fuesen conceptos idénticos el legislador no debería haber utilizado la conjunción que ponemos en cursiva. La interpretación dominante es así una clara vulneración de la letra de la ley y, con esto, del principio de legalidad penal.

Otros proceden a interpretaciones filológicas: Nucci [72], por ejemplo, considera que el *dolo directo* (de primer o de segundo grado, esto es, también referido a las consecuencias necesarias) fundamentará propósitos autónomos, y esto no sucederá en el supuesto en el que el segundo delito se cometa mediante *dolo eventual* o imprudencia. Sin embargo, ni el propio autor se toma en serio su interpretación, en tanto que menciona el ejemplo (de Basileu Garcia [73]) de alguien que desde el balcón grita «¡Sinvergüenzas!» a la gente que pasa y afirma que «obviamente» no habría un total de 30 o 40 injurias; en el ejemplo, sin embargo, hay dolo directo. Y, por último, otra parte de la doctrina se limita a aportar ejemplos, en los que el autor, con una única bomba, un disparo o un movimiento, mata o lesiona a dos o más víctimas, pero sin ofrecer una definición [74].

Creemos que la única manera de interpretar esta institución haciendo justicia a los ejemplos que se acostumbran a dar –y que probablemente sean correctos– es la de entender la multiplicidad de propósitos como una *multiplici-*

---

viene exigiendo una unidad subjetiva para restringir la aplicación del delito continuado en favor del concurso material, *cf.* STJ, HC 151012/RJ, Sala 5.ª, ponente Gilson Dipp, J. 23.11.2010, DJe 06.12.2010; STJ, HC 307486/SP, Sala 6.ª, ponente Ericson Maranho, J. 04.12.2014, DJe 26.02.2015.

[71] Greco, R., *Curso de direito penal*: *parte geral*, 12. ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2010, p. 569 (cap. 38, apartado 3.4); poco claros, Martinelli, J. P./De Bem, L., *Lições fundamentais de direito penal*: *parte geral*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 794; críticas acertadas en Horta, 2007, p. 53; Prates, 2019, p. 69 ss.

[72] Nucci, G., *Manual de direito penal: parte geral*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 428-429; así también, Gueiros/Japiassú, 2018, p. 385.

[73] Basileu Garcia, 1982, p. 576.

[74] Bruno, 1967, p. 293; Cirino Dos Santos, 2014, p. 407.

dad de planes delictivos [75]. Se trata de un intento de la ley de capturar aquello que de manera popular se expresa con el refrán «matar dos pájaros de un tiro»: actúa con propósitos autónomos aquel que *aprovecha una buena oportunidad para, de una sola vez, hacer aquello que planeaba hacer en dos veces*. El autor actuaría así de forma económica, y aquel que es «económico» en la comisión de delitos no puede ser beneficiado en relación con aquel que precisa de dos oportunidades para realizar su plan criminal. La cantidad de planes viene dada por el primero de los supuestos que acabamos de mencionar [76], esto es, por la *cantidad de acciones discontinuas* que el autor considera, en el peor de los escenarios, realizar. El autor evita realizar varias acciones discontinuas, evitando así la aplicación del art. 69, 1er párrafo CPbras, pero tenía intención de practicarlas, de modo que el legislador no quiere beneficiarle.

Este criterio explica los ejemplos de la doctrina y, también, de la injuria desde el balcón: quien, después de decidir matar o lesionar a tres adversarios, alcanza su objetivo en una única oportunidad en vez de en tres, pensará: «¡Mucho mejor!»; porque su plan era, en rigor, actuar tres veces. Al revés, suena muy poco plausible que quien grita desde la ventana a 40 personas planease actuar 40 veces, una en presencia de cada una de ellas. Además, las injurias desde el balcón no son discontinuas, mientras que quien quiere agredir a la víctima normalmente no se preocupará del momento, del lugar o de la forma en que eso ocurra.

Desde la perspectiva del legislador, basta entonces con la existencia de un *desvalor de intención o de motivación/ánimo* autónomo para que se justifique también la acumulación de penas. El legislador, en el art. 70, 1er párrafo, 2.ª frase CPbras incorpora un giro fuertemente subjetivista (lo que resulta extraño en un Código que contiene tantas indicaciones objetivistas como, muy significativamente, la punición de la tentativa inidónea –art. 17 CPbras–) [77].

b.3.2 Desvalores parcialmente coincidentes: exasperación.

También la exasperación presupone la realización de *más de un delito*. Si esos delitos se solapan, siquiera parcialmente, en su contenido de desvalor, no

[75] Bastante próximo, entendiendo los propósitos autónomos como una pluralidad de fines, Horta, 2007, p. 53 y s. nota 66, que, siguiendo a Fortes Barbosa, habla de «premeditación o unidad de determinación»; Prates, 2019, p. 69 ss.: unidad de «proyecto o plan». Próximo también, Jesus, 2011, p. 647 s.

[76] Cf. *supra* Apartado b.3.1.1.

[77] Identificando la «única decisión contraria a Derecho» como la fundamentación de la punición más leve del concurso formal, Prates, 2019, p. 28, con ulteriores referencias.

resulta justificado someter al autor a la suma de las penas porque, de hacerlo, se le estaría castigando dos veces por el mismo contenido de desvalor [78].

La ley prevé dos supuestos en que se da dicho solapamiento parcial. Las dos están relacionadas, principalmente, con una sobreposición de desvalores de acción: la primera, más nuclear; la segunda, de forma periférica.

b.3.2.1 Una única acción guiada por un único propósito.

El primero de estos supuestos es del autor que realiza una única acción, movido por un único propósito (art. 70, 1er párrafo, 1.ª y 2.ª frase CPbras). La unidad de acción ya ha sido explicada [79], así como el significado de la existencia de un único propósito [80]; como ya se ha visto, la presencia de varios propósitos es suficiente para acabar con la coincidencia, siquiera parcial, de desvalores.

b.3.2.2 Varias acciones en relación de continuidad.

El segundo supuesto es el previsto en el art. 71 CPbras, en el que la exasperación es una regla más severa que en el anterior. Aquí hay varias acciones pero ellas, por realizar delitos de la misma naturaleza en circunstancias similares, deben ser entendidas como un todo continuado.

Como hemos dicho, la relación de continuidad fundamenta un solapamiento de ilícitos que es, en todo caso, más tenue que aquel que se da en el concurso formal, por lo que se explica el porqué de la exasperación agravada [81].

b.3.3 Desvalores totalmente coincidentes: pena única.

El tercer supuesto, del cual nos ocuparemos más sucintamente ya que existe un consenso relativo con respecto a los criterios –especialidad, subsidiariedad, consunción [82]– y ya que una resolución final de cada problema solo puede ser dada en la Parte Especial, en tanto que pasa por una comparación del contenido material de dos preceptos que el autor infringe. Esa comparación siempre implicará una valoración, incluso en el supuesto de especialidad, que, aparentemente es una mera relación lógica. Así es que el STF reconoció, en el RE 351.487/RR, la existencia de concurso formal entre los crímenes de homicidio y de genocidio (art. 1.º de la Ley 2.889/1956: «Quien, con la intención de

[78] Para las criterios, *cf. infra* Apartado b.3.3.
[79] Cf. *supra* Apartado b.3.1.1.
[80] Cf. *supra* Apartado b.3.1.2.
[81] Cf. *supra* Apartado b.3.1.1.2.
[82] En detalle, Horta, 2007, p. 87 ss.; sucintamente, Cirino dos Santos, 2014, p. 415 ss.

destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a] matare a miembros del grupo; b]…»), cuando la relación lógica aquí existente es, en sí, la de especialidad, en tanto que el segundo delito presenta todos los elementos del primero y algunos más. El STF –queda abierta la reflexión acerca de lo acertado de esta interpretación, porque lo que interesa es la estructura de la argumentación que nos resulta ejemplar– afirma que, si nos contentásemos solo con la norma especial, el contenido autónomo de los delitos de homicidio (y la pena que a ellos les corresponde) quedaría desatendido [83].

Cuando se aplican las reglas de especialidad, subsidiariedad y consunción, hay que tener en cuenta que se trata de un intento de capturar situaciones en las que *no existe un desvalor nuevo* que confiera al hecho una *cualidad* adicional que justifique la exasperación. Allí donde se trata de, como mucho, un aumento cuantitativo, de una profundización en el injusto original, basta con hacer uso del marco penal de un único delito, a saber, del más grave entre los realizados.

IV. PRINCIPIOS GENERALES Y CRITERIOS: UNA SÍNTESIS CONCLUSIVA

Podemos recapitular las principales tesis aquí avanzadas de la siguiente forma:

• La materia del concurso de delitos tiene que ser repensada no a partir de la idea de unidad o multiplicidad de acciones/delitos, sino a partir de la consecuencia jurídica –acumulación, exasperación, absorción–, o sea, *de atrás hacia delante*, lo que viene siendo realizado por la jurisprudencia de forma intuitiva.

• En el sistema del CPbras la acumulación de penas presupone la existencia de desvalores autónomos, la exasperación, la de un solapamiento parcial de desvalores, y la aplicación de una pena dentro de un único marco (absorción), la de una sobreposición total;

• Existirán desvalores autónomos (y, por consiguiente, la *acumulación*), en este sistema, cuando nos encontremos ante una multiplicidad de delitos y de

[83] STF, RE 351487/RR, Pleno, ponente Cezar Peluso, J. 03.08.2006, DJ 10.11.2006 (contenido íntegro, p. 20-21): «[...] el genocidio corporeiza un delito autónomo contra un bien jurídico colectivo, distinto de los ataques individuales que componen sus modalidades de ejecución. O sea, el desvalor del crimen de genocidio no absorbe ni diluye el desvalor de los delitos contra bienes jurídicos individuales ofendidos por la realización de actos propios de cada modalidad ejecutiva. Si se llegase a otra conclusión, a la comisión del delito más grave le correspondería -como ocurrió en el caso- ¡una pena más leve!».

acciones (art. 69, 1er párrafo CPbras) sin relación de continuidad (art. 71, 1er párrafo CPbras), o cuando la multiplicidad de delitos sea cometida a través de una única acción pero con propósitos autónomos (art. 70, 1er párrafo, 2.ª frase CPbras);

• Hay acción única cuando se realice un único movimiento corporal (acción en sentido natural o naturalista), cuando el propio tipo reúne distintos movimientos en una única acción (unidad típica de acción), cuando esto mismo ocurre, desde la perspectiva de un observador objetivo, en razón de la voluntad o del contexto (unidad natural de acción), y, proponemos, también cuando se verifique una coincidencia de desvalor (mismo resultado, mismo propósito, mismo peligro, coincidencia entre elementos del tipo);

• Hay solapamiento parcial de desvalor y, por tanto, *exasperación*, cuando una acción única (art. 70, 1.er párrafo, 1.ª frase CPbras) o varias acciones en relación de continuidad (art. 71, 1er párrafo CPbras) representan un aumento cualitativo del desvalor original, que no puede ser tomado en consideración si nos mantenemos dentro del marco penal del delito más grave, que absorbería a los demás siguiendo las reglas del concurso aparente de normas;

• Hay solapamiento total de desvalor y, por tanto, *absorción o concurso aparente de normas* cuando el incremento es solo cuantitativo.

LAS CLÁUSULAS CONCURSALES ESPECÍFICAS: UNA FOTO

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ *

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EXISTEN LAS CLÁUSULAS CONCURSALES ESPECÍFICAS?

1. En un sistema penal bien conformado parece que no deberían existir las cláusulas concursales específicas [1], sean las destinadas a elegir la norma finalmente aplicable a una conducta cuando varias lo son inicialmente pero ya una sanciona suficientemente el hecho [2], sean las dirigidas a determinar la pena cuando son varias las normas finalmente aplicables [3]. Diseñamos normas generales en estos casos para garantizar la justicia de las soluciones: para garantizar la eficacia preventiva del sistema en relación con las reglas del concurso de delitos, y no penar de menos (justicia como eficacia preventiva); y para garantizar también, a la vez, como límite, la justicia como eficiencia: para garantizar

* Catedrático de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid). El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER.

[1] Así, enfáticamente, 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. 132 ss., en especial, 147.

[2] Se trata de «hipótesis en las que el mismo supuesto fáctico es, en principio, reconducible a diversas normas penales, pero del análisis de la conexión existente entre ellas se concluirá la suficiencia de una sola» [SANZ MORÁN, A., «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, p. 212].

[3] Se trata, para Sánchez-Ostiz, de «cláusulas concursales de compatibilidad», que «prevén la sanción por más de un delito» (SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código Penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24 – 24, 2022, p. 2).

que no haya costes insoportables en la prevención, que aquí sería fundamentalmente el *bis in idem* en la regulación del concurso de normas [4] y la desproporción de la pena en la regulación del concurso de delitos, amén de ahuyentar también aquí todo vestigio de doble punición injustificada. Además, en sí misma, la generalidad como forma nos evita riesgos de quiebra del principio de igualdad en forma de aplicación no uniforme de las normas penales.

La regla especial nos saca de la garantía de la regla general. Por no ser tan abstracto, por ejemplificar, esto es lo que sucede respecto a la prohibición de *bis in idem*, salvo corrección interpretativa, con las cláusulas que imponen la pena más grave en su mitad superior para supuestos de resultado en los que ha concurrido solo el riesgo que se ha materializado en el resultado, como pasa en una materia tan ubicua como el tráfico rodado (art. 382 CP) o en otra, afortunadamente excepcional, como es la de las radiaciones ionizantes (art. 343.2 CP). Y respecto a la respuesta penal razonablemente uniforme, eso es lo que sucede, por ejemplo, con la regla que asigna a la concurrencia de homicidio doloso y atentado la pena superior en grado (art. 138.2 CP): ¿por qué no esta exasperación si lo que concurre con el atentado es un asesinato o unas lesiones graves? [5]

2. ¿Por qué existen sin embargo las –y diría mejor, como veremos, «tantas»– reglas concursales específicas? [6]

Las respuestas *a priori* parecen dos: la excepción o el recuerdo. Pudiera ser que el legislador quiera hacer una excepción al sistema general de selección de la norma o de determinación de la pena, lo que hará que tengamos que levantar bien las orejas ante el riesgo de inconstitucionalidad. Por ejemplificar, de nuevo, esto es lo que sucede en el caso ya mencionado de atentado mediante homicidio, que el legislador saca de las reglas del concurso ideal (12 años y medio a 15 años) para aplicar una regla más dura (15 años y un día a 22 años y medio: art. 138.2.b CP). Y esto es lo que pasa también, por segundo ejemplo, en los estragos, en los que se impone en caso de resultado de muerte o lesiones, la imposición de las penas «separadamente» (art. 346. 3 CP).

Pudiera ser también que el legislador quiera recordar en concreto la regla general, no vaya a ser que esta le pille dormido al juez en el momento aplicativo [7].

---

[4] *Vid.* Rodríguez Ramos, L., «Artículo 8», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. T. I*, Madrid, (Edersa), 1999, p. 335; Sanz Morán, A., 2013, p. 212.

[5] *Vid.* Peñaranda Ramos, E., «Homicidio», en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento Penal 2023*, Madrid (Francis Lefebvre), 2022, p. 842, nm. 7.020.

[6] Cada vez más. Sánchez-Ostiz afirma que existen en la actualidad 67 de «compatibilidad» frente a las 22 con las que arrancó el Código en 1995 (Sánchez Ostiz, P., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24 – 24, 2022, p. 5).

[7] Así, para las cláusulas de concursos de delitos, Serrano González de Murillo, J. L., 2017, p. 142; véase también, Sánchez Ostiz, P., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24 – 24, 2022,

Esto es lo que sucedería cuando dice que al proponente de una sedición exitosa se le castigará como promotor (art. 538 CP).

3. Por qué existen las cláusulas concursales específicas y si deberían existir. Esas son las preguntas a las que debería responderse. Lamento el condicional y la decepción, pero más allá de algún avance pendiente de más reflexión no voy a poder hacerlo en este artículo. Quizás lo intente en otro trabajo. Aquí voy a tratar de poner los cimientos para ese empeño con una descripción de las reglas específicas vigentes en nuestro Código.

Ha sido este un trabajo laborioso. Más de picar piedra que de grandes reflexiones, sin que ello suponga que haya sido fácil la clasificación, que cada regla es un mundo que requeriría su tiempo, que requeriría su ponencia, con interpretación jurisprudencial incluida. Y son unas ochenta reglas.

Por ello el resultado es muy relativo, solo orientativo, fruto de una reflexión muy breve de cada enunciado. Creo que se aproxima bastante a la taxonomía china de animales del *Emporio celestial de conocimientos benévolos* que recogía Borges en «El idioma analítico de John Wilkins»: «(a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas» [8].

II. CLÁUSULAS RESOLUTIVAS DEL CONCURSO DE NORMAS

4. Son muchas las cláusulas resolutivas del concurso de normas. Decía Puig Peña en 1955 que los casos de subsidiariedad expresa se pueden contar con los dedos de una mano [9]. Hoy más bien se pueden contar con los pies de un ciempiés.

A los casos de subsidiariedad expresa –junto con los de subsidiariedad tácita– hace referencia la regla segunda del artículo 8 del Código Penal, que es el precepto destinado a resolver los concursos de leyes. Es este un artículo singular, que contiene dos criterios materiales claros y clásicos (especialidad y consunción), otros dos complementarios (otras razones para la subsidiariedad

p. 23, indicando que serían una «señal de alerta para que no deje de cuestionarse la aplicabilidad de otros preceptos concurrentes».

[8] Borges. J. L., «Otras inquisiciones», en *Ibid., Obras completas. I*, Madrid (RBA, Instituto Cervantes), 2005, p. 708.

[9] Puig Peña, F., *Colisión de normas penales*, Barcelona, (Bosch), 1955, p. 76.

y razones de gravedad, criterio que se autopostula como subsidiario) y otro formal, de legalidad: cuando lo establezca el Código (subsidiariedad expresa). En realidad quizás pueda leerse el artículo 8 CP así: aténgase el juez a la norma que le diga expresamente el legislador; si no existe esa solución específica, aplique el tipo especial, o el «más amplio o complejo», o el que quepa entender como principal por alguna razón atendible; si tampoco estos criterios le sirven, aplique el tipo que prevea la pena más grave. Y es que la «subsidiariedad» no es tanto un criterio como el resultado del concurso: es subsidiario el precepto que diga el legislador, o el general o el menos abarcativo, o el menos grave. Y a su vez estas reglas son concurrentes y se resuelven (determinan su principalidad o subsidiariedad) en el orden indicado.

Valgan estos apuntes precipitados [10] para ordenar las cláusulas específicas, que son ejercicio de subsidiariedad expresa [11], en atención a su razón material: especialidad, consunción y gravedad [12].

5. Así, tenemos en primer lugar cláusulas que parecen obedecer a razones de especialidad. Esto es claro por ejemplo en los supuestos en los que la agravación con pena de inhabilitación por sujeto «constituido en autoridad» en los delitos de rebelión y contra el orden público, que cede en los casos en que esté «específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate» (478 y 562 CP). Lo mismo sucede con los delitos contra la integridad moral acompañados de lesiones a otros bienes jurídicos, que darán lugar a un concurso de delitos («se castigarán separadamente») «excepto cuando aquel [el atentado a la integridad moral] ya se halle especialmente castigado por la ley» (177 CP).

La especialidad sirve siempre o casi siempre para agravar. Se parte de una regulación general que da un paso atrás ante supuestos en los que se especifica un rasgo agravatorio. Así sucede en los siguientes supuestos:

— en las amenazas leves y coacciones leves generales (arts. 171.7 y 172.3 CP) respecto a las amenazas leves y coacciones leves de género y domésticas (art. 171.4, 171.5 y 172.2 CP);

---

[10] Para el estudio del artículo 8 CP y en general del concurso de normas, vid. los trabajos de García Albero, R., «*Non bis in idem» material y concurso de leyes penales,* Barcelona, (Cedecs), 1995; Castello Nicas, N., *El concurso de normas penales*, Granada, (Comares), 1999; Escuchuri Aisa, E, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, Granada, (Comares), 2004; Palma Herrera, J. M., *Los actos copenados,* Madrid, (Dykinson), 2004; Matus Acuña, J. P., *El concurso aparente de leyes,* Santiago de Chile (Ediciones Jurídicas de Santiago), 2008.

[11] «El carácter preferente del tipo principal viene indicado por el propio legislador» (Sanz Morán, A., 2013, p. 213).

[12] Que no creo que se oponga al principio *in dubio pro reo*, como sostiene Rodríguez Ramos, L., 1999, pp. 342 ss., principio derivado del de presunción de inocencia y que tiene por objeto solo la determinación de los hechos.

— en los atentados contra la integridad moral de autoridad y funcionarios (art. 175 CP) respecto a las torturas (art. 174 CP);

— en los daños generales respecto a «los comprendidos en otros títulos de este Código» (art. 263.1. CP);

— en el traslado de residuos irregular conforme al Derecho de la Unión Europea (art. 326.2 CP) respecto al traslado agravado por su lesividad o peligrosidad (art. 326.2 CP);

— en el abandono del conductor del lugar del accidente (art. 382 bis CP) respecto a los tipos de omisión de socorro (art. 195 CP);

— en las irregularidades en el tratamiento de energía nuclear (art. 342 CP) respecto a su liberación con peligro para las personas (art. 341 CP);

— en la falsedad contable de autoridad o funcionario público (art. 433 bis 1 CP) respecto de la falsedades de los mismos en el ejercicio de sus funciones tipificadas en el artículo 390 CP;

— en el acceso de la autoridad o funcionario a documentos secretos (art. 415 CP) respecto a la destrucción de los medios de protección del acceso (art. 414.1 CP);

— en las calumnias e injurias a miembros de la Corona (art. 491.1 CP) respecto a la específicas en el ejercicio de sus funciones (art. 490.3 CP);

— en la resistencia y desobediencia grave (art. 556 CP) respecto al atentado (art. 550 CP);

— en el favorecimiento por parte de un sujeto español «del progreso de las armas enemigas» (art. 583.2.º CP) respecto al delito de tomar «las armas contra la Patria bajo banderas enemigas» (art. 583.1.º CP), preceptos ambos con la misma sanción.;

— en la no evitación de ciertos delitos contra la comunidad internacional del superior (art. 615 bis 4 CP) respecto del superior que es autoridad o jefe militar (615 bis 1 CP);

— en la no persecución de ciertos delitos contra la comunidad internacional por parte de autoridad y funcionario (art. 615 bis 6 CP) respecto a omisiones más graves (art. 615 bis 6 CP).

6. La segunda razón material por la que el policía legislativo da el alto expreso a algunos preceptos frente a otros concurrentes es la consunción.

Esto es lo que sucede con la puesta a disposición de bienes para cometer delitos de terrorismo, que dará paso a la «coautoría o complicidad» si son «empleados para la ejecución de actos terroristas concretos» (art. 576.2 CP). Y lo propio («coautoría o complicidad») pasará con la colaboración con delitos de terrorismo en forma de vigilancia o información cuando se produzca una

lesión de la vida, la integridad física la libertad o el patrimonio de las personas a las que se refiera aquella actividad (art. 577.1.p 3 CP).

7. La razón expresa más frecuente por la que el legislador advierte que debe aplicarse una norma de entre dos concurrentes es la gravedad de la pena: la equívocamente llamada «alternatividad», seleccionando para la denominación un rasgo que en cierto sentido es el presupuesto de la concurrencia.

Son muchos los casos en los que la aplicación de una norma se condiciona a la inexistencia de otra que prevea una pena más grave [13], casi siempre a través de la expresión «salvo que» y frecuentemente para resolver por esta vía posibles supuestos de especialidad cruzada, en los que cada precepto concurrente aporta una especificidad diferente. Este es el caso claro, creo, del homicidio (art. 485.2 CP) o detención (art. 487 CP) a miembros de la Corona, o de obstaculización de la libertad de los miembros del Gobierno reunidos en Consejo (art. 503.2 CP). Y considero que esto mismo es lo que sucede con las estafas de funcionarios (art. 438 CP), con la corrupción pública internacional (286 ter CP), que mira de reojo a la ampliación internacional del cohecho que provee el artículo 427 CP, o con la invasión de locales como delito de desórdenes públicos (art. 557 bis CP). O con el supuesto de negociaciones prohibidas a los administradores concursales, que está pensando en el ámbito de la administración desleal (440 CP) [14].

En cambio, aunque se invoque la mayor gravedad de la pena, parece que son razones de especialidad pura las que hacen que la contratación irregular reiterada de extranjeros (art. 311 bis CP) dé paso al mismo supuesto con determinados porcentajes de la plantilla (art. 311.3.º CP).

Sobre las razones o sinrazones por las que existen estas cláusulas, y por qué se omiten respecto a preceptos similares, me parece interesante reparar en un tipo tan genérico como las coacciones. El legislador no ve necesaria la especificación en el tipo general (art. 172 p. 1 CP) pero sí en la modalidad agravada porque tenga como objeto el ejercicio de un derecho fundamental, donde se advierte que este tipo agravado no se aplicará si «el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código» (172 p. 2 CP).

Con una técnica torpe y extraña, los nuevos artículos 180.1, p. 2 CP, y 181.5, p. 2 CP, se remiten al criterio de la gravedad como resolutivo del con-

[13] Frente a los casos en los que la regla hace ceder a un tipo penal frente a otro específico («autoexclusión específica»), Cuerda Riezu denomina a este tipo de cláusulas como de «autoexclusión general», Cuerda Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 233 ss.; también, Escuchuri Aisa, E., 2004, pp. 82, 172 ss.).

[14] El delito es más amplio, y abarca a peritos, árbitros, contadores partidores, tutores, curadores y albaceas, pero la cláusula concursal se incorporó en el 2015 con la incorporación de los administradores concursales.

curso de normas, para determinar que debe aplicarse el tipo agravado cuando la circunstancia agravante ya se «tuvo en consideración» para calificar la agresión sexual.

8. No siempre va a ser fácil distinguir la regla concursal, que supone un área de confluencia de las áreas de los tipos concurrentes, de la descripción de un precepto mediante la remisión a otro precepto para negar precisamente un elemento típico de este [15]. Es el caso del nuevo artículo 433 CP, que excluye del tipo de aplicación pública diferente del patrimonio público la conducta de la autoridad o funcionario público ya «comprendido en los artículos anteriores» de malversación.

No creo que sea el caso de los daños mediante incendio y puesta en peligro de la vida e integridad física de las personas, que el artículo 266.4. p. 2 CP saca de la regulación de los daños –que ya contemplaba ambos factores– y los lleva expresamente a otro enunciado legal: «será de aplicación lo dispuesto en el artículo 351». Tampoco es el supuesto del artículo 29 CP, que define a los cómplices con el rasgo negativo de que «no se hayan comprendidos en el artículo anterior». Me parece claro sin embargo que no es una cláusula concursal la del artículo 351 CP (delito de incendio con peligro), cuando advierte que la punición irá vía 266 CP si no hay peligro para la vida o la integridad física de las personas. Repárese que el incendio sin este peligro no forma parte del tipo de incendio.

9. El debate anterior viene muy de la mano del modo en el que se instrumentan semánticamente este tipo de cláusulas. Las fórmulas lingüísticas habituales son «no comprendidos en otros preceptos», «apreciarán tan solo», «fuera de los casos» y «salvo que». La referencia más habitual es a que los hechos o la conducta estén más gravemente penada en algún otro «precepto» del Código, desconociendo por cierto la tradicional descomposición de la norma en precepto y sanción [16]. En alguna ocasión la remisión no se basa en la pena, sino en que los hechos sean «constitutivos de un delito más grave». Y en una cláusula existe un recordatorio expreso del criterio de la gravedad del artículo 8.4.ª CP, un «no se olvide de la resolución de una concurrencia de normas *ex* gravedad»: en el caso de los autores de delitos de constitución o permanencia en grupos u organizaciones criminales (art. 570 quáter 2, p. 2.º CP).

En los artículos 492 CP (impedimento a las Cortes de nombramiento de Regente) y 499 CP (quiebra de la inviolabilidad de las Cortes) la expresión

[15] Al respecto, García Albero, R., 1995, p. 336.

[16] Es correcta la fórmula del artículo 602 CP: «salvo que el hecho tenga señalada pena más grave en otra Ley».

«sin perjuicio de la pena», habitual de los concursos de delitos [17], parece serlo de advertencia de un concurso de normas, pues es «sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles» bien «por la comisión de otras infracciones más graves» (492 CP), bien «si el hecho constituyera otro delito más grave» (499 CP) [18]. Carecería de sentido que hubiera concurso de delitos si el delito concurrente es más grave y no en otro caso. Creo que este es también el caso de quien tenga la custodia de un menor y no lo presente a sus padres si ello constituye un delito más grave (art. 223 CP) [19] o de quien lo abandone y ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera un delito más grave» (229.3 CP).

10. Finalizo el apartado con el comentario a un par de cláusulas que me han resultado singulares. Me parece curioso, en primer lugar, el caso de doble círculo de los artículos 253 y 254 CP. Es delito general «la apropiación de cosa mueble ajena», que cede «en los supuestos del artículo anterior» (la apropiación del legítimo poseedor), que a su vez cede en los casos «de pena más grave en otro precepto de este código». También me parece singular, en segundo lugar, el caso de la relación entre el artículo 305.3 CP (fraude fiscal a la UE) y el 306 CP (fraude de subvenciones a la UE), pues este, al incluir también cualquier elusión de pago, se convierte en un tipo general a partir de los 4.000 euros.

III. CLÁUSULAS RESOLUTIVAS DEL CONCURSO DE DELITOS

11. Para clasificar y exponer así ordenadamente las cláusulas específicas de resolución de los concursos de delitos opto por la siguiente tripartición. Un primer grupo de cláusulas lo son de resolución punitiva específica de un concurso ideal de delitos. El segundo y abundante grupo, que trataré de subclasificar en función de sus finalidades, lo constituyen enunciados que afirman la existencia de concurso de delitos frente a la tentación del concurso de normas. Aíslo del mismo un tercer grupo de reglas obediente a la idea de negar la consunción del delito consumado respecto de delitos que tipifican fases previas.

---

[17] Sobre la ambigüedad de esta expresión, vid. Serrano González de Murillo, J. L., 2017, p. 141.

[18] Y es que, como señala Escuchuri Aisa, E., 2004, p. 83, resulta «preferible no identificar automáticamente estas cláusulas con una concreta relación concursal». Afirma Sanz Morán, A., 2013, p. 216, que algunas formulaciones vagas pueden responder a un advertencia del legislador «de la posible (por frecuente) concurrencia del delito en cuestión con otros, dejando al intérprete la decisión sobre si, en tal supuesto, se aplica sólo uno o todos los concurrentes».

[19] Así, Díez Ripollés, J. L., «Sección 1.ª del capítulo III «, en Díez Ripollés, J. L. / Romeo Casabona, C. M., (Coords.), *Comentarios II al Código Penal. Parte especial. Vol. II*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2004, pp. 1.166 ss.

Comienzo por este último, no sin antes realizar un *caveat* definicional. No considero que estemos en rigor ante una regla de regulación de un concurso de delitos en aquellos casos en los que un delito agrava su pena si tiene determinada relación real o pretendida con otro, pero sin determinación de cómo proceder en relación con la concurrencia final resultante. Me refiero a los casos de homicidio (art. 138 2.a CP), o de asesinato «para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra» (art. 139.1.4.ª CP) o cuando «el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima» (art. 140.1.2.ª CP), o de detención ilegal o secuestro sin dar razón del paradero de la persona detenida «con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad» (art. 166.2.b CP), o de falsificación documental para presentar engañosamente medicamentos o productos sanitarios o para alterarlos (art. 362 ter CP). Y en la medida en la que no estén configurando con claridad una figura compleja, me parece discutible que constituyan cláusulas concursales los tipos que para configurar una modalidad agravada incorporan sin más todos o parte de los elementos de otro tipo penal, no resolviendo sino en realidad planteando un problema concursal [20]. Me refiero ahora, por ejemplo, al asesinato «cometido por quien pertenece a un grupo u organización criminal» (art. 140.1.3.ª CP) o a los tipos que agravan delitos de violencia de género por quebrantamiento previo de penas, medidas cautelares o medidas de seguridad (arts. 153.3 CP, 171.1.5 CP, 172.2 CP y 173.3 CP) [21]. Se discute si el impreciso asesinato hiperagravado «por la muerte de más de dos personas» constituye una agravación del asesinato por su relación con otros homicidios o una regla concursal que resuelve esta concurrencia [22].

A. **Negar la consunción**

12. Una de las cláusulas específicas más controvertidas [23] es la que en los delitos contra la seguridad vial impone la regla de la pena más grave en su mitad superior en determinados supuestos de peligro más lesión (382 CP), cosa que venía ya haciendo la jurisprudencia en materia de seguridad en el

[20] Esto no es lo que sucede en el 514.3 CP, que agrava los delitos violentos cometidos «con ocasión de una reunión o manifestación».

[21] De otro parecer, Sánchez Ostiz, P., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24 – 24, 2022, pp. 9 ss.

[22] *Vid.* al respecto Peñaranda Ramos, E., «Asesinato», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Penal 2023*, Madrid (Francis Lefebvre), 2022, pp. 867 ss., nm 7.117.

[23] Objeto de «crítica casi generalizada» (Sanz Moran, 2013, p. 222).

trabajo (arts. 316 y 317 CP)[24], pero solo cuando eran varios los trabajadores puestos en peligro. La controversia más clara de justicia radica, como he apuntado ya, en el caso de que solo haya resultado puesto en peligro concreto la persona que resulta lesionada, dado que parece este un claro caso de concurso de normas por consunción so pena de *bis in idem*[25].

A esta vulneración conduce la cláusula que señala que, en caso de agresiones sexuales haciendo «uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código», la agravación debe imponerse «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis» (art. 180.1.6.ª CP). Y, siguiendo la yincana, este artículo reza: «Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen». Repárese en que la peligrosidad del medio comisivo se desvalora dos veces: como agravante de la agresión sexual y en su concreción en la muerte o las lesiones[26]. Resulta llamativo que no se haya reparado en este efecto de desproporción punitiva en la reciente reforma de estos delitos (LO 10/2022).

13. Encontramos reglas similares en cuanto a la negación de la consunción en otros casos. La misma regla del artículo 382 CP la encontramos en el delito de peligro por emisión de radiaciones ionizantes (art. 343.2 CP), diferente a la del delito de estragos, que exige el castigo de los hechos «separadamente» (art. 346.3 CP). En el delito de ciberacoso sexual de menores, en segundo lugar, la pena se impondrá «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos» (art. 183.1 CP). Y similar es la regla para el delito de solicitud sexual por parte de funcionarios (art. 444 CP). Lo mismo sucede, creo, en tercer lugar, con la publicidad falsa y peligrosa para los con-

[24] Al respecto, *vid.* Lascuraín Sánchez, J. A., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Molina Fernández, F.(Coord.), *Memento Penal 2023*, Madrid (Francis Lefebvre), 2022, p. 1.589, nm. 13.222.

[25] Molina Fernández, F., «Delitos contra la seguridad vial», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento Penal 2023*, Madrid (Francis Lefebvre), 2022, p. 842, nn.mm. 15.964, 15.968: se trataría de «una solución que es adecuada en algunos casos, pero marcadamente incorrecta en otros. […] La solución actual es inadecuada, e infringe el principio *non bis in idem*, en aquellos casos en los que el delito más grave es el de resultado –como, por ejemplo, un homicidio con imprudencia grave–, y el desvalor de la conducción peligrosa se haya agotado por completo en el resultado concreto». También, Serrano González de Murillo, J. L., 2017, p. 145.

[26] Así, Díez Ripollés, J. L., 2004, pp. 371, 373, quien propone interpretar esta cláusula «profundamente perturbadora» en el sentido de que constituye «una regla de concurso de leyes por alternatividad», para evitar que la simple inaplicación de la agravación en caso de muerte y lesiones depare que en algunos casos pudiera ser menor la pena la agresión sexual con lesión o muerte (concurso ideal de delitos) que la agresión sexual con peligro de estos resultados por el uso de armas u otros medios peligrosos. También, Serrano González de Murillo, J. L., 2017, p. 146.

sumidores (art. 282 CP). Más reglas de negación de una posible consunción las encontramos, en fin, en los delitos de guerra: en caso de métodos de combate prohibidos o peligrosos (arts. 610, 611 y 612 CP). Los delitos se castigan, de nuevo, «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos».

B. **Reglas específicas para el concurso ideal**

14. Atención especial requieren las reglas de los artículos 142 bis y 152 bis y que, si no me equivoco, no son sino reglas específicas de tratamiento del concurso ideal de homicidios y lesiones imprudentes. También es una regla específica de tratamiento de un concurso ideal la que cataloga como homicidio agravado (nada menos que con pena superior en grado) el que concurre con atentado, cosa que, como ya he indicado, no sucede ni con el asesinato ni con las lesiones (art. 138.2.b CP).

C. **Reglas de afirmación del concurso de delitos vs. concurso de normas**

15. La gran mayoría de las reglas concursales pretenden remarcar que el desvalor de determinadas conductas solo se capta adecuadamente si se aplican varios delitos. Las razones son diversas.

La más frecuente es la de que el desvalor de acción, la intensidad del medio comisivo, no queda captada por el delito de resultado de que se trate. Las fórmulas más claras al respecto son las que hacen referencia a la pena por los actos instrumentales realizados: de violencia física (en el robo –art. 242.1 CP–, la extorsión –art. 243 CP– y la usurpación –art. 245.1 CP–); de fuerza o violencia (art. 616 *quater* 2 y 3: piratería); de «lesiones, amenazas, coacciones o daños» (art. 557.6 CP: desórdenes públicos; de violencia, amenaza o engaño (art. 284.1.1.º CP: contra la competencia; art. 616 ter CO: piratería); o de «apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos» (art. 278 CP: secretos de empresa).

En otros casos las fórmulas son más amplias, refiriéndose en general a la comisión de delitos (el nuevo delito de acoso del artículo 172 *quater* CP, los acuerdos societarios lesivos con mayoría ficticia del artículo 292 CP o los tipos agravados de delito medioambiental del 327 CP), con ejemplificación en algún caso (art. 576.3 CP, en colaboración con terrorismo: «atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito»), o con una relación muy amplia de los mismos:

«cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes», en el delito de represalia a testigos y peritos del 464.2 CP.

16. Dos apuntes más y un comentario respecto a las cláusulas concursales destinadas a la punición de los medios con los que se comete otro delito. El primero es la singularidad del delito de cohecho en el que la cláusula se prevé en el delito medio (el cohecho: art. 419 CP) respecto al delito fin (normalmente, prevaricación). El segundo es el de que la idea de la punición del delito medio se acentúa en la regulación del desistimiento en la tentativa (art. 16.2 y 3 CP).

El comentario se refiere a que no está claro el porqué de la inclusión de estas cláusulas específicas en algunos casos y en otros no [27]. Ejemplificativo de esta arbitrariedad legislativa es que las represalias violentas a peritos o testigos se castiguen «sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos», pero tal cosa se olvide –o no se considera necesario recordar– en el primer apartado del mismo artículo, para la violencia que trata de influir *ex ante* en los mismos (art 464 CP) [28].

17. Existe un segundo grupo de comportamientos delictivos en los que su desvalor solo se capta adecuadamente si se tiene en cuenta el estado de cosas al que conduce la reiteración de agresiones o la inserción de las mismas en un determinado contexto opresivo. Con los matices que haya menester, creo que esto es lo que sucede con el hostigamiento del 172 ter 3 CP, o con los malos tratos habituales de género y domésticos (art. 173.2 CP) [29], o con las torturas y en general con los delitos contra la integridad moral (art. 177 CP; y también como delitos de lesa humanidad –art. 607 bis 1. 8.º CP–) o con las agresiones sexuales en los delitos de prostitución (arts. 187.3 y 188.5 CP).

18. Un grupo final, tercero, de cláusulas concursales específicas obedece a subrayar un segundo fundamento de desvalor de una conducta, en casos que parecerían a priori estar destinados al concurso ideal. Es el supuesto, por

---

[27] Al respecto, Serrano González de Murillo, J. L., 2017, p. 144.

[28] O, como subraya Serrano González de Murillo (*ibid.,* p. 144), para la misma conducta en la Corte Penal Internacional.

[29] Como afirma la STC 77/2010, de 19 de octubre, para negar el reproche de inconstitucionalidad por *bis in idem*, «la realidad que el tipo penal pretende aprehender no es la mera acumulación o sucesión de actos violentos, sino –tal como viene asumiendo la doctrina y la jurisprudencia– la existencia de un clima de sometimiento y humillación hacia los integrantes del entorno familiar. Así, puede decirse que el elemento típico de la habitualidad incorpora un componente añadido de lesividad que trasciende el que se derivaría de la suma de los actos aislados de violencia, en tanto en cuanto la continuidad en el trato violento hacia uno o varios de los miembros del grupo familiar comporta un elemento diferencial que se puede cifrar en el menoscabo de la seguridad y libertad tanto de la víctima o víctimas directas de los actos violentos como, en su caso, de los demás integrantes del grupo familiar, que quedan igualmente afectados por esa atmósfera de sometimiento y continua vejación» (FJ 5).

ejemplo, del delito de trata, que especifica que no perjudica a la pena por inmigración ilegal (art. 177 bis 9 CP). Es también el caso del marisqueo irregular del artículo 335.2 CP, también punible en su caso como pesca prohibida. A este fundamento parece también responder la advertencia del artículo 350 CP de que las penas por construcciones irregulares con concreto peligro para las personas o el medio ambiente se impondrán «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316» (delito doloso contra la seguridad de los trabajadore que va de la mano del ahora olvidado tipo imprudente del artículo 317 CP). O el caso de los delitos particulares cometidos por un rebelde (art. 481 CP). O el supuesto de la promoción de una manifestación ya prohibida en la que se dé otro delito de manifestación (como, por ejemplo, el de portar armas en la misma) (art. 514.5 CP). O los casos de registro irregular de domicilio en los que concurra apropiación de efectos (art. 534.1 p. 2 CP). O el forzar embarazos como delito de lesa humanidad, para modificar la composición étnica de una población, en relación con delitos contra la libertad sexual o de manipulación genética (art. 607 bis 2.5.º CP). O la esclavitud, que es un delito solo tipificado como de lesa humanidad y en el que se advierte que «se aplicará sin perjuicio de las [penas] que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas» (art. 607 bis 2.10.º CP). O, en fin, los malos tratos a población protegida en un conflicto armado (art. 609 CP).

19. Desde el punto de vista formal estas relaciones concursales se expresan con la locución «sin perjuicio de la pena». Creo que esta fórmula, que solo dice que hay que añadir otra pena, no prejuzga el modo de composición de la pena: no aboca a la suma de las penas propia del concurso real.

Abona esta tesis el que en ocasiones el legislador sí parece aspirar a esa suma con la expresión «separadamente» o «además de» (245.1 CP), en realidad tampoco inequívocamente expresivas de la suma [30]. Llama la atención, por ejemplo, que en materia de torturas se emplee el «separadamente» en el artículo 177 CP y el mero «sin perjuicio de» en la tortura de lesa humanidad (art. 607 bis 1 8.º CP) [31]. O que en la *dichosa* cláusula peligro-lesión se acuda a la fórmula del delito más grave en su mitad superior en materia de tráfico rodado (art. 382 CP) y al «separadamente» en el delito de estragos (art. 346.3 CP).

20. Concluyo esta segunda parte de mi artículo con la mención de dos cláusulas llamativas. Una porque tiene de todo y otra porque no tiene nada.

[30] Así, respecto a la primera expresión, Sánchez Ostiz, P., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24 – 24, 2022, p. 28.

[31] Que no deja de ser algo críptico frente al exhaustivo pariente del artículo 177 CP: «sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima».

Tiene todo la de la trata (art. 177 bis 9 CP), que se refiere a los delitos medio, a los delitos pretendidos con la trata (lo que reafirma para el tráfico de órganos el artículo 156 bis 9 CP) y a la perspectiva del 318 bis CP. Y no tiene nada la absurda cláusula del artículo 282 bis CP, que afirma que la pena por fraude de inversores se impondrá sin perjuicio de la de fraude de subvenciones, conducta que nada tiene que ver con la primera [32].

IV. CONCLUSIÓN

21. Después de tanta cláusula específica, que merecería cada una un estudio particularizado, no tengo conclusiones, sino intuiciones. Tengo la sensación de que casi ninguna de estas reglas es necesaria frente a lo que depararía la aplicación de las cláusulas generales y que su profusión produce, en general, más confusión que la claridad que se pretende y, en algún caso, respuestas injustificadamente no uniformes y soluciones dudosamente constitucionales.

Así, las reglas de concurrencia de normas no son sino concreciones, a veces aleatorias en cuanto a su selección, de las reglas generales de especialidad, consunción o gravedad. Y en cuanto a las cláusulas de concursos de delitos no veo su necesidad en los casos de delitos medio, o de contextos delictivos especialmente disvaliosos, o de diferentes perspectivas de desvalor de algunas conductas. Solo me parece adecuada la intervención legislativa específica en aquellos casos en los que el legislador considera que la combinación de más de un delito merece menor o mayor pena de la que demarcan las reglas generales [33], lo que sucede solo en contadas ocasiones, según el detallado estudio de Sánchez-Ostiz [34].

Creo, en fin, que sería más fructífera la reflexión dogmática serena a partir de las reglas generales [35]. Que aquí tiene más futuro la dogmática pe-

---

[32] Vid. Nieto Martín, A., «Protección penal de la competencia y del mercado de valores», en AA. VV., *Derecho Penal económico y de la empresa,* Madrid, (Dykinson), 2018, p. 406.

[33] Una de las razones para el recurso a las cláusulas concursales de compatibilidad la encuentra Sánchez-Ostiz en la «voluntad de intensificar el recurso al Derecho penal para sancionar más y más gravemente» (Sánchez Ostiz, P., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24 – 24, 2022, p. 8). Influye en ella «la importancia de los bienes protegidos, unida a la gravedad de la conducta» (*ibid.,* p. 17). También, el deseo de «intensificar políticas de tutela de nuevos bienes, o con nuevas sensibilidades hacia bienes ya conocidos» (*ibid.,* p. 22).

[34] En 14 ocasiones Sánchez Ostiz, *ibid.,* p. 39.

[35] Así ya García Albero, R., 1995, p. 339, subrayaba «el efecto distorsionador de tal técnica legislativa» y abogaba por «suprimir tales cláusulas, dejando al intérprete la tarea de discernir entre el concurso ideal, el real y el concurso aparente con los instrumentos habituales». En sentido similar, Sanz Morán, A.,

nal. Dicho con Gimbernat, hará «posible, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal»: hará «posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación» [36], que es lo que demuestra el legislador con la introducción de algunas cláusulas específicas. En todo esto está en juego en realidad el reparto de competencias penales entre juez y legislador. La reivindicación democrática del legislador no pasa por la regulación *ad casum*, sino por la previsión de reglas sin excesivo margen de arbitrariedad para el juez y por dejar a partir de ello que el juez haga lo que tiene que hacer en un Estado democrático: aplicar la ley *ad casum* [37].

2013, p. 225, concluye que «habría que reducir al mínimo imprescindible las numerosas cláusulas concursales contenidas en la parte especial del Código, 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». *Vid.* también, Sanz Morán, A., *Sobre el "arte de contar delitos". Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales»,* Valladolid, (Real Academia de Legislación y Jurisprudencia), 2019, p. 12.

[36] Gimbernat Ordeig, E, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, 3.ª ed., Madrid (Tecnos), 1990, p. 158.

[37] Muy radical resulta la crítica de Serrano González de Murillo, J. L., 2017, quien afirma que se produce una «extralimitación de la labor legislativa» (p. 132) y que una vez que el legislador ha enumerado e individualizado los distintos tipos de supuestos de hecho prohibidos «ya no le son disponibles y pierde el control sobre ellos» (p. 133). Su función ha terminado y «ni le corresponde aclarar tales valoraciones, ni mucho menos puede apartarse de lo que se desprende de sus propios términos en la descripción de los tipos» (p. 135). «Al imponer reglas expresas […] suplanta la misión de la ciencia jurídica, de la jurisprudencia: el poder legislativo incurre en usurpación de funciones judiciales» (p. 136). En conclusión, «[e]l legislador, una vez que ha definido las distintas figuras delictivas y ha delimitado su alcance, no es competente luego para decidir qué tipo de relación existe entre ellas, puesto que tal cometido forma parte de la aplicación del Derecho, no de su creación» (p. 147).

Comparto la inoportunidad de la mayor parte de estas intervenciones legislativas, aunque creo que su imposibilidad, su ilegitimidad, difícilmente predicable de la actuación legislativa, solo procede de la vulneración del marco constitucional: de la infracción de los principios de igualdad y de proporcionalidad y, dentro de este, de la prohibición de *bis in idem*.

EL CONCURSO IDEAL: FUNCIÓN, ESTRUCTURA Y LÍMITES

Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del «dolo alternativo»

Juan Pablo Mañalich R. *

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué explica que una regulación legal como la chilena prevea un régimen penológico diferenciado para el llamado «concurso ideal»? Parece claro que la explicación tendría que ser distintivamente sensible a la estructura de la relación en la cual han de encontrarse los dos o más hechos punibles idealmente concurrentes. Esa estructura es la especificada por la noción (técnica) de *unidad de hecho*. En la discusión doctrinal más reciente, la determinación de cómo debería ser entendida semejante relación de concurrencia ha visto enfrentadas propuestas de diversa índole, entre las cuales destacan las presentadas por Maldonado, Rojas y Van Weezel. Mientras que Maldonado hace descansar la existencia de una unidad de hecho en la simultaneidad de las realizaciones del tipo o de los tipos en cuestión [1], Van Weezel apela al criterio de una «identidad de efecto» [2], en tanto que Rojas defiende una solución que combina una multi-

* Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER.

[1] Maldonado, F., «Unidad de hecho en el concurso ideal», en Acevedo, N., Collado, R. y Mañalich, J. P. (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago (Thomson Reuters), 2020, pp. 393 ss., 404 ss.

[2] Van Weezel, Á., «Unidad de hecho concursal», en Maldonado, F. (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 301 ss., 314 ss.

plicidad de criterios consistentes, entre otros, en la continuidad temporal, la identidad situacional y la unidad motivacional que pudiera vincular a los dos o más delitos concurrentes [3].

El primer propósito de la presente contribución es ofrecer una defensa del criterio de la «evitabilidad conjunta» [4], dando cuenta de su superioridad explicativa frente a las propuestas recién mencionadas. Ello pasa, crucialmente, por mostrar cómo ese criterio hace posible explicar el sometimiento del concurso ideal a un régimen penológico menos severo que los previstos para el concurso real [5], haciendo reconocible la imbricación del injusto subjetivo de los hechos punibles que, de acuerdo con ese mismo criterio, concurran «idealmente». Y tal como también habrá de mostrarse, ello contribuye a explicar por qué el mismo régimen penológico se encuentra previsto para el concurso medial, a pesar de la diferente estructura de la relación en la cual, en los casos de esta última constelación, han de encontrarse los dos o más delitos concurrentes.

A partir de la clarificación de la estructura propia de un concurso ideal, en congruencia con su función como factor de determinación de la pena, es posible plantear la pregunta por sus límites, que admiten ser clasificados como «internos» o «externos». Estos últimos se reconducen al principio *ne bis in idem*, el cual sirve como base para el posible desconocimiento penológico del respectivo concurso como «aparente». Como límites internos, en cambio, vienen en consideración constreñimientos impuestos por la específica fisonomía de una relación de unidad de hecho. Ello se expresa en que dos o más hechos revestidos de significación delictiva que, aisladamente considerados, serían imputables a una misma persona no puedan serle *conjuntamente* imputados, en la forma de un concurso ideal. Esto es lo distintivo de los casos en referencia a los cuales se emplea la (desafortunada) expresión «dolo alternativo», cuyo análisis puede contribuir a dilucidar, ulteriormente, los presupuestos inmanentes a la configuración de un concurso ideal.

---

[3] Rojas, L. E., «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», en Maldonado, F. (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 273 ss., 291 ss.

[4] Cuya formulación original se encuentra en Kindhäuser, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH NJW 1984, 1568», *Juristische Schulung*, 1985, pp. 100 ss., 104 s.; este trabajo ha sido republicado en Kindhäuser, U., *Analytische Strafrechtswissenschaft*, Baden-Baden (Nomos), 2021, tomo 2, pp. 1317 ss. Véase también Mañalich, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Santiago (Thomson Reuters), 2018, pp. 83 ss.

[5] Bajo el derecho chileno, los regímenes de penalidad aplicables al concurso real consisten en las dos formas de acumulación jurídica –a su vez, consistentes en la exasperación de una pena global, por un lado, y en la exasperación de la pena correspondiente al hecho punible más grave, por otro– respectivamente establecidas en los incisos 1.º y 2.º del artículo 351 del Código Procesal Penal («CPP»), siempre que el injusto de los dos o más delitos concurrentes radique en el menoscabo de un mismo bien jurídico; así como en la solución de la acumulación material prevista, por defecto, en el artículo 74 del Código Penal («CP»).

II. «UNIDAD DE HECHO» COMO EVITABILIDAD CONJUNTA

1. **La noción de unidad de hecho**

Según ya se anticipara, dos o más hechos punibles concurren en la forma de un concurso *ideal* si entre ellos se da una relación de *unidad de hecho*. En los términos del artículo 75 del CP, se trata de que «un solo hecho constituya dos o más delitos». Contra lo sugerido por Van Weezel [6], la noción de unidad de hecho es, así, exclusivamente pertinente para caracterizar la relación de concurrencia que es propia de un concurso ideal, sin que ella admita ser confundida con la noción de una «unidad de delito» [7].

La existencia de una situación de unidad de hecho –esto es, de *Tateinheit*, en los términos del § 52 del StGB– presupone la existencia de una pluralidad de hechos punibles imputables a una misma persona y susceptibles de ser conjuntamente juzgados. Pues de esto depende que ello dé lugar a que la persona en cuestión sea condenada por la totalidad de los delitos idealmente concurrentes. De ahí que no sea asumible la afirmación de Van Weezel en cuanto a que, en el contexto del artículo 75 del CP, por «delito» no habría que entender lo que su artículo 1.º define como «delito» –esto es: un hecho punible–, sino una mera «descripción típica» [8].

Aun purgando el error categorial implicado en la sugerencia de que, en los términos del artículo 75, por «dos o más delitos» habría que entender dos o más «descripciones típicas» y no, más bien, la *realización* de dos o más «descripciones típicas», es claro que la proposición así enunciada es doblemente problemática. Por un lado, identificar los dos o más delitos recíprocamente vinculados en la forma de una unidad de hecho con la realización de dos o más tipos diferentes supone desconocer la posibilidad de que el respectivo concurso asuma la forma de un concurso ideal *homogéneo*, esto es, un concurso entre dos o más realizaciones de un mismo tipo [9]. Por otro lado, la mera realización de una «descripción típica» no logra constituirse como un título de condena, siendo necesario, antes bien, que su realización antijurídica resulte

---

[6] Véase Van Weezel, 2021, pp. 303 s., según quien en un caso en el que «con un solo disparo se mata a varios» habría que sancionar, reconociendo una unidad de hecho, «como si se tratara de un solo delito».

[7] Claramente al respecto, Maldonado, F., «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, núm. 3, 2020, pp. 733 ss., 746 ss. Acerca del diferente significado atribuible al término «hecho» en los contextos de la expresión «hecho punible» y de la frase «unidad de hecho», Mañalich, 2018, pp. 80 ss., 83 s.

[8] Así, Van Weezel, 2021, p. 303.

[9] Al respecto, *infra*, II.4.

imputable a la persona en cuestión [10], satisfaciendo las ulteriores condiciones de punibilidad eventualmente formuladas en el nivel de la correspondiente norma de sanción.

En tal medida, que dos o más «delitos» se encuentren en una relación de unidad de hecho equivale, según ya se sugiriera, a que dos o más hechos punibles se encuentren en semejante relación. Y de ahí también que, *pace* Van Weezel [11], la expresión «unidad de hecho concursal» sea pleonástica, y con ello dogmáticamente inadecuada. Pues, en la medida en que el tribunal competente constate la existencia de un concurso ideal, lo procedente será que en su sentencia formule tantas condenas como sean los hechos punibles idealmente concurrentes. En esto consiste la *función de clarificación* que, mínimamente, se atribuye al reconocimiento de un concurso ideal [12], con independencia de cuál sea el régimen penológico al que aquel quede sometido bajo el sistema jurídico de referencia [13]. Lo crucial es que ese régimen de penalidad sea *ceteris paribus* menos severo que los regímenes previstos para un concurso entre dos o más delitos que no se encuentren en semejante relación, sino en una de concurso real.

Pero entonces, la pregunta fundamental pasa a ser esta: ¿qué determina que dos o más delitos se encuentren en una relación de unidad de hecho, y así de concurso ideal, de manera tal que se vuelva explicable la aplicabilidad del correspondiente régimen penológico comparativamente menos severo? Según lo ya sugerido, la respuesta aquí ofrecida apuntará a la *imbricación del injusto subjetivo* de los dos o más hechos punibles idealmente concurrentes como el factor determinante para ello.

Es importante advertir, sin embargo, que con ello solamente se persigue identificar una base racional que *explique*, aunque no necesariamente *justifique*, la decisión legislativa a favor de semejante diferenciación penológica. En efecto, la adopción de un régimen punitivo comparativamente menos severo para los casos de concurso ideal es una determinación que el legislador *puede* hacer suya, pero que de ningún modo está obligado –bajo estándares de dere-

[10] Para simplificar el discurso, en lo que sigue se dejarán fuera de consideración las particularidades que una tentativa (*lato sensu*) exhibe en cuanto posible título de punibilidad.

[11] Véase Van Weezel, 2021, p. 312.

[12] Véase Kindhäuser, 2021, pp. 1345 ss.

[13] Mientras que el § 52 del StGB asocia el concurso ideal a un régimen de absorción, resultante en la imposición de la pena más severa de las previstas para los múltiples hechos punibles concurrentes, no pudiendo ella ser impuesta por debajo del umbral mínimo de la o las penas no impuestas, el apartado 1.º del artículo 77 del CP español lo somete a un régimen de absorción agravada, consistente en que «la pena prevista para la infracción más grave» sea impuesta en su mitad superior. Sobre las particularidades del régimen de absorción agravada (o «asperación») establecido en el artículo 75 del CP chileno, véase *infra*, II.4.

cho supralegal– a hacer suya. Y en la medida en que el respectivo concurso ideal no haya de ser penológicamente desconocido en la forma de un concurso aparente [14], la respuesta a la pregunta (*de lege ferenda*) acerca de cuál debería ser el régimen penológico aplicable a su respecto no puede encontrarse en el principio *ne bis idem* [15]. Pues se trata aquí de una determinación legislativa, siendo el caso que la llamada «prohibición de punición múltiple» no es vinculante para el legislador [16].

Para desentrañar la estructura definitoria de una relación de unidad de hecho, es fundamental notar que lo que tematizamos como un hecho punible se corresponde con una entidad que se distingue por ser *intensional*, esto es: «relativa a la descripción» [17]. Pues lo que puede ser individuado como un (único) hecho punible consiste en una (única) realización de la descripción abstracta que identificamos con el correspondiente tipo. Piénsese en un caso en el cual, a través de un solo disparo de un arma de fuego que impacta en el cuerpo de una mujer embarazada, resultante tanto en la muerte de esta como en la muerte del feto anidado en su útero, se ven realizados el tipo del homicidio y el tipo del aborto. Aquí se configurarían, *ceteris paribus*, dos hechos punibles diferentes. Por ende, para que tenga sentido decir que esos dos hechos punibles se encontrarían en una relación de unidad de hecho, esta última noción no puede ser tomada, en ese mismo sentido, como intensional.

Así, y en consideración a que un concurso ideal puede asumir, indudablemente, la forma de un concurso *heterogéneo* [18], es claro que la existencia de una unidad de hecho no puede quedar indexada a la satisfacción aislada de un único tipo. Esto, porque la unidad de hecho tendrá que ser reconocible, en tal caso, *a través* de los dos o más tipos realizados. Con ello, el criterio de reconocimiento de una unidad de hecho no puede ser intensional, tal como lo es, por contraste, el criterio de identidad que necesita satisfacerse para que estemos en presencia de un único hecho punible.

Pero nótese que, precisamente tratándose de un concurso ideal heterogéneo, la correspondiente unidad de hecho tampoco puede quedar disociada de la realización conjunta de los dos o más tipos que se han visto (imputablemente) realizados, a pesar de que ella no admita ser identificada con la realización aislada de alguno cualquiera de los tipos en cuestión. Lo anterior quiere decir

---

[14] *Infra*, IV.1.

[15] Así, empero, Rojas, 2021, pp. 279 ss.

[16] Más detalladamente sobre esto, Mañalich, 2018, pp. 71 s.

[17] Fundamental, Puppe, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlín (Duncker & Humblot), 1979, pp. 231 ss., 302 ss.

[18] Acerca de la controversia doctrinal referida a la admisibilidad dogmática de la categoría de un concurso ideal homogéneo, *infra*, II.4.

que el criterio de reconocimiento de una unidad de hecho necesita poder ser caracterizado como *débilmente* extensional [19]. Y esto tendría que volver claro por qué la noción de «unidad de acción» no es apta para servir de base al concepto de unidad de hecho. Pues lo que puede ser identificado como una unidad de acción es estrictamente relativo al tipo de cuya realización se trate [20], lo cual –dicho sea de paso– vuelve preferible hablar, más bien, de una «unidad de realización» del tipo correspondiente.

2. **Criterios de reconocimiento de una unidad de hecho**

De acuerdo con lo explicado hasta aquí, el desafío dogmático consiste en perfilar un criterio de reconocimiento de una unidad de hecho que sea específicamente sensible a la razón por la cual la regulación legal somete el concurso ideal a un régimen penológico comparativamente menos severo que los aplicables en casos de concurso real. Bajo esta condición de adecuación dogmática, el recurso a una «identidad de efecto material», sugerido por Van Weezel [21], no puede estimarse satisfactorio. En su presentación del criterio, él echa mano a la noción de un «único efecto en el mundo». A pesar de que esta no recibe una definición unívoca de su parte [22], Van Weezel parece inclinarse por tomar el término «efecto» como designativo, en este contexto, de un «cambio introducido en las propiedades [estáticas] de un objeto» [23]. El cambio en cuestión podría, pero no necesitaría, corresponderse con un resultado revestido de relevancia típica [24]. La inadecuación del criterio así propuesto queda de manifiesto en las dificultades que enfrenta su aplicación en algunas de las constelaciones que Van Weezel nos propone como banco de pruebas.

---

[19] Así, Mañalich, 2018, pp. 83 s.

[20] Véase Maldonado, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, núm. 3, 2020, pp. 742 ss.

[21] Van Weezel, 2021, pp. 314 ss., 318 ss.

[22] Incidentalmente, Van Weezel, 2021, pp. 313 s., sugiere que la noción de efecto en el mundo sería equivalente a lo que Hegel entiende por «hecho», invocando lo dicho en el § 115 de sus *Grundlinien*. Esto pasa por alto que allí Hegel observa que, en sus términos, el hecho «pone» *(setzt)* la modificación en el respectivo «objeto exterior», lo cual de ninguna manera equivale a que el hecho *sea* esa modificación; véase Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Fráncfort del Meno (Suhrkamp), 1986, § 115. En tal medida, el hecho no es un efecto, sino algo que *tiene* un efecto. Fundamental al respecto, Quante, M., *Hegels Begriff der Handlung*, Stuttgart-Bad Cannstatt (Frommann-Holzboog), 1993, pp. 145 ss., 150 ss., quien muestra cómo la posible confusión se disipa una vez que es detectada la ambigüedad proceso/producto que afecta al término «modificación» *(Veränderung)*.

[23] Van Weezel, 2021, p. 314, con nota 29.

[24] Van Weezel, 2021, p. 317, donde se ofrecen ejemplos de efectos que no serían constitutivos de resultados en sentido técnico, algunos de los cuales hacen reconocible que por «resultado» Van Weezel parece entender, únicamente, un resultado de lesión para el respectivo bien jurídico.

Piénsese, por ejemplo, en los casos tradicionalmente etiquetados como de «homicidio preterintencional», que involucran la concurrencia de un delito doloso de lesión corporal y un homicidio imprudente perpetrados a través del despliegue de un mismo comportamiento contra una única víctima [25]. En la medida en que la muerte de la víctima se corresponda aquí con la intensificación del «efecto» constitutivo del resultado de lesión corporal, según Van Weezel habría que postular un «único efecto en el mundo» [26], y con ello afirmar la existencia de un concurso ideal. Pero que esta última conclusión sea enteramente correcta no convierte en exitoso el argumento que pretende sustentarla.

Es obvio que la muerte de una persona puede corresponderse con el desenlace de una afectación de su salud corporal. Pero esto de ningún modo obsta a que, en cuanto cambio operado en el organismo de esa persona, esa muerte sea un *evento* numéricamente distinto del evento consistente en el (previo) resultado de lesión corporal, sin que esa misma muerte admita ser confundida con el *proceso* de agravamiento de la salud corporal de la víctima que pudiera haber conducido a ella [27]. Esto sugiere que, de acuerdo con el criterio de la «identidad del efecto», lo consistente sería negar que entre los delitos de lesión corporal y de homicidio se dé una unidad de hecho. *Ergo*, para arribar a la solución del concurso ideal en tal caso es necesario abandonar el criterio de la identidad del efecto.

Una dificultad similar aqueja a la propuesta de Rojas. Según este, la existencia de una unidad de hecho tendría que hacerse descansar en que el agente logre «elaborar para sí el suceso como una unidad», lo cual dependería de la satisfacción «de criterios tales como la continuidad *temporal*, la identidad de la *situación* y la unidad de *decisión*, además de otros criterios valorativos del injusto causado o intentado» [28]. El carácter abierto del catálogo de *topoi* así enunciado vuelve inciertas las soluciones que puedan obtenerse de su aplicación. Y a ello se añade que la pertinencia o impertinencia de esos mismos *topoi* dependerá, variablemente, de la fisonomía de los hechos punibles de cuya concurrencia se trate. Rojas sostiene que no habría inconveniente alguno, verbigracia, en afirmar la existencia de una unidad de hecho, por «unidad de decisión», tratándose de la perpetración de una tentativa de homicidio y de un homicidio imprudente en un caso de aquellos que a veces se etiquetan –problemáticamente–

[25] La denominación es equívoca, dado que el homicidio en cuestión es, en tal caso, nada más que un homicidio imprudente, sin que la llamada «preterintencionalidad» admita ser identificada con un título de imputación subjetiva diferenciado.

[26] Van Weezel, 2021, p. 321.

[27] Para la correspondiente definición de «resultado» *qua* evento, véase Mañalich, J. P., *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo (Marcial Pons), 2014, pp. 32 ss., 35 ss.

[28] Rojas, 2021, p. 287.

como de *dolus generalis* [29]. Pero con esto se pasa por alto que adoptar una decisión de hacer X equivale a formarse una intención de hacer X [30]. Con ello, la noción de decisión parece ser incapaz, por sí misma, de proveer una base plausible para la «unificación» –*sub specie* concurso ideal– de la perpetración de dos o más hechos dotados de significación delictiva, uno de los cuales pudiera no corresponderse con la implementación de decisión alguna. En el ejemplo ofrecido por Rojas, esto último sería predicable del homicidio imprudente.

Por supuesto, la conclusión sería distinta si pusiéramos el foco no en la decisión efectivamente adoptada por el agente, sino en la decisión que este *habría tenido que adoptar* para evitar comportarse de manera múltiplemente delictiva. Pero este último criterio, de índole contrafactual, no es otro que el de la evitabilidad conjunta [31], cuya adopción supondría abandonar la propuesta elaborada por Rojas.

Mucho más fiable en su aplicación parece ser el criterio de la simultaneidad de la perpetración de los dos o más hechos punibles concurrentes, oblicuamente propugnado por Maldonado [32]. Que la simultaneidad resulta ser el factor en último término decisivo bajo su planteamiento, queda de manifiesto en su asunción de la tesis tempranamente defendida por Bustos: para el reconocimiento del carácter ideal del concurso en cuestión, lo determinante sería que, a través de su comportamiento, el agente «irrump[a] voluntariamente en el campo del derecho *en un solo momento»,* de manera tal que pueda reprochársele «una única manifestación de voluntad contraria al derecho» [33]. Esta formulación apunta solo indirectamente, empero, a la simultaneidad como el factor crítico, en cuanto lo viste con un ropaje que, al descansar en el uso de la noción de «rebeldía» [34], parecería conferirle relevancia normativa.

El problema está en que, como concluyentemente lo demostrara Puppe, la fórmula de una «única rebeldía [*einmalige Auflehnung*] contra el ordenamiento jurídico» es inservible como criterio de reconocimiento de una unidad de hecho [35]. Aun obviando que semejante fórmula difícilmente logre ser aplicable allí donde uno de los hechos punibles concurrentes se corresponda con un delito

---

[29] Rojas, 2021, p. 290.

[30] Véase Raz, J., *Practical Reason and Norms*, 2.ª ed., Princeton, N. J. (Princeton University Press), 1990, p. 65: «decidir es formarse una intención». Para una matización de esta asimilación, sin embargo, véase Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge (Cambridge University Press), 1999, pp. 32 s., quien destaca la «sensibilidad al contexto» que sería distintiva de una decisión frente a la «insensibilidad al contexto» atribuible a la intención en cuya formación pudiera consistir esa decisión.

[31] *Infra*, III.3.

[32] Maldonado, 2021, pp. 404 ss., 409 s., 412 s., con nota 85.

[33] Maldonado, 2021, p. 409 (cursivas añadidas).

[34] Véase Maldonado, 2021, pp. 409 s.

[35] Puppe, 1979, pp. 145 ss.

imprudente [36], la objeción crucial apunta a cómo tendrían que ser individuadas y cuantificadas una o más «rebeldías contra el ordenamiento jurídico». Esto, porque en una situación en la cual concurran dos o más hechos punibles imputables a una misma persona, habría que reconocer tantas «rebeldías» como sean las normas imputablemente quebrantadas, o bien tantas «rebeldías» como sean las instancias de quebrantamiento de una misma norma, según corresponda [37].

Contra lo sugerido por Maldonado, lo anterior no admite ser relativizado con cargo a la función puramente penológica atribuible al concepto de unidad de hecho [38]. Pues el problema no pasa por la muy considerable elasticidad con la que, indudablemente, el legislador puede distanciarse de la máxima *quot delicta, tot poenae*; por ejemplo, sometiendo el concurso ideal a un régimen de absorción agravada como el establecido en el artículo 75 del CP. Antes bien, el problema pasa por la imposibilidad de fundamentar, de manera no viciosamente circular, la existencia de una unidad de hecho –*qua* factor penológico– en una fórmula como la de la «única rebeldía contra el ordenamiento jurídico».

Si el criterio propugnado por Maldonado es desvestido del (problemático) ropaje normativo provisto por semejante fórmula, entonces aquel se nos presenta como el criterio «desnudo» de la simultaneidad. Sin embargo, la mera simultaneidad de la perpetración de dos o más hechos punibles no parece tener, por sí misma, relevancia normativa alguna. Esto último no supone desconocer que la simultaneidad pueda, tal vez, funcionar como un indicador indirecto y auxiliar –en la forma de un *proxy*– de la existencia de una unidad de hecho. Pero que ello sea así dependerá de que el criterio normativamente pertinente para el reconocimiento de un concurso ideal determine que dos o más delitos que se encuentren en relación de unidad de hecho necesariamente tengan que presentarse como delitos simultáneamente perpetrados.

3. **El criterio de la evitabilidad conjunta**

La inadecuación dogmática de los criterios hasta aquí considerados vuelve pertinente dirigir la mirada hacia el ya anunciado criterio de la evitabilidad

---

[36] Puppe, 1979, p. 145.

[37] Y tal como observa Puppe, 1979, pp. 148 s., el precio que tendría pagar quien pretendiera eludir la objeción por la vía de redefinir la «rebeldía» en cuestión como consistente en algo que sería común al injusto de todo hecho punible, como pudiera serlo una «perturbación de la paz social» o una «vulneración de la pretensión estatal de obediencia», sería a todas luces demasiado oneroso, a saber: aceptar que la paz social, o la pretensión estatal de obediencia, sería merecedora de protección con total independencia de cuál sea el contenido de las normas de cuyo seguimiento generalizado dependería, respectivamente, que la paz social no resulte alterada o que la pretensión estatal de obediencia no se vea desafiada.

[38] Así, empero, Maldonado, 2021, p. 410.

conjunta. Este funciona en la forma de un *test*, que cabe enunciar como sigue: si, adoptando la alternativa de comportamiento cuya adopción era situacionalmente necesaria o bien para evitar alguna de las varias realizaciones del único tipo realizado (tratándose de un concurso homogéneo), o bien para evitar la realización de alguno de los varios tipos realizados (tratándose de un concurso heterogéneo), el agente hubiera asimismo evitado otra realización del mismo tipo o la realización de un tipo diferente, respectivamente, entonces los correspondientes hechos punibles se encuentran en una relación de unidad de hecho [39]. En palabras de Kindhäuser, y *a contrario sensu*, se trata así de que las realizaciones del tipo o de los tipos en cuestión no sean «aisladamente evitables» para el agente, dadas las alternativas de comportamiento que conforman su «espacio de juego para la acción» [40].

La formulación recién ofrecida vuelve reconocible el carácter *contrafactual* del criterio así propuesto. Para ilustrar el punto, consideremos nuevamente el ejemplo del disparo de un arma de fuego resultante tanto en la muerte de la mujer respectivamente embarazada como en la muerte del feto. Bajo el criterio de la evitabilidad conjunta, el concurso ideal así constituido *no* queda determinado por la circunstancia de que uno y otro tipo se vean realizados a través de la ejecución de una única acción. Antes bien, la existencia de una unidad de hecho queda aquí determinada por la circunstancia de que la *omisión* de la acción que el agente *debía* abstenerse de ejecutar, para así no realizar el tipo del homicidio, habría sido situacionalmente suficiente para su evitación de la realización del tipo del aborto.

La contrafactualidad del criterio se expresa, ulteriormente, en que su aplicación pueda conducir al reconocimiento de una unidad de hecho entre uno o

[39] Prescindo aquí de adaptar la formulación del criterio a las particularidades de los casos en los cuales varios agentes vienen en consideración como coautores de los dos o más delitos concurrentes.

[40] Kindhäuser, 2021, pp. 1330 s., con nota 45. Valga la observación de que cuál sea el espacio de juego para la acción con la que cuente el agente siempre dependerá de factores azarosos, en cuanto situados más allá de su control, y en particular: de factores de *suerte circunstancial*, esto es, concernientes a las circunstancias que bridan la oportunidad para hacer o no hacer algo, y de *suerte constitutiva*, esto es, concernientes a la identidad y las capacidades del agente; acerca de estas dos formas que, entre otras, puede asumir la llamada «suerte moral», el *locus classicus* es Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge (Cambridge University Press), 1979, pp. 24 ss., 27 ss. En lo que aquí interesa, no parece descartable que la resistencia doctrinal que crecientemente encuentra la diferenciación de los regímenes penológicos previstos para el concurso ideal y el concurso real se explique, a lo menos en parte, por una aversión a la incidencia de la suerte en la responsabilidad atribuible a un agente y en las consecuencias normativas de esa responsabilidad. El problema radica en que, si la condición relevante de control es definida como incompatible con cualquier incidencia del azar, entonces *toda* atribución de responsabilidad personal parecería devenir imposible. Esto último es analizado en Mañalich, J. P., «Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral», *Política Criminal,* vol. 17, núm. 35, 2023,. pp. 214 ss., 236 ss., donde se ofrece una contextualización pormenorizada del problema.

más delitos *comisivos* y uno o más delitos *omisivos* [41]. Ejemplo: la salvavidas S practica tocamientos en la zona genital de M, un menor de diez años que ha llegado hasta su torre de vigilancia habiéndose extraviado en la playa, mientras el bañista B se ahoga en el mar sin que S lo socorra, muriendo por inmersión. En la medida en que la ejecución de la acción de salvamento de la vida de B que, en cuanto garante, S estaba obligada a ejecutar hubiera traído aparejada su omisión de la acción sexual por ella ejecutada sobre M, el delito comisivo de abuso sexual y el delito omisivo de homicidio concurrían en la forma de un concurso ideal [42]. Que el criterio de la evitabilidad conjunta haga posible afirmar la existencia de una relación de concurso ideal entre un delito comisivo y un delito omisivo, muestra que aquel no puede ser visto como la mera sublimación de la apelación «naturalista» a una pretendida unidad «pretípica» de acción, reducible a la unicidad de un determinado movimiento corporal [43].

Lo anterior muestra por qué es errada la objeción que Maldonado dirige contra el criterio de la evitabilidad conjunta, pasando por alto la naturaleza contrafactual de este. Según Maldonado, el criterio en cuestión sería «del todo equivalente» a aquel que apunta al «carácter necesario o inevitable que se puede predicar de un conjunto de delitos», que haría posible considerarlos como «un todo indivisible» [44]. Esta no es una reformulación admisible del criterio de la evitabilidad conjunta, puesto que ella oscurece la variable propiamente normativa sobre la cual este reposa [45]. Según ya se anticipara, esa variable consiste en la imbricación del injusto subjetivo de los dos o más hechos punibles conjuntamente evitables.

Por «injusto subjetivo» puede entenderse aquí el aspecto de un hecho punible consistente en la satisfacción de las condiciones de evitabilidad actual

---

[41] Esta posibilidad es admitida por Rojas, 2021, p. 289, aunque sobre la base de su definición criteriológicamente abierta de la noción de unidad de hecho.

[42] Así, ya Kindhäuser, 2021, p. 1331, nota 45.

[43] Para una explicación de la plena simetría que, a este respecto, exhibe la subsunción de un comportamiento bajo el tipo de un delito comisivo u omisivo, precedida de una impugnación del criterio de una «igualdad de movimiento» *(Bewegungsgleichheit),* véase Puppe, 1979, pp. 263 ss., 270 ss.

[44] Maldonado, 2021, pp. 402 s.

[45] No deja de ser interesante notar que, en su denuncia de que el criterio de la evitabilidad conjunta, en cuanto «descriptivo (o extensional)», sería insensible «a la significación valorativa que supone la determinación de la pena», Maldonado invoque la crítica que Maurach, Gössel y Zipf dirigieran contra la propuesta de Kindhäuser; véase Maldonado, 2021, p. 403. Esto es llamativo, puesto que lo que ellos objetaban era que con el planteamiento de Kindäuser «sólo se invertiría el error de la jurisprudencia», consistente en «atender demasiado unilateralmente a criterios ontológicos», por la vía de «prestar atención sólo a criterios normativos»; así, Maurach, R., Gössel K. H. y Zipf, H., *Derecho Penal Parte General*, tomo 2, Buenos Aires (Astrea), 1995, § 54, n.m. 41, donde equívocamente se habla del criterio de la «evitabilidad aislada» –y no de la «inevitabilidad aislada», que sería lo correcto–, siendo confundidas, además, las nociones de unidad de acción y unidad de hecho, que Kindhäuser explícitamente diferencia y cuya no infrecuente confusión él denuncia; véase Kindhäuser, 2021, pp. 1319 s.1325 ss., 1331 s.,

o potencial del comportamiento dotado de significación delictiva, resultante en su imputación, *qua* infracción de deber, a título de dolo o imprudencia [46]. Con ello, la imbricación del injusto subjetivo de dos o más delitos idealmente concurrentes asume, más precisamente, la forma de una superposición, resultante de la *falta de independencia* situacional *de los dos o más deberes* de cuya infracción se trate. En estos términos, se configura una unidad de hecho entre dos o más delitos si, y solo si, la omisión o la ejecución de una acción que su autor debía omitir o ejecutar para evitar una de las múltiples instancias de quebrantamiento del derecho que le son imputables hubiera bastado para evitar la o las restantes. Dicho de otra manera: para que se configure una unidad de hecho, es necesario y suficiente que, a través de su falta de omisión o de ejecución de una y la misma acción, se exprese la inexistencia de una intención, atribuible al agente, de evitar cada una de las realizaciones del tipo o de los tipos realizados, según corresponda [47].

Esta última reformulación del criterio de la evitabilidad conjunta tiene la virtud de mostrar, adicionalmente, que la objeción esgrimida por Van Weezel también es infundada. Según este, el *test* de la evitabilidad conjunta, «propuesto por Kindhäuser para establecer si hay unidad de hecho», sería impertinente para identificar una «unidad de hecho concursal» [48]. Pero tal como ya se mostrara, esta última expresión es pleonástica: dada la función atribuida a la noción de unidad de hecho, se trata de una categoría estrictamente concursal [49], por lo cual hablar de una «unidad de hecho no concursal» sería incurrir en una *contradictio in adjecto*.

De ahí que no haya espacio para confundir la correspondiente evitabilidad conjunta, en cuanto criterio para el reconocimiento de una relación de unidad de hecho, con la evitabilidad aislada de cada una de las realizaciones del tipo o de los tipos en cuestión [50]. Antes bien: la existencia de una relación de unidad de hecho *presupone* la evitabilidad (individual) de cada una de esas

---

[46] Al respecto, Mañalich, 2014, pp. 23 ss., con múltiples referencias ulteriores.

[47] Nótese que ello también vale tratándose de uno o más delitos de actividad (o pasividad) o de estado, los cuales se distinguen por consistir en el quebrantamiento de normas «silogísticamente opacas»: la evitación del comportamiento dotado de significación delictiva, consistente en el desarrollo o no desarrollo de una cierta actividad, o bien en encontrarse o no en un determinado estado, también depende de que el agente ejecute u omita una acción (a través de lo cual él pudiera o bien dar inicio o poner término al desarrollo de la actividad típicamente relevante, o bien ponerse o sacarse del estado típicamente relevante, según corresponda). Sobre esto, Mañalich, 2014, pp. 28 ss.

[48] Van Weezel, 2021, p. 312.

[49] Así, explícitamente, Kindhäuser, 2021, p. 1329: «El problema concursal de si en el caso singular se da una unidad de hecho (§ 52) o una pluralidad de hechos (§ 53) se plantea recién cuando consta que el autor ha incurrido en varias contravenciones de normas».

[50] Así, empero, Van Weezel, 2021, p. 312.

realizaciones, pues de ello depende que al agente sea imputable cada una de ellas, de manera tal que él pueda llegar a ser condenado por los varios delitos así constituidos. Y es solo para responder la pregunta ulterior, referida al régimen penológico aplicable en virtud de la condena múltiple por cada uno de los hechos punibles así imputados, que debe determinarse si entre ellos se da una unidad de hecho. De acuerdo con el criterio de la evitabilidad conjunta, esto último dependerá de que para el autor de los dos o más delitos haya sido posible evitar las realizaciones del tipo o de los tipos realizados a través de la implementación de una única decisión de hacer o no hacer algo determinado [51].

4. **Unidad de hecho y concurso ideal homogéneo**

Hasta aquí se ha asumido que, al igual que las demás estructuras concursales generalizadamente reconocidas, el concurso ideal puede asumir la forma de un concurso heterogéneo o de un concurso homogéneo, según si los dos o más delitos que concurren en unidad de hecho se corresponden con la realización de dos o más tipos diferentes, o bien con dos o más realizaciones de un mismo tipo, respectivamente [52]. Frente a esto, un sector doctrinal se inclina por negar la posibilidad de un concurso ideal homogéneo, que como tal pudiera quedar sometido al régimen penológico previsto en el artículo 75 del CP. Esto lleva a que, en los casos aquí relevantes, ese mismo sector doctrinal entienda que el régimen penológico aplicable tendría que ser alguno de los previstos para un posible concurso real, para lo cual usualmente son invocados dos argumentos [53].

En primer lugar, se sostiene que, tratándose de delitos de resultado, el objeto de referencia de la expresión «hecho» –en el contexto de la frase nominal «un mismo hecho»–, a la cual el legislador echa mano para definir la estructura propia de un concurso ideal, quedaría codeterminado por el respectivo resultado. Con ello, la existencia de una pluralidad de resultados delictivos

[51] Esto muestra, ulteriormente, que también es infundada la sugerencia de que, contra lo aquí sostenido, el criterio de la evitabilidad conjunta podría cumplir la función de hacer reconocible el carácter *aparente* de un concurso «en supuestos de especialidad»; así, Van Weezel, 2021, p. 307, con nota 9. Esto supone pasar por alto que, mientras que el desconocimiento penológico de un concurso como aparente con base en el criterio de la especialidad descansa en una comparación de la *intensión* de las descripciones en las que consisten los tipos respectivamente realizados –véase Mañalich, 2018, pp. 185 ss., 197 ss.–, el criterio de la evitabilidad conjunta es enteramente insensible a ese mismo factor; así, explícitamente, Kindhäuser, 2021, p. 1329.

[52] Al respecto, Mañalich, 2018, pp. 135 s.

[53] Para lo que sigue, y críticamente, Mañalich, 2018, pp. 86 ss.

entrañaría la existencia de una pluralidad de hechos en sentido concursal [54]. El problema es que, si se lo desarrolla consistentemente, el mismo argumento tendría que llevar a descartar la posibilidad de un concurso ideal *heterogéneo* entre realizaciones de dos o más tipos de delito de resultado.

Así, en el ejemplo ya considerado, en el cual a través de un disparo de un arma de fuego se ven realizados los tipos del homicidio y del aborto, estaríamos en presencia de dos delitos de resultado. Luego, de asumirse que, *en sentido concursal*, siempre habría tantos «hechos» como sean los resultados delictivamente relevantes causados de manera imputable, en nuestro ejemplo tendríamos que negar que entre el homicidio y el aborto se dé un concurso ideal. Pero esta es una conclusión que, en general, los partidarios de esa tesis no están dispuestos a validar [55]. Con ello, el argumento queda desvirtuado en atención a que, desde el punto de vista de lo que ha de entenderse por «un mismo hecho» en el contexto del inciso 1.º del artículo 75, no puede haber diferencia alguna entre los casos de concurso homogéneo y de concurso heterogéneo [56]. Y dada la función que está llamado a cumplir el concepto de unidad de hecho *qua* categoría estrictamente concursal, no hay razón alguna para negar que dos o más delitos de resultado puedan encontrarse en una relación de unidad de hecho.

El segundo argumento apunta a los términos en los cuales se encuentra especificado el régimen penológico de absorción agravada (o «asperación») previsto en el inciso 2.º del artículo 75, términos que lo volverían inaplicable a los casos de concurso ideal homogéneo [57]. Ello, por cuanto la aplicabilidad de ese régimen exige tomar como pena absorbente la «pena mayor correspondiente al delito más grave». Y esto se traduciría en que dicho régimen no sea aplicable si los dos o más hechos punibles concurrentes son –penológicamente– igualmente graves, que es lo que *ex definitione* ocurriría si el respectivo concurso es homogéneo. Este argumento es inconducente, por dos razones diferentes.

---

[54] En la discusión doctrinal española, este argumento fue célebremente defendido por Mir Puig; véase Mir Puig, S., *Derecho Penal Parte General*, 7.ª ed., Montevideo y Buenos Aires (BdeF), 2005, 27/42. En la discusión chilena, véase Novoa, E., *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3.ª ed., Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2005, tomo II, p. 232; Garrido, M., *Derecho Penal Parte General*, 4.ª ed., tomo II, Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 2005, pp. 452 ss.

[55] Véase Garrido, 2005, p. 435, quien afirma la existencia de un concurso ideal entre un homicidio y un aborto en el caso en que, a través de la ejecución de una misma acción, una persona causa la muerte de la mujer embarazada y la muerte del feto. A favor del reconocimiento de un concurso real en tal caso se pronuncia, en cambio, Novoa, 2005, p. 232.

[56] Así, entre otros, Etcheberry, A., *Derecho Penal Parte General*, 3.ª ed., Santiago (Editorial Jurídica de Chile), 1998, tomo II, p. 121.

[57] Garrido, 2005, p. 453. En referencia al artículo 77 del CP español, el argumento es sugerido en Mir Puig, 2005, 27/42.

Por un lado, el argumento desconoce que no siempre será el caso que dos hechos punibles consistentes en la realización –aun: imputable según los mismos criterios de imputación– de un mismo tipo exhiban, penológicamente, la misma gravedad. Es perfectamente posible que la penalidad de uno de los dos o más hechos punibles consistentes en realizaciones de un mismo tipo se vea impactada por una o más circunstancias atenuantes o agravantes que no incidan en la penalidad de los restantes. En tal caso, y con cargo a que al menos las circunstancias modificatorias «intrínsecas» –esto es, relativas a factores con pertinencia para cuantificar la magnitud del respectivo injusto o de la culpabilidad por ese injusto– que pudieran concurrir deberían ser consideradas para determinar cuál sería el delito más grave [58], no habría dificultad alguna para dar aplicación al régimen de la absorción agravada.

Por otro lado, y con independencia de lo anterior, el argumento también desconoce que exactamente la misma dificultad puede suscitarse en casos de concurso ideal *heterogéneo*. Pues es obvio que dos o más hechos punibles consistentes en la realización de tipos diferentes pueden resultar de igual gravedad en atención a su respectiva penalidad. Esto no sería obstáculo para reconocer que lo que se da, en tal caso, es un concurso *ideal* heterogéneo. Luego, nada distinto tendría que valer en caso de que el concurso ideal sea homogéneo: siendo los hechos punibles concurrentes de igual gravedad, el tribunal habría de imponer la pena mayor correspondiente a cualquiera de ellos [59].

III. EL CONCURSO MEDIAL FRENTE AL CONCURSO IDEAL

1. **Conexión medial y necesidad práctica**

Según el artículo 75 del CP, el mismo régimen de absorción agravada, previsto para el concurso ideal, es aplicable cuando (al menos) dos hechos punibles son imputables a una misma persona en la forma de un concurso

[58] Para la distinción entre circunstancias modificatorias «intrínsecas» y «extrínsecas» (o «ajenas al hecho punible», en los términos del inc. final del artículo 343 del CPP), Mañalich, 2018, pp. 255 ss. Contra lo aquí asumido, empero, en la doctrina chilena parece prevalecer la tesis de que, en la comparación de las penas asociadas a los hechos punibles idealmente concurrentes, no debería considerarse el impacto que en aquellas puedan tener las circunstancias atenuantes o agravantes como factores de alteración o concreción del respectivo marco penal, según lo establecido en los arts. 65 y siguientes del CP; así, explícitamente, Couso, J., «Art. 75», en Couso, J. y Hernández, H. (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago (Legal Publishing), 2011, pp. 679 s., con nota 193.

[59] Acertadamente, Etcheberry, 1998, pp. 121 ss.

medial [60]. Ello supone que uno de los delitos concurrentes «sea el medio necesario para cometer el otro». Esto puede explicarse con cargo a que entre dos hechos punibles que concurren medialmente también se da una imbricación de sus respectivos injustos subjetivos. Sin embargo, y contra lo que a veces se sugiere, el concurso medial no puede ser entendido como una forma específica que pudiera asumir el concurso ideal [61], tampoco si terminológicamente se lo tematiza como un concurso «ideal impropio» [62]. Bajo la definición ya ofrecida del concepto de unidad de hecho a través del criterio de la evitabilidad conjunta, en los casos de concurso medial *no* se configura una unidad de hecho.

Antes bien, la imbricación subjetiva del injusto de los hechos punibles medialmente concurrentes queda determinada por la *conexión teleológica* reconocible entre ellos [63]. Así, aquí no puede afirmarse que la evitación de una de las realizaciones del tipo o de los tipos realizados necesariamente habría traído aparejada la evitación de una o más de las restantes. Antes bien, el reconocimiento de un concurso medial supone la validez de la hipótesis siguiente: si el agente se hubiera formado la intención de no realizar, a través de su comportamiento, el tipo en cuya realización consistió el «delito-fin», entonces él no habría perpetrado el hecho punible constitutivo del respectivo «delito-medio».

Lo anterior descansa en que, según reza el ya aludido inciso 1.º del artículo 75 en la parte aquí pertinente, la perpetración de uno de los hechos punibles concurrentes debe aparecer como el «medio necesario» para la perpetración de otro hecho punible. Tradicionalmente, la doctrina asume que la necesidad de la perpetración del delito-medio habría de ser juzgada *in concreto*, y no *in abstracto* [64]. Esta puntualización se muestra como enteramente correcta una vez que se repara en que, como lo ha destacado Rojas, la necesidad en cuestión debe ser entendida como una especie de *necesidad práctica* [65]. Esto quiere decir que la perpetración del delito-medio tendría que ocupar el lugar de la conclusión de un silogismo (práctico), cuya premisa mayor estuviera constituida por el objetivo, atribuible al agente, de posibilitar o favorecer la perpetración del correspondiente delito-fin [66]. Con ello, la perpetración del delito-

[60] Esta equiparación contrasta con la diferenciación de los regímenes penológicos a los que, bajo el artículo 77 del CP español, se ven sometidos el concurso ideal y el concurso medial, quedando este último correlacionado con una regla de exasperación de la pena correspondiente a la «infracción más grave».

[61] Así, empero, Rojas, 2021, pp. 281 ss., 291 ss., sosteniendo que en los casos de concurso medial se daría un concurso ideal por «unidad de resultado antijurídico».

[62] Así, Novoa, 2005, pp. 234 s.

[63] Al respecto, Mañalich, 2018, pp. 147 s.

[64] Por todos, Couso, 2011, pp. 678 s.

[65] Rojas, 2021, p. 292.

[66] Acerca del modelo del silogismo práctico *qua* esquema de «explicación teleológica», fundamental Von Wright, G. H., *Explanation and Understanding*, Londres (Routledge & Kegan Paul), 1971, pp. 83

medio tendría que corresponderse con una *preparación* de la perpetración del delito-fin, sea por la vía de generar la oportunidad para su perpetración, sea por la vía de hacer más probable o segura su perpetración [67].

Así, se daría un concurso medial heterogéneo entre un hurto y un homicidio, si A se hiciera de un arma de fuego, sustrayéndola de su detentador, para matar con ella a B; y se daría un concurso medial homogéneo entre dos homicidios, si A matara a B, el guardaespaldas de C, para entonces matar a este sin enfrentar la resistencia del segundo. Que en este último caso el concurso debería ser caracterizado como medial, en virtud de la conexión teleológica que se daría entre los dos homicidios, muestra que, *pace* Rojas, el criterio así obtenido no guarda relación alguna con una pretendida «unidad de resultado antijurídico» [68]. Pues es claro que, en ese mismo caso, entre el resultado del delito-medio –a saber: la muerte de B– y el resultado del delito-fin –a saber: la muerte de C– no habría identidad alguna.

2. **Variaciones estructurales de la conexión medial**

La reconstrucción recién ofrecida de la conexión teleológica que define la estructura propia de un concurso medial nos deja en posición de resolver

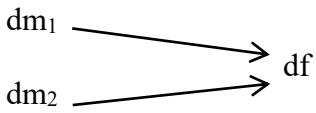
ss., 96 ss.; véase también Kindhäuser, U., *Intentionale Handlung*, Berlín (Duncker & Humblot), 1980, pp. 146 ss.

[67] Si bien tanto el delito-medio como el delito-fin han de ser imputables a una misma persona para que se configure el correspondiente concurso medial, ello es perfectamente compatible con que uno u otro sean imputables a más de una persona. Imaginemos que A y B matan a C, el guardaespaldas de D, para que unos días más tarde A pueda matar a D sin enfrentar la resistencia de C (y sin que en esto último B tenga algún involucramiento ulterior). Tendría que ser claro que aquí A podría ser condenado como coautor del primer homicidio y como autor directo del segundo, los cuales a su respecto concurrirían *medialmente*. ¿Pero podría B ser condenado como coautor del primer homicidio y, además, como cómplice del segundo, en virtud de la contribución preparatoria que la perpetración del primer homicidio representó para la perpetración del segundo? La respuesta sería afirmativa, aunque con la salvedad de que, respecto de B, entre el primer homicidio que le sería imputable en coautoría y su complicidad en el segundo homicidio se daría un concurso *ideal*, dada la relación de *unidad de hecho* que existiría entre su coperpetración del homicidio de C y su contribución preparatoria a la perpetración del homicidio de D. Valga la observación de que la doble condena por concurso ideal susceptible de ser pronunciada contra B *no* sería inadmisible bajo el *principio ne bis in idem*. Esto, porque para la fundamentación de la condena por complicidad en el homicidio de D sería mínimamente suficiente la descripción de la contribución de B como consistente en haber impedido la posible prevención de ese homicidio por parte del guardaespaldas C, sin que esto quede semánticamente conectado con la descripción de esa misma contribución como consistente en haber dado muerte a C.

[68] Así, Rojas, 2021, pp. 291 ss., 294 s., haciendo descansar esta última noción en el criterio, tomado de Puppe, de un «parentesco de injusto» existente entre los hechos punibles concurrentes; véase Puppe, 1979, pp. 170 ss., cuya pormenorizada presentación del criterio del parentesco de injusto hace reconocible que este no confiere significación alguna a la conexión teleológica que pudiera darse entre los hechos punibles concurrentes.

una dificultad interpretativa que suscita la respectiva cláusula del inc. 1.º del artículo 75 del CP. En contraste con la manera en que, al especificar los presupuestos de un concurso ideal, la disposición legal explícitamente admite la posibilidad de que sean «dos o más» los delitos que se encuentren en una relación de unidad de hecho, la existencia de un concurso medial queda definida por la exigencia de que la perpetración de uno de los hechos punibles concurrentes sea el medio necesario para la perpetración «del otro». ¿Implica esto que, *de lege lata*, la respectiva conexión medial solo podría vincular a dos hechos punibles como máximo?

La respuesta tendría que ser negativa. Pues nada impide, por un lado, concebir situaciones en las cuales la perpetración de dos o más hechos punibles pudiera ser prácticamente necesaria –en el sentido ya precisado– para la perpetración de un mismo delito-fin, de manera tal que de cada uno de los respectivos delitos-medio pueda decirse que se encuentra en una relación de conexión teleológica con el mismo delito-fin. Ejemplo: A hurta un arma de fuego para usarla letalmente contra C, no sin antes secuestrar a B, el guardaespaldas de C, para así poder dar muerte a este sin enfrentar la resistencia de B. Semejante concurso medial «de base múltiple» exhibiría una estructura que podemos graficar así:



Con independencia del carácter real del concurso que, sin consideración del delito-fin, se daría entre el hurto y el secuestro perpetrados por A, el hecho de que cada uno de estos se encuentre teleológicamente conectado con el homicidio perpetrado por A contra C *qua* delito-fin determina que los dos primeros se conviertan –supervenientemente– en delitos «co-mediales». Y esto justificaría, *de lege lata*, someter el concurso entre esos tres delitos al régimen previsto para el concurso medial. Pues, si A se hubiera decidido a no perpetrar el homicidio de C, entonces se habría abstenido de perpetrar tanto el hurto como el secuestro.

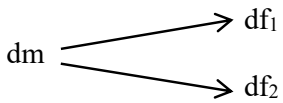
Lo mismo vale, por otro lado y *mutatis mutandis*, tratándose de situaciones en las cuales la perpetración de un hecho punible pudiera ser prácticamente necesaria para la perpetración de un segundo hecho punible, cuya perpetración pudiera ser, a su vez, prácticamente necesaria para la perpetración de un tercer hecho punible (y así sucesivamente). Ejemplo: A mata a B, el guardaes-

paldas de C, haciendo uso de un arma que él previamente hurtara para ello, para entonces dar muerte a C mediante su estrangulamiento, sin enfrentar la resistencia de B. La estructura de semejante concurso medial «en cadena» podría ser graficada así:

$$dm \longrightarrow d^{f}/_{m} \longrightarrow df$$

Aquí, el homicidio perpetrado contra B representa, al mismo tiempo, el *inmediato* delito-fin preparado a través de la perpetración del hurto, así como un nuevo delito-medio perpetrado para favorecer la perpetración del homicidio de C en cuanto *último* delito-fin [69].

Nótese que la misma solución no sería correcta en un caso en el cual, meramente, la perpetración de un mismo hecho punible hubiera sido prácticamente necesaria para la perpetración de dos hechos punibles no conectados medialmente entre sí. Ejemplo: A hurta un arma de fuego con la cual logra dar muerte a B y, posteriormente, a C, sin que la perpetración del homicidio de B haya sido prácticamente necesaria para la perpetración del homicidio de C. La estructura del concurso en cuestión sería la inversa a la de un concurso medial de base múltiple, pudiendo ser graficada así:



En este caso, el hurto del arma concurre medialmente con uno y otro homicidio, pero estos solo concurren realmente entre sí, sin que quepa atribuir relevancia alguna a su posible consideración como delitos «co-finales». Pues, si A se hubiera decidido (exclusivamente) a no perpetrar uno cualquiera de los dos homicidios, entonces ello no se habría traducido en que no perpetrara el hurto, en la medida en que la perpetración del hurto hubiera seguido siendo prácticamente necesaria para la perpetración del otro homicidio. Con ello, y para evitar la doble consideración –inadmisible bajo el principio *ne bis in*

[69] Son obviamente imaginables casos en los cuales se superpongan las estructuras propias de un concurso medial de base múltiple y de un concurso medial en cadena. Ejemplo: A hurta un arma de fuego con la que mata a B, el guardaespaldas de C, para entonces proceder a matar a este último usando la misma arma de fuego, sin enfrentar la resistencia de B.

idem– del hurto como título de condena, el concurso real entre los dos homicidios tendría que llevar a la «asperación» de la pena correspondiente a uno de ellos en la forma prevista en el inciso 2.º del artículo 75, en virtud del concurso medial con el hurto, para que entonces esta pena absorbente fuera exasperada en la forma establecida en el inciso 2.º del artículo 351 del CPP [70].

En cambio, el régimen de penalidad del artículo 75 del CP sí resultaría aplicable en caso de que la perpetración de un mismo delito hubiera sido prácticamente necesaria para la perpetración, en *unidad de hecho*, de dos ulteriores delitos. En tal caso, un mismo delito se encontraría en relación de concurso medial con dos delitos entre los cuales se daría, a su vez, un concurso ideal. Ejemplo: el hacker H logra acceder a una carpeta de archivos almacenados en el computador de A, donde este conserva algunas fotografías y vídeos que lo muestran interactuando íntimamente con B, para entonces exigir a A y B, a través de un mismo correo electrónico dirigido a ambos, la transferencia de sendas sumas de dinero a cambio de la no-difusión de los archivos en cuestión. Aquí se configuraría un concurso medial entre un (único) delito de «acceso ilícito» a un sistema informático, en los términos del artículo 2.º de la flamante Ley 21459, y cada uno de los dos delitos de amenaza condicional [71], entre los cuales se daría un concurso ideal.

IV. EL «DOLO ALTERNATIVO» COMO LÍMITE INTERNO DEL CONCURSO IDEAL

1. **Límites externos *versus* límites internos**

Hasta aquí se ha intentado ofrecer una caracterización de la estructura propia de un concurso ideal, encaminada a hacer explicable su sometimiento a un régimen de penalidad diferenciado, y por defecto menos severo que los previstos para los casos de concurso real. Ello dio pie a la comparación de esa estructura con la propia de un concurso medial, que bajo el derecho chileno queda sometido a ese mismo régimen penológico diferenciado. Si nos preguntamos ahora por los *límites* del posible reconocimiento de un concurso ideal,

[70] Esto, dado que los dos homicidios constituirían, *ex definitione*, «delitos de una misma especie» en los términos del inciso final de este último artículo, mas sin que ellos admitan ser ficticiamente unificados como constitutivos de «un mismo delito» para efectos penológicos. Sobre esto, Mañalich, 2018, pp. 154 ss., 158 ss.

[71] Que en los términos del artículo 171, ap. 2.º, del CP español se corresponderían, más estrictamente, con dos delitos de chantaje.

lo más obvio sería pensar en límites que podríamos etiquetar como «externos». Bajo determinadas condiciones, hacer aplicable el régimen penológico diferenciadamente previsto para un concurso ideal, con base en la correspondiente multiplicidad de condenas, resultaría inadmisible, y más precisamente: *excesivo*. Esas condiciones son aquellas cuya satisfacción determina que el respectivo concurso haya de ser penológicamente desconocido, en la forma de un concurso «aparente».

Tratándose de un concurso en unidad de hecho, los criterios para su desconocimiento penológico tendrían que entenderse acotados, en general, a los de la especialidad y la consunción [72], a los cuales –en lo exclusivamente concerniente a la realización múltiple de dos o más variantes calificadas o privilegiadas de un mismo tipo-base– habría que añadir el criterio de la «identidad de la instancia de realización» del respectivo tipo-base [73]. Estos criterios funcionan como límites que podemos caracterizar como *externos*, en cuanto indicativos de la inadecuación axiológica de la aplicabilidad del régimen de consecuencias jurídicas previsto para los casos de concurso ideal. El parámetro para esa inadecuación axiológica lo provee el principio *ne bis in idem*, entendido como una prohibición de valoración múltiple [74]. En estos términos, no se trata de que, en tales casos, los dos o más hechos punibles no concurran en la forma distintiva de un concurso ideal. Se trata, más bien, de que la imposición de una única pena asperada en la forma indicada en el inciso 2.º del artículo 75 del CP, fundada en esa concurrencia, resultaría ser la imposición de una pena excesiva, y por ello desproporcionada. Ello convierte a los ya mencionados criterios de desconocimiento penológico en criterios de identificación de la redundancia punitiva circunstancial en la que incurriría el juzgador si hiciera aplicable el correspondiente régimen de consecuencias jurídicas con base en la respectiva multiplicidad de condenas.

Pero también cabe postular límites al reconocimiento de un concurso ideal que, por contraste, podemos caracterizar como *internos*. Dada la particular estructura de la relación en la que dos o más hechos punibles deben encontrarse para que entre ellos se dé un concurso ideal, en determinados casos tendremos que descartar la posibilidad de que dos o más delitos que, aisladamente considerados, serían imputables a una misma persona le puedan ser

---

[72] En detalle sobre esto, Mañalich, 2018, pp. 195 ss.

[73] Véase Mañalich, J. P.: «La realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo-base como concurso aparente», en Maldonado, F. (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 119 ss.

[74] Véase, Maldonado, F., «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales», *Política Criminal*, vol. 15, núm. 30, 2020, pp. 493 ss., 500 ss., 511 ss.; véase también Mañalich, 2018, pp. 67 ss., 93 ss., 174 ss., con múltiples referencias ulteriores.

conjuntamente imputados. El problema así planteado no concierne, por ende, a la posible inadecuación axiológica de la aplicación del régimen de consecuencias jurídicas previsto para un concurso ideal. Más bien, el problema consiste en que, en determinados casos, y no obstante que las realizaciones de un mismo tipo o de varios tipos hubieran sido conjuntamente evitables a través de la implementación de una única decisión de hacer o no hacer algo, no será legítimo imputar todas esas realizaciones del tipo o de los tipos en cuestión, según corresponda, cada una de ellas a título de dolo. Y esto, *a pesar* de que, considerada aisladamente, cada instancia de realización del respectivo tipo sí sería imputable a título de dolo. Los casos en cuestión quedan asociados a la errática etiqueta de «dolo alternativo» [75]. La solución del problema que ellos plantean necesita ser congruente con la estructura concursal especificada por la noción de unidad de hecho.

2. **Concurso ideal y «dolo alternativo»**

Para ilustrar el problema, consideremos el ejemplo siguiente: A, que porta consigo un rifle de largo alcance cargado con una única munición, tiene ante sí a dos personas, V_1 y V_2, separadas la una de la otra por apenas cinco centímetros; V_2 está embarazada de siete meses, siendo su estado de gravidez manifiesto; A se decide a «probar su suerte», apuntando el rifle hacia un punto intermedio entre, y equidistante a, las posiciones de V_1 y V_2, para entonces efectuar el disparo. Para simplificar el análisis, asumamos que lo hecho por A habrá tenido uno (cualquiera), y sólo uno, de los siguientes tres posibles desenlaces: (a) V_1 es impactado letalmente; (b) V_2 es impactada letalmente, lo cual lleva a que F, el feto anidado en su útero, también muera; (c) ni V_1 ni V_2 son impactados.

Dependiendo de cuál de estos tres escenarios alternativos termine siendo el caso, la solución dependerá de si cabe afirmar que, al efectuar ese único disparo, A obró con dolo (eventual) de homicidio, sea respecto de la producción de la muerte de cualquiera de las dos potenciales víctimas, sea respecto de la producción de la muerte de ambas, así como si, adicionalmente, A obró con dolo (eventual) de aborto. Todo parece hablar a favor de que, al disparar con su arma en esas condiciones, A se habrá representado como igualmente probable que el disparo alcanzara a una u otra persona. Y siendo notorio el

[75] Al respecto, y entre otros, Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín y Nueva York (Walter de Gruyter), 1991, 8/33.

estado de embarazo de V_2, la prognosis de que el disparo podía impactar letalmente en V_2 necesariamente habrá traído aparejada la prognosis de que ello podía resultar en la muerte de F [76].

De esto se sigue que –según cuál de los tres escenarios alternativos se haya terminado configurando– ante la pregunta por la posible imputación a A de uno u otro homicidio, como consumado o frustrado, y adicionalmente de un aborto, como consumado o frustrado, habría que admitir que se satisfacen los presupuestos para que la respectiva imputación tenga lugar a título de dolo (eventual) [77]. La pregunta que necesita ser respondida, sin embargo, es la siguiente: ¿basta lo anterior para que a A sean conjuntamente imputables esos tres potenciales hechos punibles, cada uno de ellos a título de dolo?

La respuesta tendría que ser negativa [78]. Contra la solución que proclamaría la existencia de un concurso ideal entre los dos homicidios (sea que alguno cuente como consumado y el otro como no consumado, sea que ambos cuenten como no consumados) y el aborto (consumado o no consumado) [79], habla decisivamente la consideración siguiente. Respecto de cada uno de esos tres potenciales hechos punibles, aisladamente considerado, se satisfacen las condiciones para una imputación a título de dolo. Pero hay un *constreñimiento de racionalidad*, inherente a una práctica (institucionalizada) de adscripción de creencias como aquella en la cual se inserta la imputación subjetiva de un hecho dotado de significación delictiva [80], que en lo inmediato obstaría a que uno y otro homicidio pudieran ser conjuntamente imputados a A, cada uno de ellos a título de dolo.

Ese constreñimiento de racionalidad consiste en la *condición de coherencia* que han de satisfacer dos o más creencias para poder ser simultáneamente

---

[76] Bajo los artículos 342 y 343 del CP, es discutible cuáles sean los específicos presupuestos de imputación subjetiva de cuya satisfacción tendría que depender la punibilidad de un hecho constitutivo de aborto. Baste aquí con observar que es plausible sostener que un comportamiento resultante en la muerte de un embrión o feto humano, consistente en un ejercicio de «violencia» contra la mujer embarazada, estando el agente al tanto del respectivo estado de embarazo, se correspondería con un aborto imputable a título de dolo eventual, el cual resultaría punible bajo el artículo 343.

[77] Dado que, en el caso planteado, el rifle se encuentra cargado con una única munición, cabe asumir que, en caso de no consumarse alguno de los posibles delitos perpetrados a través del disparo efectuado por A, la respectiva tentativa contaría como «acabada», y así como un delito frustrado en los términos del artículo 7.º del CP, con independencia de que el criterio para ello se extraiga de la tesis de la «consideración individual» o, en cambio, de la tesis de la «consideración global»; sobre este último problema, Mañalich, J. P., «Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa», en Hilgendorf, E., Lerman M. y Córdoba, F. (coords.), *Brücke bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín (Duncker & Humblot), 2020, pp. 563 ss.

[78] Fundamental para lo que sigue, Joerden, J., «Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, 1983, pp. 565 ss., 576 ss., 589 ss.

[79] Véase Jakobs, 1991, 8/33.

[80] Sobre esto, Mañalich, J. P., «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVII, 1.er semestre, 2020, pp. 13 ss., 18 ss.

adscritas, por parte del respectivo juzgador, a un mismo agente. Con ello, no se trata de que, en un caso como el aquí considerado, sea una imposibilidad psicológica que A efectivamente hubiera creído que, a través del único disparo que estaba *ad portas* de efectuar, él podría haber dado muerte a V_1 y también haber dado muerte a V_2. Se trata, más bien, de que el juzgador al que competiera determinar si A ha de ser condenado por uno o más hechos punibles así perpetrados no podría válidamente asumir que a A habrían sido atribuibles dos creencias materialmente incompatibles, esto es: dos creencias que, en consideración a su respectivo contenido proposicional, un agente racional no se habría podido formar conjuntamente [81]. Esta no es más que una manifestación de que, en los términos de Hegel, en cuanto sujeto pasivo de una posible imputación el agente deba ser tratado como un «[ser] pensante» [82].

De acuerdo con esto, para la fundamentación de cada una de las posibles adscripciones de dolo aquí pertinentes tendríamos que asumir que A descartó la posibilidad de que el único disparo alcanzara tanto a V_1 como a V_2. Lo contrario importaría validar, por parte del juzgador, una o más creencias supersticiosas que de hecho pudiera haber abrazado A, las cuales no deberían tener impacto alguno, sin embargo, en una posible adscripción de dolo [83]. De ello se sigue que habría que descartar que a A pudieran haber sido adscritas, *conjuntamente*, la creencia predictiva de que el disparo habría de alcanzar a V_1 y la creencia predictiva de que ese mismo disparo habría de alcanzar a V_2 (y con ello, eventualmente, también a F). Pues, en la situación en la que se encontraba al efectuar el disparo, A no podía racionalmente creer que a través de ese único disparo él pudiera alcanzar a una y otra potencial víctima [84]. Por ello, aquí no

---

[81] Para la correspondiente distinción entre los «compromisos doxásticos» que un agente efectivamente adopta o no adopta, por un lado, y aquellos que son consecuencias de, o incompatibles con, los compromisos doxásticos que él adopta, por otro, es fundamental Brandom, R., *Making It Explicit*, Cambridge, Mass. (Harvard University Press), 1994, pp. 157 ss., 193 ss.

[82] Véase Hegel, 1986, §§ 119 y 120, a propósito del «derecho de la intención»; al respecto, Quante, 1993, pp. 166 ss., 173 ss.

[83] De lo cual entre otras cosas depende que, al igual que la (mal) llamada «tentativa irreal», la (también mal) llamada «tentativa supersticiosa» no se corresponda con tentativa alguna, sino únicamente con un delito *putativo*, como tal no punible. Al respecto, Mañalich, J. P., «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, vol. 14, núm. 27, 2019, pp. 296 ss., 334 ss., 337 ss.

[84] Acerca de la «bidimensionalidad» de una posible adscripción de dos o más creencias «fundantes-de-dolo» en casos como el aquí considerado, véase Joerden, 1983, pp. 580 s., quien destaca la necesidad de diferenciar la pregunta de si, respecto de cada instancia de realización del tipo o de los tipos en cuestión, el agente se representa las circunstancias bajo las cuales el comportamiento habría de realizar el tipo respectivo, por un lado, de la pregunta de si el agente juzga como conjuntamente posibles las realizaciones del tipo o de los tipos en cuestión, por otro. De acuerdo con la aproximación aquí favorecida, empero, en esta segunda dimensión no es relevante en lo absoluto la «metacreencia» que, a ese respecto, hubiera podido formarse el agente, siendo decisivo, únicamente, que el juzgador no pueda validar la adscripción conjunta de dos o más creencias materialmente incompatibles, que en cuanto tales un agente racional no

cabe hablar en lo absoluto de un «dolo alternativo», esto es, de un dolo «disyuntivo», sino solo de una «disyunción (excluyente) de creencias fundantes-de-dolo». Adaptando al caso aquí considerado la formulación del criterio de solución que Joerden nos brinda, la consideración decisiva es la siguiente: A sólo podía racionalmente representarse que el disparo alcanzara a V_1 *bajo la condición* de que el disparo no alcanzara a V_2, y viceversa [85].

El argumento precedente lleva a que, en referencia al mismo caso, tenga que descartarse la existencia de un concurso ideal entre los tres hechos potencialmente dotados de significación delictiva que, aisladamente considerados, serían imputables a A con base en la correspondiente adscripción de dolo. Esto, en consideración a que esos tres hechos no podrían serle *conjuntamente* imputados, cada uno de ellos a título de dolo. Esto último justifica volver sobre la hipótesis de que aquí nos encontramos ante un límite *interno* impuesto por la estructura propia del concurso ideal, especificada a través de la noción de unidad de hecho. Pues ahora estamos en condiciones de afirmar que esa hipótesis se ve corroborada, en la medida en que recurramos al criterio de la evitabilidad conjunta para definir la noción de unidad de hecho.

Tal como ya se explicara, el criterio de la evitabilidad conjunta hace reconocible que el fundamento del tratamiento penológico diferenciado al que, *de lege lata*, queda sometido el concurso ideal radica en la imbricación del injusto subjetivo de los dos o más hechos punibles idealmente concurrentes. Y según también se explicara, el respectivo injusto subjetivo no consiste sino en la satisfacción de las condiciones que determinan que el comportamiento delictivamente relevante sea imputable al potencial autor a título de dolo o de imprudencia. De acuerdo con esto, es justamente la imposibilidad racional de una conjunción de las respectivas adscripciones de dolo lo que está en juego en un caso como el aquí analizado. Y esto significa que aquí no hay espacio para hablar de una «imbricación» del injusto subjetivo de cada uno de los hechos delictivos potencialmente concurrentes, en la medida en que el injusto subjetivo de cada uno de ellos tuviera que hacerse descansar en una correspondiente adscripción de dolo.

3. **La fundamentación penológica de la selección de los títulos de condena**

El análisis hasta aquí ofrecido deja abierta la pregunta de cómo habría que determinar cuál o cuáles de los delitos «disyuntivamente dolosos» ten-

---

habría podido formarse simultáneamente. El problema es enteramente pasado por alto por Jakobs en su crítica del planteamiento de Joerden; véase JAKOBS, 1991, 8/33, nota 73.

[85] Véase JOERDEN, 1983, pp. 589 ss.

drían que ser priorizados como títulos de condena. La respuesta tiene que obtenerse de una consideración pragmática, concerniente a las *magnitudes de penalidad* que, dependiendo de cuál de los escenarios alternativos hubiera terminado siendo el caso, quedarían asociadas a la o las imputaciones fundadas en las respectivas adscripciones de dolo. Puesto que no tendría sentido alguno convertir la correspondiente selección de los títulos de condena en un pretexto para conferir un privilegio punitivo al agente [86], esa selección tendría que entenderse controlada por el llamado «mandato de exhaustividad» [87]. Con ello, los títulos de condena seleccionados han de hacer aplicables consecuencias jurídicas que, en la mayor medida posible, sean exhaustivamente expresivas –aunque de manera no redundante– de la múltiple significación delictiva exhibida por el comportamiento que sustenta la posible multiplicidad de condenas.

Volviendo a nuestro ejemplo, lo anterior habla a favor de favorecer, *prima facie*, la adscripción de dolo (eventual) de homicidio en relación con la producción de la muerte de V_2. Pues de esto último dependería una adscripción de dolo (eventual) de aborto en referencia a la producción de la muerte de F, dado que la posible destrucción de la vida de F dependía, en efecto, de que el disparo alcanzara a V_2. Esto tendría que ser claro, sin más, tanto bajo el escenario (b) como bajo el escenario (c) [88]. En el escenario (b), ello daría pie a que A fuera condenado por un homicidio doloso consumado perpetrado contra V_2, en concurso ideal con el correspondiente aborto doloso consumado. En el escenario (c), por su parte, A podría ser condenado por un homicidio frustrado (en relación con V_2) [89], en concurso ideal con el correspondiente aborto frustrado. En el escenario (a), en cambio, el único delito doloso *consumado* por el cual A podría ser condenado se correspondería con el homicidio perpetrado contra V_1. ¿Pero bastaría esta constatación para concluir que, en ese mismo escenario, el juzgador tendría que favorecer una adscripción de dolo (eventual) de homicidio en referencia a la producción de la muerte de V_1?

No es automáticamente evidente que, en el escenario (a), el homicidio consumado perpetrado contra V_1 sea el título de condena por el cual tendría

[86] Así, ya Joerden, 1983, pp. 594 s., aunque vinculando el problema con la pregunta por la «peligrosidad del autor».

[87] Véase Mañalich, 2018, pp. 71 s.

[88] Puesto que, en esos mismos dos escenarios, V_1 no ha resultado letalmente impactado, habría que desestimar una adscripción de imprudencia referida a la potencial producción de la muerte de V_1, toda vez que una imputación a título de imprudencia solo es compatible con la consumación; sobre esto último, Mañalich, J. P., «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, núm. 2, 2017, pp. 461 ss., 483 ss., 488 s.

[89] De acuerdo con lo observado *supra*, nota 77, la noción legal de delito frustrado se corresponde con la noción dogmática de una tentativa acabada (y no desistida) del delito en cuestión.

que optar el tribunal llamado a resolver el caso. Pues todavía tendríamos que preguntarnos cuáles serían el o los marcos de penalidad aplicables si el juzgador optara, en cambio, por condenar a A por un homicidio frustrado (en relación con V_2) y un aborto frustrado, ambos en concurso ideal con un homicidio imprudente perpetrado sobre V_1 [90].

¿Pero por qué cabría plantear la posibilidad de que, en este escenario, a A fuera imputada la producción de la muerte de V_1 a título de *imprudencia?* Porque, en la medida en que el tribunal desconociera el dolo (eventual) correspondiente al homicidio de V_1, como correlato del favorecimiento de la adscripción del dolo (eventual) correspondiente al homicidio de V_2, sería a todas luces oportuna la pregunta siguiente: desde la perspectiva («parcial») desde la cual A se representaba que el disparo hubiera de alcanzar a V_2, bajo la condición de que el disparo no alcanzara a V_1, *¿podría* A *haber reconocido*, no obstante, el riesgo de que el disparo alcanzara a V_1? Es claro que, desde esa misma perspectiva, para A habría sido suficiente «suspender» –esto es: *revisar*– su creencia de que el disparo habría de alcanzar a V_2 para entonces advertir que el disparo podía, alternativamente, alcanzar a V_1.

¿Sería entonces esa triple condena por un homicidio frustrado (relativo a V_2), un aborto frustrado y un homicidio imprudente perpetrado contra V_1, todos ellos en concurso ideal, y no en cambio la condena por un único homicidio doloso consumado perpetrado contra V_1, la solución a la que debería arribar el juzgador en el escenario (a)? Como ya se anticipara, la respuesta depende, en congruencia con el mandato de exhaustividad, de cuáles sean las magnitudes de penalidad asociadas a una u otra solución [91]. *De lege lata*, la pena a la que se llegaría por la vía de imputar, en concurso ideal, el homicidio y el aborto frustrados y el homicidio imprudente se obtendría, según el artículo 75 del CP, de la «asperación» de la pena prevista para el homicidio frustrado, que es de presidio mayor en su grado mínimo [92]. En cambio, la pena susceptible de ser impuesta sobre A si se lo condenara, exclusivamente, por un homicidio doloso consumado sería la prevista en el núm. 2 del artículo 391 del CP, a saber: una de presidio mayor en su grado medio a máximo. Siendo esta última pena comparativamente *más severa*, el tribunal tendría que optar por condenar a A por nada más que un homicidio doloso consumado, perpetrado contra V_1.

---

[90] Como aquí, ya JOERDEN, 1983, pp. 590 s., con nota 50.

[91] Para lo que sigue, asúmase que el respectivo homicidio doloso (consumado o frustrado, según corresponda) contaría como *simple*, en los términos del núm. 2, artículo 391 del CP.

[92] Ello se sigue de la puesta en relación del artículo 391, núm. 2 con los artículos 51, 59 y 61 del CP.

NOTAS SOBRE EL SISTEMA DE ACUMULACIÓN JURIDICA DEL ARTICULO 76 DEL CÓDIGO PENAL

ANTONIO DEL MORAL GARCÍA *

I. REFLEXIONES INICIALES

En un bellísimo opúsculo, que rebosa sabiduría y humanidad –«Las miserias del proceso penal»– un Carnelutti ya maduro, desde la perspectiva que le brindaban sus largos años de docencia, de investigación y reflexión, y también de ejercicio profesional, escribió: «La gente cree que el proceso penal termina con la condena, y no es verdad; la gente cree que la pena termina con la salida de la cárcel, y no es verdad; la gente cree que el ergástulo es la única pena perpetua y no es verdad. La pena, si no propiamente siempre, en nueve de cada diez casos, no termina nunca».

La idea, debidamente adaptada, sirve de adecuado pórtico de estas líneas sobre el sistema de punición del concurso real de delitos. La he evocado en otras ocasiones abordando esta misma temática. Estas modestas notas, de hecho, en buena medida, no hacen más que actualizar y reproducir algunas reflexiones anteriores, tanto escritas como orales, sobre esa materia. Desde los inicios de mi desempeño profesional como Fiscal, allá por mediados de los años ochenta, despertó mi atención: intuía que había mucho de caprichoso, voluntarista, aleatorio en el régimen de sanción del concurso real de delitos estatuido en el artículo 76 CP. Los resultados que derivaban de la aplicación estricta de la ley arrojaban a veces resultados no ya insatisfactorios, sino también inhumanos e injustos. Pronto comprobé, a base de resolver asuntos, que

* Magistrado del Tribunal Supremo.

era más que una intuición; que el sistema era altamente insatisfactorio, lo que me sirvió de acicate para estudiar y reflexionar y también para discurrir sobre eventuales fórmulas alternativas. No son fáciles.

Con motivo de esta feliz iniciativa académica de investigación sobre la regulación del concurso de delitos en nuestro ordenamiento buscando sentar algunas bases para una necesaria reforma, he retomado esas viejas reflexiones, nunca interrumpidas. Las vuelvo a volcar ahora, enriquecidas en algunos puntos y acompañadas de alguna novedad jurisprudencial.

Me interesa enfatizar que se trata de ideas que han nacido casi exclusivamente de la práctica –primero como Fiscal, en los últimos años como Magistrado; y tanto en Juzgados y Audiencias, en el Tribunal Supremo–. No beben de estudios teóricos, sino de la praxis judicial. Son ideas nada académicas. No quiero ni disimular ni confundir al lector. Por eso, deliberadamente, huyo incluso de darles una apariencia académica, mediante la introducción de citas. Y las referencias jurisprudenciales serán las absolutamente imprescindibles. Eso no significa que no haya manejado a fondo la bibliografía especializada que recojo en un apartado final.

Omitiré por esa misma razón la exposición de la evolución histórica, legislativa y jurisprudencial; o del Derecho comparado (en este punto, estamos ante una carencia del autor, y no solo ante una estrategia metodológica). Focalizo la atención en lo que es dar cuenta del estado actual de la doctrina del Tribunal Supremo, a la que se ajusta la praxis generalizada y algunas ideas sobre los fundamentos y raíces de esa doctrina jurisprudencial y sobre una plausible reforma, reforma que considero necesaria; así como mecanismos que podría ofrecer el ordenamiento vigente para, al menos, paliar algunas de las disfunciones del sistema.

El pensamiento de Carnelutti que servía de preámbulo a estas líneas –el proceso penal acaba con la sentencia– está muy enraizado en la mente de muchos jueces, fiscales, abogados y en general prácticos del Derecho penal. Tampoco es ajena esa equivocada idea al mundo de la Academia, aunque es justo reconocer que en los últimos años han aparecido interesantes estudios sobre ejecución penal en general, y, más en particular penología en los concursos y singularmente sobre el artículo 76 del texto punitivo.

El proceso no finaliza con la condena. Después se toman decisiones tan o más relevantes que las que ocupan la sentencia que no supone un *punto final* a los problemas penales que pueden aparecer implicados. Es solo un *punto y seguido*. Con la sentencia condenatoria tan solo se abre una puerta a una nueva dependencia repleta de cuestiones –también de aplicación de normas de Derecho penal sustantivo, de enjuiciamiento propiamente dicho– que en ocasiones

son más determinantes y trascendentes que, por ejemplo, la apreciación o no de la alevosía; o la estimación de una atenuante; o la definitiva calificación penal y opción individualizadora. La rehabilitación del Derecho penitenciario en las últimas décadas –a nivel doctrinal, legislativo y también orgánico con la constitución de la ya bien consolidada y asentada jurisdicción de vigilancia penitenciaria– ha paliado el crónico olvido de la fase de ejecución, solo en parte. Quedan muchas instituciones que por estar ubicadas en esa injustamente desdeñada etapa han sido relegadas por estudiosos y prácticos. Destaca entre ellas la acumulación de condenas regulada en el artículo 76 CP. Felizmente esa *Cenicienta* ha sido redescubierta en la jurisprudencia que en los últimos años ha sentado criterios unificadores interpretando la confusa norma, y en la doctrina donde han aparecido monografías que enmiendan un olvido secular.

Ese incidente u operación de acumulación, aunque ubicado cronológicamente en la fase de ejecución no es propiamente ejecución; es declaración, enjuiciamiento. Ni estudiosos, ni la jurisprudencia, ni la praxis –donde se observaban llamativas divergencias en la aplicación de esa técnica de concreción penológica y un muy generalizado desconocimiento en el foro– prestaban demasiada atención a ese instituto ni a las numerosas cuestiones que plantea, tanto a nivel de operatividad práctica como en estratos previos de principios y fines del Derecho penal. Se va tomando conciencia ahora, por contraste, de que muchas veces de cómo se interprete y aplique el artículo 76 CP depende que se cumplan cinco o doce años de prisión; cuatro o siete años; quince o veinticinco; seis o dieciséis años.

Mi pensamiento sobre la interpretación del artículo 76 CP ha ido variando a lo largo del tiempo, a veces por mor de reformas legislativas; pero sobre todo por la persistente sensación de que el modelo es muy insatisfactorio. Reclama correctivos. He llegado a convencerme de que, en último término, solo son factibles a través de reformas legislativas. Cualquier otro intento o abrirá agujeros difíciles de tapar o no acabará de ahuyentar la insatisfacción. De cualquier forma, se me antoja dificultoso encontrar el mecanismo adecuado si se quiere mantener un equilibrio plausible y no abrir paso a incongruencias o insoportables comparaciones.

II. ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS: SU FINALIDAD HUMANIZADORA

Se ha discutido hasta la saciedad sobre la prisión permanente revisable y su conformidad o no con el artículo 25 CE, desde que se anunció su introduc-

ción en el CP, sin reparar que, mientras se producía esa polémica dogmática, política y académica, nuestros centros penitenciarios alojaban a más de doscientos penados con liquidaciones de condena por encima de los treinta años, y en ocasiones muy por encima del tiempo razonable de duración de una vida, como consecuencia de las limitaciones de las fórmulas de acumulación jurídica del artículo 76. Eran los grandes olvidados, para los que en algunos casos –al menos teóricamente– la prisión permanente revisable podría constituir paradójicamente legislación ¡más favorable! Y, por tanto, de aplicación retroactiva, aunque el Tribunal Supremo intentase convencernos –y convencerse– de que no era sí (STS 298/2017, de 27 de abril).

Se detectan ciertas gotas, no ya de hipocresía o candidez, sino de puro desconocimiento, muestra de ese arrinconamiento de la acumulación jurídica en el debate penal, cuando se subraya de forma solemne y apodíctica la imposibilidad constitucional de una pena de prisión permanente, aunque sea revisable, ignorándose que en la práctica nuestro sistema penal viene consintiendo la permanencia en prisión durante periodos de tiempo muy superiores a la previsible duración de cualquier vida humana. Esas penas enlazadas, además, suelen recaer no precisamente sobre los autores de los delitos más graves en el imaginario social (terrorismo, grandes asesinatos), sino a tipologías delincuenciales mucho más domésticas: reincidentes y habituales durante un periodo juvenil que van sufriendo condenas escalonadas (por ejemplo, atracadores) que no se ejecutan de manera ágil lo que levanta muros para la acumulación; homicidas que han quebrantado su condena o han vuelto a delinquir durante un permiso... Cualquier persona familiarizada con el mundo penitenciario sabe de la existencia de liquidaciones de condena en que la fecha de extinción real se sitúa mucho más allá de los veinte y, a veces, de los treinta o cuarenta años de estancia ininterrumpida en prisión.

Felizmente la pena de muerte va desapareciendo del arsenal punitivo de casi todos los países occidentales. Fue erradicada hace años de nuestro Derecho también en el ámbito del Derecho penal militar, lugar al que la Constitución la había dejado relegada. Nuestra conciencia de ciudadanos de un país occidental donde la pena de muerte está abolida podría quedarse totalmente tranquila, de manera infundada. Que no exista ni pena de muerte ni cadena perpetua, al menos en su forma más simple y clásica, no debiera servirnos de coartada para taparnos los ojos ante situaciones penales que pueden ser tan lesivas de la dignidad humana como la pena de muerte o la prisión a perpetuidad.

Hace unos años saltaba a la prensa una noticia que hacía pensar en ello. Las llamadas a restablecer la pena de muerte suelen proceder de familiares de víctimas o de una opinión pública indignada por crímenes execrables.

Pues bien, un grupo de presos franceses condenados a cadena perpetua en Clairvaux conseguían que llegase a los medios una carta en la que se unían sorprendentemente a esa petición: «Nosotros, los sepultados en vida a perpetuidad del centro penitenciario más seguro de Francia pedimos el restablecimiento efectivo de la pena de muerte para nosotros». Era el grito de unos hombres sin esperanza: «Desde el momento en que se nos condena a una perpetuidad real, sin ninguna perspectiva efectiva de liberación (…), preferimos acabar de una vez por todas en vez de vernos morir a fuego lento, sin esperanza de ningún porvenir». La pena de cadena perpetua puede ser más dura que la pena capital y llama la atención que culturas que rechazan de plano la condena a muerte como un atentado a la dignidad humana admitan sin pestañear las penas de larguísima duración, incluida la cadena perpetua (con ese nombre o sin él). Una sociedad verdaderamente humana ha de tratar a todos como recuperables.

El discurso sobre lo que son los «tratos inhumanos o degradantes» prohibidos por la Constitución (art. 15) no es pura especulación o un tema superado en los países occidentales. Es un debate real, con inmediatas consecuencias prácticas. Se ha progresado en materia de derechos humanos en la aplicación del Derecho penal. Pero es preciso mantener una cierta tensión: la contemplación de esos avances, reales, puede conducir al conformismo, a olvidar que subsisten terrenos y situaciones, a veces más difícilmente conciliables con la dignidad de la persona que otras ya erradicadas.

La pirueta argumental que sirvió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de julio de 1989 para declarar contraria al Convenio la extradición por parte de Gran Bretaña de *Jens Soering* a Estados Unidos ayuda a ilustrar esta idea.

Soering, de nacionalidad alemana, estaba acusado de haber asesinado en Virginia (Estados Unidos) a los padres de su compañera, Elizabeth Haysom. Con motivo de la entrega de unos cheques sin fondos fue detenido en Gran Bretaña. Las autoridades estadounidenses solicitaron su extradición. El examen del Derecho penal de Virginia hacía pronosticar una muy probable condena a muerte.

Soering acudió al Tribunal Europeo. Consciente de que el Convenio no rechazaba la pena de muerte, adujo que la exposición al llamado «síndrome de los corredores de la muerte» supondría unos «tratos inhumanos». Esa situación sería contraria al artículo 3 del Convenio que, de forma tan lacónica como enfática, prohíbe los malos tratos: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

El Tribunal admitió esos argumentos y declaró no conforme al Convenio la extradición a un país con riesgo de condena a muerte y espera de varios años. No por la muerte; ¡por la espera!

Resulta paradójico que el motivo por el que se consideró que había violación del artículo 3 del Convenio fuese no la eventual condena a muerte, sino la larga estancia en prisión aguardando la ejecución (siete u ocho años, según se acreditó). Se predica la inhumanidad no ya de la pena de muerte, sino de la privación de libertad previa en condiciones psicológicas difíciles de soportar: «... por bienintencionado que sea, incluso potencialmente benéfico, el sistema virginiano de recursos posteriores a la sentencia conduce a obligar al condenado detenido a sufrir durante años las condiciones del "corredor de la muerte", la angustia y la creciente tensión de vivir a la sombra omnipotente de la muerte». Esa espera no era compatible con la dignidad de la persona humana –proclamó el Tribunal– y, por tanto, venía repudiada por la prohibición de tratos inhumanos. El Tribunal podía haber optado por situarse en el territorio del formalismo jurídico lo que hubiese llevado a denegar el recurso: el protocolo que prohíbe la pena de muerte no obligaba al Estado demandado. Pero se adentró en lo material y, sorteando las contradicciones internas que suscitaba su propio razonamiento, evitó la extradición.

Es claro que, dados los condicionantes que limitaban el margen de actuación del Tribunal, no cabe extraer principios generales de ese discurso. Es más, son conocidos –no entraré ahora en ellos– los pronunciamientos del TEDH sobre penas de prisión perpetua o indefinida. Pero es indicativo de que logros como la abolición de la pena de muerte no pueden llevar a olvidar que subsisten situaciones y penas que pueden ser más lesivas para la dignidad humana y con las que podemos habernos acostumbrado a convivir.

El objetivo del sistema de acumulación (art. 76 CP) es la humanización de las penas. Ha de ser acogido con la mayor flexibilidad, pero en el marco de unos parámetros irrenunciables.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Desciendo ya al régimen legal que doy por sabido; no me entretengo en su descripción. La regla general penológica de los concursos reales –cumplimiento sucesivo de todas las penas impuestas–, se modula con un correctivo: siempre que la suma no supere el triplo de la pena más grave y, en todo caso el límite de veinte años. En algunos casos singulares que ahora orillo se incre-

menta ese tope de veinte años a duraciones más elevadas en caso de delitos sancionados con penas que alcanzan esa extensión.

Pienso ahora en exclusiva en penas de prisión, dejando a un lado también la controvertida cuestión de si esas reglas operan para otras penas no privativas de libertad. A los efectos que aquí me interesan solo debe consignarse que la jurisprudencia actual no vacila a la hora de incluir en el sistema tanto la localización permanente como la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa. Es más, respecto de ésta, con argumentos más pragmáticos que dogmáticos, acepta que se incluya por vía de principio y sin perjuicio de revisar la decisión si se acredita la solvencia o se produce el pago de la multa, aun cuando todavía no se haya producido judicialmente la conversión.

La opción legal por el triplo de la pena más grave se antoja un tanto caprichosa. Genera injusticias o paradojas que solo se solventarían con la intervención del legislador. Por vía interpretativa se pueden paliar algunas fuentes de agravios comparativos implementando criterios unitarios y racionales que pongan algo de orden en la pura aleatoriedad. Un ejemplo: la condena a una pena única más leve que la suma de las que podrían imponerse por separado como consecuencia de la regla del artículo 77.2 a la larga puede convertirse en un *boomerang* que se vuelve contra el *beneficiario* obligándole a cumplir finalmente varios años más de prisión (al erigirse en pena más grave a multiplicar por tres: mejor hubiera sido mantener la doble penalidad, más grave en su suma, pero con un máximo de pena más bajo).

De esta observación nace ya una derivada reformadora, que, por cierto, venía contemplada tanto en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 como en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal: también las reglas penológicas del artículo 77 CP (concursos ideal y medial) –al igual que las del artículo 74: delito continuado– deben permitir su reformateo en fase de ejecución, ampliando el objeto posible del incidente regulado actualmente en el artículo 988 LECr, para una reindividualización que contemple todo el historial delictivo del condenado superando la visión fragmentaria de un concreto proceso.

Me llama profesionalmente la atención ver recursos de casación que pelean por rebajar una pena o suprimir un delito, cuando es patente, a la vista de la duración de alguna de las penas impuestas, que esa discusión es absolutamente intrascendente a efectos prácticos. Quien está acusado por diez delitos, por ejemplo, le interesa más una condena por todas las infracciones a diez penas de dos años; que una condena por solo tres delitos a penas de tres años por cada uno. Y cuando existen ya condenas cuya suma rebasa los veinte años (sucede a veces en casos de tramas de corrupción o tráfico de drogas), en los procesos sucesivos el objetivo será que la pena más alta sea lo más baja posible

pues es solo esa la que determinará el tiempo de cumplimiento (multiplicándola por tres).

Afecta esa regla del triplo por definición a sentenciados en los que ninguna de las penas alcanza los siete años (seis años y ocho meses para ser más exactos). Es esa la referencia elegida por el legislador y a ella hay que estar. Por eso buena parte de las situaciones aquí abordadas afectan primordialmente a delincuentes con condenas no demasiado elevadas pero sí repetidas. Quien comete delitos de mayor gravedad suele entrar en prisión preventiva y permanecer en ella hasta la condena y cumplimiento lo que diluye la posibilidad de que surjan estas cuestiones (aunque no totalmente: casos de delitos cometidos en la propia prisión; o con motivo de algún permiso).

IV. EL CONDICIONANTE CRONOLÓGICO

Las limitaciones temporales a la acumulación de diversas penas –que son los únicos condicionantes que subsisten tras las reformas de 2003 y 2015, que no han hecho más que plasmar en la letra de la ley lo que ya se había implantado por vía jurisprudencial– obedecen a una idea irrenunciable: mantener (a nivel conceptual: no significa que en concreto haya de valorarse eso) la eficacia disuasoria de prevención especial de la amenaza de una pena que se sabe que no va a empeorar en nada la situación del penado es inútil. No tiene capacidad de desincentivar la perpetración del delito. Cuando se han cometido varios delitos, pero no han sido todavía sentenciados y, por tanto, no hay condena, el sistema de acumulación no anula conceptualmente ese efecto desincentivador: mientras no hay condena subsiste la esperanza –más o menos fundada– de que el delito podrá no ser descubierto; o podrían no recabarse pruebas suficientes; o sobrevenir otras razones que excluyan la condena. Por eso la amenaza de la pena sigue constituyendo un freno (quizás menor) para la comisión de un nuevo delito en tanto supone incrementar el riesgo de ser condenado (aunque finalmente resulte que ese delito dado el historial delictivo no incrementa realmente la condena: pero eso antes de la primera sentencia es un dato incierto). Se preserva así el efecto preventivo de la pena. En esta idea viene insistiendo la jurisprudencia mayoritaria –aunque esporádicamente la decisión mayoritaria viene matizada por una opinión disidente–. Personalmente considero irrenunciable esa premisa: no puede tolerar el ordenamiento la situación de alguien que ya ha sido condenado y, por tanto, tiene certeza de que ha de cumplir condena, y que es consciente de que en ese momento tiene licencia para cometer otras infracciones en la seguridad de que su castigo no podrá incrementarse.

Cuando ya ha recaído la condena, sin embargo, se confirma lo que hasta ese momento era solo una posibilidad. A partir de ese instante (condena, que no juicio) se debe entender cerrada la acumulabilidad de las penas anudadas a hechos nuevos. Si no se hiciese así, quedaría abierta la puerta a la comisión de delitos con garantía de impunidad (fuesen o no descubiertos y dependiendo de la pena impuesta en esa condena ya conocida y que si no ha adquirido firmeza –al menos en lo que es su condena– es por causas ligadas a la voluntad del condenado que la impugna). Por eso la referencia cronológica en la que hay que levantar la barrera para acumulaciones es la de la primera sentencia no la de su firmeza. Y por eso no es fácil buscar otros sistemas. Una fórmula que suponga que el homicidio cometido en prisión por el penado el día que ingresa para cumplir su condena de veinte años ya firme por otros homicidios, va a suponer el incremento en solo un día de su estancia en prisión no parece asumible de ninguna forma. El dictado de una sentencia condenatoria levanta un muro infranqueable para vincular el delito enjuiciado con infracciones cometidas después.

Las disfunciones que emanan de esa regla –que no son despreciables, aunque nunca pueden llevar en mi opinión a prescindir de ella– son secuela de la falta de agilidad de nuestra justicia penal. Mientras más cercanas estén las fechas de comisión del delito y de enjuiciamiento, menos problemas surgirán. Cuanto más se alejen, más y mayores serán las disfunciones. En el bien entendido de que, si se piensan bien las cosas, en los casos de concurso real los retrasos juegan en beneficio del culpable. Cuanto mayores sean los retrasos y dilaciones –y dependiendo del orden en que van recayendo las condenas–, más altas serán las posibilidades de que el penado se vea beneficiado mediante una reducción del tiempo total de cumplimiento basado en el artículo 76 CP.

La última reforma del artículo 76.2 CP (2015) refrenda esta regla plasmándola en términos coincidentes con lo que venía siendo la interpretación jurisprudencial más reciente. La modificación obedecía a la reformulación a la baja del concepto legal de «conexidad procesal» y, sobre todo, a que la referencia a la conexidad material estaba *de facto* vaciada de contenido primero por la jurisprudencia y luego por la reforma de 2003 que acogió aquélla. Entiendo que la modificación –de redacción algo críptica– no pretendía más que adecuarse a lo que venía siendo la línea jurisprudencial prevalente.

En rigor, la literalidad actual del artículo 76.2 CP no veda alternativas exegéticas sobre algunos puntos relacionados con esa pauta temporal principial. Dos de ellos destacan: si, sin alejarse del dogma del criterio cronológico, deben efectuarse todas las combinaciones posibles de formación de bloques para identificar de todas las variables el más beneficioso; y si es factible (per-

sonalmente entiendo que no) hacer abstracción de una de las condenas para excluirla de la acumulación jurídica por convertirla en perjudicial (si es más grave que el resto de las penas puede convertirla en más perjudicial). Esos dos concretos temas son abordados a continuación junto a algunos otros. Es innecesario advertir que se prescinde de un examen completo de todos los problemas de la acumulación.

V. PAUTAS JURISPRUDENCIALES VIGENTES SOBRE LOS CRITERIOS PARA LA ACUMULACIÓN

1. Hay un dogma inderogable en la doctrina jurisprudencial que ya ha quedado enunciado y que es cansinamente repetido, con unas u otras expresiones, en las sentencias sobre acumulación: no pueden refundirse penas por hechos posteriores a la fecha de la más antigua de las sentencias que forman el bloque. Por tanto, la sentencia más antigua de cada bloque (sentencia piloto según la terminología utilizada en ocasiones) deberá ser de fecha posterior a todos los hechos determinantes de las condenas que se acumulan. Todas las sentencias agrupadas en un bloque han de ser acumulables cronológicamente entre sí, es decir, todos los hechos han de ser anteriores a la fecha de la más antigua de las sentencias reguladas (art. 76.2 CP).

2. La referencia cronológica sobre la que hay que levantar la barrera para acumulaciones es la fecha de la primera sentencia, no la de su firmeza. En ese momento cuando el autor es ya consciente de la realidad de la condena y podría especular con otros delitos («por el mismo precio...»). Lo decisivo no es la fecha del juicio oral (que puede prolongarse durante semanas o meses) sino la de la sentencia (que es única). Una perspectiva teleológica apoya ese criterio. Este referente temporal es más conforme con la filosofía de la regla, más favorable al acusado, más seguro (es una única fecha) y, además, no se aparta de la literalidad del artículo 76.2 actual por cuanto por enjuiciados, puede entenderse sentenciados (es una de sus acepciones) (STS 697/2015, de 10 de noviembre). Además, evita un problema burocrático: en los registros públicos no consta la fecha del juicio que habría que buscar en los antecedentes de la sentencia (donde no siempre figura).

3. La redacción del artículo 76 –y así lo ha establecido la jurisprudencia– no prohíbe ni lo que podríamos denominar «reutilización» de sentencias, ni las llamadas combinatorias. Con las expresiones *reutilización* o *rescate* de sentencias se conoce la mecánica por la que, descartado un primer conato de acumulación por no resultar favorable el resultado (el triplo de la pena más

grave es superior a la suma aritmética), se deja a un lado la más antigua de las sentencias, pero no las restantes acumulables por fechas a aquella. Con ellas pueden intentarse nuevas combinaciones para provocar bloques de refundición. No quedan descartadas. El tenor de la ley –ni el actual (en virtud del inciso «de las objeto de acumulación») ni el anterior– proporcionan argumentos tajantes para rechazar esa *reutilización*. No siempre fue uniforme la jurisprudencia sobre este punto: si se acepta como premisa que una sentencia supone un *punto y aparte* en el historial delictivo habría que descartar esa fórmula. En ese instante el condenado habría de adquirir conciencia de que todos los delitos cometidos hasta ese momento, hayan sido o no enjuiciados, solo podrán refundirse con esa condena ya recaída. Habría de tomar conciencia de que la comisión de un nuevo delito abrirá otro «bloque», otro capítulo, en su posible futuro penitenciario. Cambian con ello y mucho las consecuencias. Este sistema, ya abandonado, implicaría estar a la sentencia más antigua y efectuar cálculos con todas las que versen sobre hechos anteriores. Si son acumulables entre sí, se refunden estableciéndose el máximo de cumplimiento si es más favorable. Si no, se mantiene el cumplimiento por separado. A continuación, se reiniciará la operación con la más antigua de las que resten. Así sucesivamente. No cabrá *rescatar* ninguna de ellas para nuevas combinaciones. Habrá que afrontar un nuevo cálculo con la más antigua de las restantes. Esa fórmula arrojaría resultados más perjudiciales. La literalidad del vigente artículo 76.2 CP es compatible con la *reutilización* o *rescate.* Así lo declaró el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2016.

4. Se viene admitiendo igualmente, ya sin excepciones, la legalidad, es más, la imperatividad de efectuar *combinaciones* para valorar todas las hipótesis admisibles y elegir de entre ellas la que finalmente resulte más beneficiosa. La alternativa sería proclamar la necesidad de atenerse a la secuencia temporal para ir efectuando los sucesivos bloques. Una vez formado uno a partir de la sentencia más antigua, habrá que reiniciar a la operación con la más antigua de las restantes, pero descartando las ya acumuladas. Hoy en la jurisprudencia es pacífica la tesis a tenor de la cual caben combinatorias**:** cuando existen distintas posibilidades de formación de bloques hay que comprobar de todas ellas cuál resulta más beneficiosa para optar por ella, aunque se *desordene* la secuencia temporal. Pero siempre respetando el dogma de que nunca en un mismo bloque pueden existir condenas por hechos posteriores a la data de la sentencia más antigua (sentencia piloto). Si se puede prescindir de la primera o última de un bloque cuando con ese descarte se alcanzan resultados más favorables para el penado.

5. El respeto a la literalidad de la ley obliga a estar al triplo de la pena más grave. No puede burlarse ese criterio legal a través del mecanismo –que en algunas ocasiones se presenta como tentación próxima pues puede llevar a resultados más humanitarios y justos– de extraer del grupo de sentencias acumulables la pena más grave para hacerla cumplir por separado (la que podría llamarse *sentencia estorbo)*. Si esa condena impide la acumulación excluye la de todas las refundibles. Hacer abstracción de esa única condena traiciona, a mi juicio, el sentido de la ley. Lo pone de manifiesto el hecho de que si estuviésemos ante condenas dictadas en una única sentencia no pasaría por la imaginación realizar esa operación en contradicción flagrante con lo que dispone el artículo 76. Pues bien, el artículo 988 LECr viene a ser en definitiva un remedo de lo que hubiese sucedido de haberse dictado una única sentencia en los grupos de penas que se acumulan. Este criterio, sin embargo, siendo mayoritario, no es totalmente pacífico en la jurisprudencia. Sí que se ha admitido en la jurisprudencia más reciente, en el caso de una sentencia con varias condenas por hechos diseminados en un periodo de tiempo. Extraer una o varias para acumular esas concretas penas (y no otras impuestas en la sentencia) a condenas recaídas en otras sentencias, cuando esa escisión viene consentida por el juego de fechas de cada hecho. Pueden ser escindibles a efectos de acumulación condenas fijadas en una misma sentencia (STS 962/2021, de 10 de diciembre).

6. En cuanto al cómputo importante es recordar que los meses no se convierten en años pues por esa vía se incrementaría el tiempo efectivo de cumplimiento. Doce meses son 360 días; un año, 365 días. Doce meses no equivalen a un año. Es esta una cuestión en que sería deseable que legislativamente se aclarase de forma definitiva pues de la praxis actual se derivan muchas disfunciones: debiera generalizarse la regla del artículo 50.4 CP, expandiéndola al cómputo de todas las penas y, singularmente, de las privativas de libertad.

7. Era tradicional entender que la responsabilidad personal subsidiaria no se acumula hasta la conversión por impago de la multa. Ya he aludido antes a su condicionada acumulación anticipada (condicionada a que efectivamente no se pueda hacer efectiva la multa). Igualmente, la jurisprudencia más reciente da por válida la acumulación de las penas de localización permanente: son también penas privativas de libertad.

Las dosis de flexibilidad que ha ido introduciendo la jurisprudencia en la aplicación del artículo 76 CP ha complicado al mismo tiempo las operaciones de cálculo, que realizadas manualmente a veces resultan endiabladas. Es de reseñar que a impulsos del entonces Secretario de Estado de Justicia, Dolz Lago, desde el Ministerio de Justicia se logró hace unos años poner en funcio-

namiento un programa informático que realiza esos cálculos en unos momentos, evitando los errores. El programa se ajusta a las pautas jurisprudenciales, aunque alerta cuando se presentan cuestiones discutidas: no pretende imponer esas soluciones, sino sencillamente servir de ayuda al operador en lo que son puras y tediosas operaciones de cálculo. Ya está a disposición de Fiscales y Magistrados del Tribunal Supremo, así como de algunos Juzgados y Audiencias y de Instituciones Penitenciarias.

VI. LIBERTAD CONDICIONAL Y PENAS ACUMULADAS

Recientemente en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha suscitado la cuestión de la posibilidad de aplicar analógicamente a las liquidaciones de condena resultantes de la suma de penas o bloques de penas no acumulables entre sí las previsiones del artículo 92 CP sobre el acceso a la libertad condicional. La Sala Segunda se fracturó. La mayoría se inclinó por negar esa posibilidad o, al menos, no admitirla abiertamente (STS 467/2022, de 15 de mayo). Una minoría relevante emitió un voto particular donde plasma su posición favorable a esa aplicación analógica. No encuentro razones de peso para excluir la aplicación y no puedo entender cómo puede acogerse a esa previsión una persona condenada a una o varias penas de prisión permanente y no quien está condenado a un número de años alto, pero como consecuencia de la suma de penas inferiores. Siendo plausible la propuesta de los firmantes del voto particular, desde luego no acaba con la desmesurada duración de algunas liquidaciones de condena de penas de prisión como consecuencia de la regla de oro de la acumulación.

VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Cada vez estoy más convencido de que la fórmula legal para evitar lo que se han llamado condenas *casi eternas* ha de buscarse en la ejecución más que en la fase de declaración. No se trata tanto de rebajar el valor nominal de las penas –que también– sino en establecer filtros en fase de ejecución que sean algo más que entelequias y que permitan conciliar la *necesidad* en abstracto de la pena impuesta y de su duración, con la *necesidad* en concreto de seguir ejecutándola.

Optaría, por tanto, simplificando mucho, no ya por no alargar las penas que conminan las conductas (aunque un adelgazamiento es imprescindible y

se hace muy necesario), como por establecer mecanismos reales y no quiméricos de *acortamiento* de su cumplimiento efectivo, cuando se constata que deviene innecesaria la prolongación de la privación de libertad: buscar las soluciones y paliativos más en la fase de ejecución que en la de enjuiciamiento.

Sé que esto conlleva también riesgos y dificultades y que es complicado pensar en protocolos y reglas que gocen de cierta objetividad indispensable para un tratamiento igualitario.

VIII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

García San Martín, J., *La acumulación jurídica de penas*, Madrid (Ministerio de Interior-Secretaría General Técnica), 2016.

Solar Calvo, P., «Interpretación judicial del artículo 76 CP tras la LO 1/2015», *La Ley Penal*, núm. 129, Sección Estudios monográficos sobre individualización de las penas, 2017.

Solar Calvo, P., *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018*, Madrid (Editorial Reus), 2019.

Varona Jiménez, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas,* 2.ª edición, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2022.

CONDUCTAS IMPRUDENTES CON PLURALIDAD DE RESULTADOS DE MUERTE O LESIONES: LAS CLÁUSULAS CONCURSALES ESPECIALES DE LOS ARTÍCULOS 142 BIS Y 152 BIS CP

Marta Pantaleón Díaz *

El objeto de esta ponencia son dos cláusulas concursales especiales prácticamente idénticas que se introdujeron en el Código Penal español en 2019 para el tratamiento de las conductas muy gravemente imprudentes –«de notoria gravedad», dicen ambos preceptos, «en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido»– que provocan varios resultados de muerte o lesiones graves. En ambos casos, se permite al juez imponer «motivadamente» la pena superior en grado a la prevista para el homicidio y las lesiones gravemente imprudentes, e incluso la superior en dos grados, si el número de fallecidos o lesionados fuera «muy elevado». Centrándonos ahora como ejemplo en el homicidio gravemente imprudente, castigado en nuestro ordenamiento con una pena de prisión de uno a cuatro años (art. 142.1 CP), estaríamos hablando de una posible pena de prisión de cuatro años y un día a seis años (la superior en un grado) o de seis años y un día a nueve años (la superior en dos grados), en función del número de resultados lesivos producidos [1]; un marco global de uno a nueve años, que lin-

* Doctora en Derecho penal por la Universidad Autónoma de Madrid. Abogada en Uría Menéndez.

[1] El caso de las lesiones imprudentes es más complejo, puesto que la pena del tipo básico ya está en función de la gravedad de las lesiones causadas. Así, por ejemplo, para las lesiones más graves, castigadas con una pena de prisión de uno a tres años (arts. 152.1.2.º y 149 CP), el artículo 152 bis permite al juez

da con el del homicidio doloso, castigado con una pena de prisión de diez a quince años (art. 138.1 CP).

Hasta donde alcanzo, el antecedente más inmediato de estos preceptos se encuentra en el artículo 565 del Código Penal de 1944, cuyo párrafo quinto permitía incrementar en uno o dos grados las penas previstas para los delitos de imprudencia temeraria profesional «cuando los daños causados fueran de extrema gravedad» [2]. El paralelismo hay que tomarlo *cum grano salis*, pues, bajo la doctrina del *crimen culpae* que imperó en nuestra jurisprudencia hasta el Código Penal de 1995, los delitos imprudentes quedaban excluidos de la aplicación del régimen concursal general, de manera que, por ejemplo, si alguien causaba cinco muertes con su conducta descuidada, no cometía, como ahora, cinco homicidios imprudentes en concurso ideal, sino un solo delito de «imprudencia temeraria con resultado de muerte». En cualquier caso, penológicamente la situación no era muy distinta de la actual, pues ni la apreciación de un concurso ideal homogéneo ni la de una única infracción permiten rebasar el marco penal del delito en cuestión. Lo que hacía el antiguo párrafo quinto del artículo 565 y lo que hacen los actuales artículos 142 bis y 152 bis es introducir una excepción a esta regla para los casos de resultados excepcionalmente graves.

Este es el sentido de calificar estos preceptos como «cláusulas concursales especiales» y el de darles un espacio en el marco de este proyecto: la única finalidad de los artículos 142 bis y 152 bis es la exceptuar del tratamiento ordinario como concursos ideales (art. 77 CP) de algunas hipótesis de concurrencia entre delitos de homicidio y de lesiones imprudentes para las que dicho tratamiento se considera excesivamente poco severo. Si, volviendo al ejemplo del homicidio gravemente imprudente, las reglas del artículo 77 del Código Penal no permiten *en ningún caso* –con independencia de la gravedad de la conducta y del número de muertes producidas– exceder los cuatro años de prisión que constituyen el límite máximo del marco penal, el artículo 142 bis permite llegar a penas que exceden este marco en función, precisamente, de la gravedad del comportamiento y de la cantidad de delitos cometidos.

---

imponer penas de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses (superior en grado) o de cuatro años, seis meses y un día a seis años y nueve meses (superior en dos grados), en función del número de víctimas.

[2] Originalmente, la aplicación de la agravante tenía un presupuesto más: que el hecho se hubiera cometido en la conducción de un vehículo de motor. Ante las críticas de autores como Antón Oneca, J., *Derecho Penal, Tomo I: Parte General*, Madrid, 1949, p. 227; o Quintano Ripollés, A., *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona (Bosch), 1958, pp. 542, 547, esta exigencia desapareció con el Texto Refundido de 1973.

En la medida en que, de este modo, pueden llegar a imponerse penas iguales (o incluso superiores) a las que resultarían de aplicar a esta clase de supuestos las reglas del concurso real (arts. 73, 75 y 76 CP) a pesar de la existencia de «unidad de acción», las nuevas cláusulas no dejan de presentar también un cierto paralelismo con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, sobre el tratamiento conforme a las reglas del concurso real de los supuestos en los que se cometen, dolosamente y en unidad de acto, varios delitos contra bienes jurídicos personales (al menos, delitos de homicidio y de trata de seres humanos) [3]. En ambos casos, podría decirse que se trata de «válvulas de escape» frente a la insatisfacción que produce el que, en el sistema español –al menos, tal y como lo interpreta la doctrina mayoritaria– la unidad de acción sea *siempre*, con independencia del resto de circunstancias, un elemento que impide rebasar el marco penal previsto para el delito más grave de los cometidos; un «bloqueo» para la aplicación de una pena que se considera «realmente proporcionada» al hecho conjunto.

En un artículo que publiqué en 2019 planteaba una serie de críticas a estas dos cláusulas concursales que me conducían a aconsejar su derogación «fulminante» [4]. La mayoría eran, por así decirlo, de técnica legislativa, y en ellas me reafirmo. Sobre todo en el ámbito del tráfico rodado, tal y como se definen habitualmente la imprudencia grave (o temeraria) y el dolo eventual, no hay manera de precisar a qué se refiere el legislador con una imprudencia «de notoria gravedad». Tampoco es nada fácil marcar la frontera entre la mera pluralidad de muertes o lesiones, que permite acceder a la pena superior en grado, y el número «muy elevado» de resultados típicos que puede conducir a la aplicación de una pena superior en *dos* grados. ¿Cuántas muertes son un número «muy elevado» de muertes? ¿Diez? ¿Cincuenta? ¿Cien? Puede que esta indefinición –que era todavía mayor en la versión de estos preceptos con la que comenzó su tramitación parlamentaria [5]– sea el motivo por el que, desde

[3] Sobre esta jurisprudencia, las resoluciones en las que se plasma y las discusiones respecto de su ámbito de aplicación, vid. el reciente trabajo de Peñaranda Ramos, E., «¿Unidad o pluralidad de 'hechos' en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola "acción"? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en Orozco López, H. D./Reyes Alvarado, Y./Ruiz López, C. E. (eds.) *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2022, pp. 807 ss.

[4] Pantaleón Díaz, M., «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019): historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019, p. 192.

[5] En esta primera versión, las cláusulas se planteaban como sendos terceros apartados de los artículos 142 y 152 del Código Penal, de acuerdo con los que, tanto en casos de imprudencia grave como de imprudencia menos grave (¡!) «el Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, la pena superior en uno

que publiqué mi artículo, ninguno de los dos preceptos haya sido (que yo sepa) aplicado por los tribunales.

Las cláusulas plantean otros problemas interpretativos que trataba de resolver en mi artículo [6], pero creo que lo que se espera de mí en este foro no es que hable de ellos. En un proyecto de investigación *de lege ferenda* como el que aquí nos ocupa, no se trata tanto de ofrecer pautas a los tribunales sobre *cómo aplicar* los vigentes artículos 142 bis y 152 bis del Código Penal, como de reflexionar sobre si lo que establecen estos preceptos tiene algún sentido desde el punto de vista de la búsqueda de una *regulación racional* de la concurrencia delictiva como la que nos hemos propuesto. Y yo cerraba el apartado correspondiente de mi trabajo posicionándome de forma muy tajante al respecto. Me autocito:

> «Pero, aparte de ofrecer una ocasión para estas fascinantes acrobacias mentales —seguramente mucho más fascinantes para el investigador que para el jurista práctico—, amén de llenar unos minutos del telediario del domingo 3 de marzo y las portadas de un par de periódicos, yo me pregunto: ¿tenía algún sentido esta reforma? ¿Existía alguna *razón* para dar un tratamiento 'hiperagravado' a esta particular especie de concursos ideales entre delitos imprudentes? Y creo que la respuesta cae por su propio peso» [7].

Lo cierto, sin embargo es que la respuesta a la pregunta que me planteaba –y que me planteo ahora de nuevo, tres años más tarde– puede ser esta o puede ser otra, pero en absoluto cae por su propio peso. Y a replanteármela voy a dedicar lo que queda de esta ponencia.

Si, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se interpreta la «unidad de hecho» a la que se refiere el artículo 77 del Código Penal como «unidad de acción» [8] (y prescindiendo ahora de cláusulas especiales como las que aquí nos ocupan), nuestro sistema concursal parte, como ya he señalado, de la siguiente premisa: la de que merece *siempre* más pena quien comete varios delitos a través de varias conductas diferentes que quien comete varios delitos –aunque sean más, incluso muchos más– a través de una sola conducta. Aplicada a los

---

o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere afectado a la integridad física de una pluralidad de personas con un resultado constitutivo de delito». Tanto Javier Álvarez García como el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, en sus respectivas comparecencias ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, criticaron lo extremadamente indeterminada que resultaba esta formulación (Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 439, 21 de febrero de 2018, pp. 10-11, 21).

[6] Vid. Pantaleón Díaz, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019, pp. 185-191.

[7] Pantaleón Díaz, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 55, 2019, p. 191.

[8] La interpretación no es en absoluto obvia. Un completo resumen del estado de la cuestión en la doctrina, con exhaustivas referencias, puede encontrarse en Peñaranda Ramos, 2022, pp. 797-807, 812 ss.

delitos imprudentes, esta premisa se basa, a su vez, según creo, en dos ideas, una más general y otra más específicamente relacionada con esta clase de delitos. La primera es la de que, puesto que cometer un delito (también uno imprudente) es, en esencia, *decidirse* por un comportamiento contrario a la norma, *una sola* decisión contra la norma, por muchos resultados lesivos que produzca respecto de bienes jurídicos personales de distintos individuos, no podría tratarse «realmente» como constitutiva de varios delitos; por eso habría de recibir, más bien, el tratamiento penológico de un solo delito agravado. La segunda, la de que esto sería particularmente cierto en el delito imprudente, puesto que al «dominio» de los cursos causales que caracterizaría al delito doloso se le opondría aquí una suerte de «mundo del azar», en el que «un mismo descuido» lo mismo podría dar lugar a un resultado lesivo, que a cien, que a ninguno, sin que el agente tuviera nada que decir al respecto.

Ambas ideas parecen encajar muy bien con un modelo de la teoría del delito por el que yo siento una particular simpatía: el que lo fía todo (o casi todo) al desvalor de comportamiento, concediendo una importancia meramente «demostrativa» al desvalor de resultado[9]. En este caso, sin embargo, las apariencias engañan. Y es que, incluso desde una perspectiva centrada en el desvalor de comportamiento, las dos ideas anteriores distan mucho de ser indiscutibles. Para darse cuenta, basta en reparar en algo que al menos a mí me resulta obvio: que, en la medida en que el desvalor de comportamiento no es más que desvalor de resultado en potencia, una conducta que amenaza con causar doscientas muertes es más grave que una que amenaza con causar una sola. La decisión de comportarse de forma contraria a la norma es más disvaliosa si están en juego más resultados lesivos que si están en juego menos, y tomar muchas decisiones contrarias a la norma a lo largo del tiempo no es *necesariamente* peor que tomar una sola, si esta última es mucho más grave. Aplicado al delito imprudente, un descuido en relación con una vida y un descuido en relación con doscientas vidas no son «el mismo descuido».

«Aterricemos» lo anterior en ejemplos concretos:

> Ana se toma tres copas de ginebra todas las mañanas con el desayuno antes de coger su bicicleta para ir a trabajar. Normalmente llega a su trabajo sin ningún contratiempo, pero un día golpea a una anciana que cruza correctamente un paso de peatones. La anciana se cae, se golpea la cabeza y muere, pero Ana consigue darse a la fuga sin ser descubierta. Asustada por lo que ha hecho, Ana deja de beber unas semanas, pero pronto vuelve a su costumbre, y no pasa mucho tiempo

[9] Vid. Pantaleón Díaz, M., *Delito y responsabilidad civil extracontractual: una dogmática comparada*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo (Marcial Pons), 2022, pp. 234-241.

hasta que vuelve a atropellar a otra persona, con resultados mortales. Esta vez, Ana es descubierta.

Beatriz, que es piloto comercial, se aburre mucho en los vuelos transatlánticos entre Madrid y Santiago. Para matar el tiempo mientras opera el piloto automático, suele emborracharse con su copiloto hasta que las dos entran en un estado profundo de letargo y duermen hasta el momento del aterrizaje, cuando vuelven a tomar los mandos del avión. En uno de los viajes, mientras sobrevuelan el Atlántico, una bandada de pájaros provoca un fallo en uno de los motores del avión. Beatriz y su copiloto se encuentran tan profundamente dormidas que no reaccionan a tiempo a la alarma que suena en la cabina, de manera que no consiguen reconducir la trayectoria de la aeronave, que termina estrellándose contra el agua. Aunque Beatriz logra salir con vida milagrosamente, fallecen las otras ochocientas cincuenta personas que iban a bordo del avión.

En el estado actual de nuestra legislación, Ana ha cometido dos homicidios imprudentes en concurso real. Cada uno se castigará con una pena de prisión de uno a cuatro años (art. 142.1 CP); de uno a dos años y medio, si se sigue la tendencia de nuestros tribunales a recorrer solo la mitad inferior de los marcos penales salvo que existan circunstancias agravantes [10]. Luego se sumarán las penas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, por lo que, normalmente, Ana se enfrentará a una pena de prisión de entre dos y cinco años. Hipotéticamente, sin embargo, podría llegar a tener que cumplir una pena de hasta ocho años de prisión, suponiendo que cada uno de los homicidios cometidos se castigara con la pena máxima.

Por su parte, Beatriz ha cometido ochocientos cincuenta homicidios en concurso ideal. Antes de que existiera el artículo 142 bis del Código Penal, la pena que le correspondía era de entre dos años y medio y cuatro años de prisión; solo seis meses más que a Ana, en la hipótesis menos severa de las posibles, y *la mitad* que a esta en la más severa. Con el régimen actualmente vigente, Beatriz se puede enfrentar a una pena de prisión de seis años y un día a nueve años; pena que, incluso ahora, está, en el peor de los casos, solo un *año por encima* de la máxima que puede imponerse a Ana. Y estamos hablando de la distancia entre emborracharse para coger una bicicleta matando a dos peatones, y emborracharse a los mandos de un avión de ochocientos cincuenta pasajeros y estrellarlo. ¿Realmente debería marcar *toda* la diferencia el hecho de que lo primero se haya hecho en dos ocasiones diferentes y lo segundo de una sola vez?

[10] *Vid.,* por todos, Basso, G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid (Marcial Pons), 2019, pp. 76-79, esp. núm. 62 (p. 77).

Con este experimento mental no pretendo transmitir el mensaje de que la unidad de acción no deba tener relevancia alguna en el sistema concursal. Creo que bajo el actual artículo 77 del Código Penal late una idea correcta, y es que la proximidad (espacial, temporal o de propósito) entre varios delitos –y a la inversa, la «distancia» que existe entre una y otra decisión de comportarse de forma contraria a la norma– importa a la hora de determinar la pena aplicable al conjunto de ellos. Cuando esta distancia es nula, como ocurre en los casos de unidad de acción, existen buenas razones para mirar el caso bajo una luz más favorable para el reo. En el lenguaje de la vida cotidiana, diríamos que una sola decisión, por terrible que sea, no debería poder destrozarte la vida.

Pero también laten, a mi juicio, ideas correctas bajo los artículos 142 bis y 152 bis del Código Penal –como latían bajo su antecedente en el Código Penal de 1944– y bajo la jurisprudencia de la Sala Segunda sobre el significado de la «unidad de hecho» en delitos dolosos contra bienes jurídicos personales. A todos ellos subyace la convicción, que comparto, sobre que el número de delitos cometidos *importa mucho* incluso en casos de unidad de acción; que importa lo suficiente como para permitir al juez exceder el marco penal del delito más grave. A la jurisprudencia del Tribunal Supremo subyace, además, la de que el dolo, especialmente el dolo *directo*, también importa, y creo que el Profesor Peñaranda ha dado recientemente con la clave de por qué esto tiene que ser así: si el autor puede decidir, sin merma alguna de la eficacia de su plan, cometer los delitos que se ha propuesto a través de una sola acción o de varias –si puede, por ejemplo, escoger entre pegar cinco tiros o poner una bomba– entonces el criterio de la unidad de acción debería ser irrelevante para la determinación de la pena [11].

Proximidad entre los delitos (en el extremo, unidad de acción), cantidad y gravedad de delitos, y título de imputación subjetiva: *todos* estos factores –y, probablemente, también otros– deberían incidir, a mi juicio, en la determinación de la pena aplicable a las hipótesis concursales. Actualmente, esto ocurre a través de la combinación de un sistema legal que, con carácter general, entroniza el criterio de la proximidad entre los delitos; una jurisprudencia que «neutraliza» este criterio en favor de los otros dos cuando se trata de delitos dolosos contra bienes jurídicos personales; y un par de cláusulas concursales especiales que permiten tener en cuenta, también en el ámbito de la imprudencia, el criterio de la cantidad y la gravedad de los delitos cometidos. Pero el objetivo podría lograrse también a través de una regulación racional de la concurrencia delictiva que hiciera superfluas estas excepciones.

[11] Peñaranda Ramos, 2022, pp. 832 ss.

A mi juicio, una buena forma de construir esa regulación consistiría en dar un tratamiento unitario a todos los concursos de delitos, de acuerdo con el que el juez pudiera recorrer libre pero motivadamente un marco penal que mediara entre la absorción agravada (por ejemplo, pena más grave en su mitad superior) y la asperación (por ejemplo, mitad inferior de la pena superior en grado a la más grave), en función de factores como los que he señalado aquí. Esto permitiría, entre otras cosas, derogar –ahora sí– los artículos 142 bis y 152 bis, acabando a la vez con los excesos penológicos a los que estas cláusulas pueden conducir en su redacción actual, sobre todo en relación con el homicidio imprudente. Una reforma en esta línea implicaría algo ciertamente muy impopular entre nosotros los penalistas: la necesidad de confiar, más que ahora, en que la capacidad de los jueces de imponer penas adecuadas. Creo, sin embargo, que la demostrada tendencia de nuestros jueces a la moderación en la determinación de la pena [12] es un buen argumento para fiarnos de ellos.

[12] *Vid.* nota 10 y el texto al que acompaña.

¿UNIDAD O PLURALIDAD DE «HECHOS» EN CASO DE PRODUCCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE RESULTADOS MEDIANTE UNA SOLA «ACCIÓN»? UNA PIEZA DE DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

Enrique Peñaranda Ramos *

I

En esta contribución, dedicada a honrar la memoria del gran penalista colombiano Alfonso Reyes Echandía, se enlazan consideraciones de Derecho español y comparado especialmente vinculadas a una temática sobre la que versó una de sus obras más importantes: la de la tipicidad [1].

Como es bien sabido, ante la disyuntiva de apreciar un «concurso formal» o un «concurso material» (aunque «simultáneo») de delitos en casos tales como el de que «alguien con un solo disparo de revólver [diese] muerte a dos personas o ultima[se] a una y lesiona[se] a otra» [2], Reyes Echandía se pronunció en el segundo sentido, adhiriéndose así a una tesis que, previamente y con

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de investigación DER2017-86139-P «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva», financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España. Se publicó originalmente en Orozco López, H. D./Reyes Alvarado, Y./Ruiz López, C. E. (eds.) *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía,* Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2022, pp. 795-897.

[1] Reyes Echandía, A., *Tipicidad*, primera reimpresión de la sexta edición. Santa Fe de Bogotá – Colombia (Editorial Temis S. A.), 1997.

[2] Véase, *ibidem.* 213.

diversos matices, habían sostenido, entre otros, autores de la talla del argentino Sebastián Soler y el colombiano Luis Carlos Pérez o, antes que ellos, el italiano Bernardino Alimena.

En efecto, como Reyes Echandía con gran precisión recordase [3], tanto Soler como Pérez habían considerado que nos hallaríamos ante un concurso real o material y no ideal o formal de delitos allí donde un sujeto, queriendo matar a dos personas, ocasionase la muerte de ambas a la vez y de un solo golpe. A juicio de ambos, no habría una diferencia relevante entre tal modo de proceder y el de lograr su propósito matándolas una a una, por ejemplo mediante sendos disparos dirigidos contra cada una de ellas. En este sentido suponía Soler que el medio concretamente escogido a tal efecto «no es más que la expresión externa de la potencia criminal de la voluntad, y si esta ha sido doble, es del todo indiferente que el acto haya sido único, cuando doble ha sido el resultado. La acción es única solo aparentemente, ya que incluye en sí un poder suficiente para la actuación de las dos determinaciones» [4]. De un modo similar, Alimena había sostenido también que «el que con un solo golpe mata intencionalmente a dos personas, realiza una sola acción, pero produce no un solo hecho delictuoso, sino dos, cada uno de los cuales constituye una figura autónoma, como que tiene una intención y un resultado propios y da lugar a un concurso real» [5].

Coincidiendo hasta aquí plenamente con el criterio de todos esos autores, Reyes Echandía entendía que habría de apreciarse un concurso real simultáneo en el caso de que un sujeto, a través de lo que desde una perspectiva puramente objetiva podría considerarse una sola conducta, produjese con dolo directo la muerte de varias personas. Así, por ejemplo, en «el caso del secuestrador que aprehende a dos personas con el fin de cobrar rescate, pero no habiendo logrado su propósito y viéndose perseguido por las autoridades decide eliminarlas de un solo disparo para economizar proyectiles y tiempo», sería ciertamente «desde un punto de vista estrictamente objetivo una sola […] la conducta del autor, pero como toda conducta es el resultado de una previa volición y como en el presente caso son nítidamente dos las pretensiones criminosas», ese sujeto habría perpetrado «dos delitos de homicidio perfectamente diferenciables» a los que casaría por tanto el tratamiento del concurso material y no el del concurso formal de delitos. Es interesante resaltar que a favor de tal

[3] Véase. *ibidem,* p. 214.

[4] Soler, S., *Derecho penal argentino*, t. II, 3.ª reimpresión, Buenos Aires (Tipográfica Editora Argentina), 1956, pp. 310 s.

[5] Alimena, B., *Principios de derecho penal*, t. I (trad. de Eugenio Cuello Calón), Madrid (Librería General de Victoriano Suárez), 1916, p. 527.

conclusión Reyes Echandía aducía, además, que «el secuestrador de nuestro ejemplo bien hubiera podido eliminar de sendos disparos a los dos rehenes, con lo que surgiría diáfana la figura del concurso material», pero esta no podría desaparecer «para dar paso a un concurso meramente formal solo porque en vez de disparar dos veces –una sobre cada víctima– decidió hacerlo utilizando un solo proyectil […], porque este cambio en el *iter* criminoso es meramente circunstancial y deja intacta la esencia del fenómeno que radica en la plurisubjetividad de la conducta, vale decir. en el doble propósito homicida» [6].

A la misma conclusión llegaba no obstante también Reyes Echandía en los casos en que ese propósito plural no estuviese presente, por haber obrado el autor meramente con dolo eventual o por imprudencia. Tras examinar diversas constelaciones de casos en que tales formas de imputación subjetiva se presentaban combinadas de modos diversos, en las que no es necesario detenernos, se enfrentó finalmente a los supuestos en los que un sujeto mediante una conducta meramente culposa ocasiona varios resultados delictuosos, como en el ejemplo de quien «lleva su vehículo a velocidad excesiva por una concurrida vía pública y atropella a dos peatones a quienes causa la muerte o lesiones» [7]. Según Reyes Echandía, las razones que Luis Carlos Pérez había aducido en contra de la decisión de la Corte Suprema de Justicia colombiana de admitir, en un caso de esta naturaleza, un concurso material o real de tantos delitos como resultados producidos por una única falta de cuidado, partirían «de un presupuesto equivocado y es el de que siendo una sola la imprevisión del agente y por ende, uno solo elemento moral el delito es también único». A juicio de Reyes Echandía, en las hipótesis de las que aquí se trata, «la imprevisión es ciertamente una», pero ello no impide que «de cada uno de los resultados delictuosos efectivamente ocasionados por la conducta del agente se pued[a] predicar el instituto de la culpa» y que con cada uno de ellos se pueda conformar «una figura criminosa jurídicamente autónoma», de modo que el concurso debería ser también en este caso uno de carácter simultáneo, aunque material y no formal [8].

II

El tratamiento de las cuestiones que aquí se examinan ha tenido una interesante y muy discutida evolución en la doctrina y la jurisprudencia españolas

[6] Reyes Echandía, 1997, pp. 214 s.
[7] *Ibidem*, p. 216.
[8] *Ibidem*, p. 217.

en los últimos años, que intentaré resumir seguidamente, no sin antes efectuar algunas indicaciones previas acerca del contexto normativo en el que esa evolución y la polémica generada en torno a ella se insertan.

1. El Derecho penal vigente hasta el momento en España establece una distinción fundamental en los casos de efectiva concurrencia delictiva según que esta se produzca por un solo hecho o por varios hechos diferentes

En la primera de esas hipótesis, nos hallamos ante un «concurso ideal», regido por lo dispuesto en el artículo 77.1 y 2 CP español, donde se prevé que «en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos … se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite se sancionarán las infracciones por separado».

En la segunda y a salvo de las previsiones específicas que se establecen en los artículos 74 y 77.3 CP, respectivamente, para el delito continuado y el concurso medial, estamos en cambio ante un «concurso real», que se rige por lo dispuesto en los artículos 73, 75 y 76 CP, conforme a los cuales, al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas para su cumplimiento simultáneo, si ello fuera posible por la naturaleza y efectos de las mismas, o para su cumplimiento sucesivo, en caso contrario, con los límites previstos en el artículo 76.1 CP (del triple del tiempo por el que haya sido impuesta la más grave de las penas en que haya incurrido el culpable, sin exceder de veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años, según la gravedad de esas penas), salvo que al menos una de ellas sea la de prisión permanente revisable[9].

Puesto que el tratamiento jurídico del concurso ideal y real de delitos es, en consecuencia, sumamente diverso en el Código Penal español (absorción agravada en el primer caso y acumulación material sujeta a determinados límites, generalmente conocida como «acumulación jurídica», en el segundo), resulta una cuestión de capital importancia la de cómo determinar si concurren sus respectivos presupuestos, esto es, si dos o más delitos se han cometido por un solo hecho o por una pluralidad de ellos.

2. Hasta tiempos relativamente recientes, tanto la jurisprudencia como la doctrina españolas se pronunciaron, de forma casi unánime o al menos muy mayoritaria, a favor de considerar que para establecer si nos hallamos ante un único hecho o ante una pluralidad de ellos tendría únicamente relevancia el

[9] Tales límites operan respecto de las penas impuestas en un mismo proceso (o que por el tiempo de su comisión habrían sido susceptibles de serlo), según establece el artículo 76.2 CP español.

número de las acciones (u omisiones) realizadas y no el número de los resultados que esas acciones produzcan (o estén orientadas a producir).

Desde este punto de vista, habría, por tanto, un solo hecho en el caso de causarse la muerte a varias personas mediante una misma acción (v. gr. la de efectuar un disparo o la de lanzar o hacer estallar una bomba en el lugar en que aquellas se hallasen reunidas). En un supuesto semejante ciertamente no habría un solo delito de homicidio intensificado por la producción de una pluralidad de resultados (como, por ejemplo, sostuvo en su día Beling [10] o como, en relación con las hipótesis de comisión imprudente, había entendido la jurisprudencia española bajo la vigencia del Código penal anterior, cuando apreciaba en tal caso «un delito de imprudencia» con varios resultados de muerte), sino tantos delitos de homicidio imprudente como víctimas afectadas, pero en concurso ideal y no real de delitos [11].

3. Un sector minoritario de la doctrina española (representado principalmente por Mir Puig y Vives Antón, a quienes se fueron sumando después un buen número de autores), sostiene por el contrario que para determinar si es uno o son varios los hechos realizados, tanta o mayor importancia que la acción en sí misma considerada pueden tenerla sus (reales o potenciales) resultados.

a) Un antecedente de esta posición, a partir de una «interpretación subjetivista» del concepto de hecho o de acción que no sería después compartida por todos los autores que militan en este segundo sector doctrinal, se encuentra en algunos primeros escritos de Córdoba Roda. En las Notas con las que acompañó su traducción al español del Tratado de Maurach, Córdoba Roda había reprochado a este autor alemán haber realizado un planteamiento «algo incompleto» de este asunto, al destacar solamente, para establecer cuándo se da o no la unidad del hecho, el elemento de la manifestación volitiva externa,

[10] Véase Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, C. B. Mohr (P. Siebeck), 1906, pp. 362 ss., quien mantuvo una particular concepción del llamado «concurso ideal homogéneo» como un caso, no de concurso, sino de realización típica única, aunque intensificada, del mismo tipo de delito, aun tratándose de la afectación de intereses altamente personales, como las que tienen lugar en las lesiones o el homicidio, de una pluralidad de personas.

[11] Esta tesis ha sido defendida, entre otros, por Antón Oneca, J., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pp. 456 s.; Sanz Morán, A., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid (Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid), 1986, pp. 145 ss., 149 ss., y 212 ss.; Sanz Morán, A., «Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial», en J.-M. Silva Sánchez *et al.* (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires-Montevideo (BdeF), 2017, pp. 565 ss.; Cid Moliné, J., «Notas acerca de las definiciones dogmáticas del concurso de delitos», *ADPCP,* 1994, pp. 50 s.; García Albero, R., *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona (Cedecs Editorial), 1995, p. 277 y 318 s.; y González Rus, J. J., «Comentario a los arts. 73 y 75 al 78», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Madrid (EDERSA), 2000, pp. 942 ss. Véase otras referencias a esta posición en Roig Torres, M., *El concurso ideal de delitos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 96 ss.

desatendiendo en cambio la voluntad que a través de tal manifestación se exterioriza. A juicio de Córdoba Roda, «dado que la acción está constituida por la manifestación volitiva y por la voluntad […] se dará un único hecho o acción cuando tanto la manifestación volitiva como la voluntad sean unitarias», pero, si difiere la una de la otra, habría de concederse preponderancia a la dirección de la voluntad. Por ello, así como la existencia de varias manifestaciones volitivas guiadas por el mismo propósito hace que aquellas aparezcan reunidas en un hecho unitario, la finalidad de producir varios resultados habría de determinar la existencia de una pluralidad de hechos aun siendo una sola la manifestación externa de esa plural finalidad. Haberlo reconocido así en algunas de sus sentencias constituiría un mérito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y también «una palmaria prueba de la penetración de los criterios finalistas en nuestro Derecho» [12].

Poco después, Córdoba Roda reiteró esa misma opinión en un estudio sobre el delito de detenciones ilegales en el que abordó entre otras muchas cuestiones el tratamiento de los casos de privación de libertad de una pluralidad de personas mediante una sola conducta causante de la detención o el encierro simultáneos de todas ellas. A su parecer, si se entiende «que la finalidad, como voluntad dirigida a una meta, pertenece al concepto de acción […], la dirección de la voluntad a varios eventos originará, pese a ser una sola la manifestación volitiva, pluralidad de acciones o de hechos». Por ello, al igual que «quien con un solo disparo produce la muerte de varias personas realizará tantas acciones cuantos sean los resultados queridos que han sido causados», aquel que «por un solo acto cierra la puerta de una habitación ocupada por varios sujetos» cometerá, si «la finalidad del autor se extiende sobre la detención de todos los encerrados», una pluralidad de acciones de detención ilegal en concurso real. En cambio, si al detener intencionadamente a otras personas se diera la circunstancia de haber resultado encerrada con ellas alguna otra, cuya presencia en la habitación hubiese sido culposamente inadvertida por el autor, la solución habría de ser diferente: una de las acciones o hechos constituiría a la vez el delito doloso de detención respecto de quien fuese intencionadamente encerrado y un correspondiente delito culposo respecto de quien lo fuese inadvertidamente [13].

Años más tarde, sin ofrecer una clara explicación de su cambio de opinión, Córdoba Roda se apartó sin embargo de esta «interpretación subjetivista»

---

[12] Córdoba Roda, J., en R. Maurach, *Tratado de Derecho penal, traducción y notas de Derecho español de J. Córdoba Roda*, t. II, Barcelona (Ariel), 1962, p. 422, nota 2.ª Córdoba Roda se refiere en este contexto a las sentencias del Tribunal Supremo español de 11 de marzo de 1911 y 9 de febrero de 1935.

[13] Véase Córdoba Roda, J., «El delito de detenciones ilegales», *ADPCP*, 1965, pp. 27 ss.

del concepto de unidad o pluralidad de acción y pasó a sumarse a la tesis dominante, conforme a la cual basta la unidad de la manifestación volitiva externa para constituir la unidad de hecho propia del concurso ideal en todos los ejemplos citados [14].

Poco después, Mir Puig y Vives Antón retomaron sin embargo desde distintas perspectivas la idea de que para decidir acerca de la existencia de uno o varios hechos al efecto de apreciar un concurso ideal o real de delitos podría tener relevancia no solo el número de las acciones ejecutadas, sino también el de los resultados producidos.

b) El punto de partida de la tesis desarrollada a este respecto por Mir Puig fue, nuevamente, el análisis de un delito contra la libertad, en este caso el de coacciones, en el que puede darse asimismo la posibilidad de que una pluralidad de sujetos sean coaccionados mediante una sola manifestación de voluntad del agente, surgiendo con ello la necesidad de establecer si nos hallaríamos entonces ante un concurso ideal o real de delitos. Mir Puig pretendía no obstante ofrecer una solución general a este problema, susceptible por tanto de aplicarse también al tratamiento de otros casos semejantes, como aquellos en los que mediante una bomba o una sola expresión injuriosa se diese muerte o se ofendiera en su honor a varias personas, y a tal efecto señala que, ciertamente, «no pueden ser los resultados, por sí solos, los que decidan el número de acciones presentes», pero tampoco cabe entender la acción como un suceso puramente físico, sino como «objetivación del espíritu humano» y como «unidad social de sentido». A partir de tales premisas Mir Puig sostiene que «la existencia de una o más acciones no depende tanto del número de movimientos corporales cuanto de la finalidad del autor y del *sentido de los tipos*», por lo que «no será tan relevante el hecho de que se mate a distintas personas por uno o varios movimientos corporales, como el sentido subjetivo y social que confieren a la conducta externa la finalidad del autor y los resultados típicos producidos». En consecuencia, desde este punto de vista, «el sentido social y por tanto la gravedad material de la producción intencional de varias muertes mediante la colocación de un solo explosivo no corresponderá a *una única* acción de homicidio sino a tantas acciones homicidas cuantas muertes se quisieron y causaron». Más aún: a juicio de Mir Puig constituiría «una contradicción afirmar que cuando una conducta externa causa dolosamente varias muertes, por una parte existe *una sola acción* y por otra parte concurren *varios*

[14] Véase Córdoba Roda, J., «Comentario al art. 71», en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo *et al., Comentarios al Código Penal*, t. II, Barcelona-Caracas-México (Ariel), 1972, pp. 351 ss., donde este autor, de forma muy sorprendente, atribuye tal interpretación a «cierta jurisprudencia», sin reconocer que él mismo, como hemos visto, la había mantenido también reiteradamente.

homicidios: o se admite que existen varios homicidios, y entonces ha de aceptarse que concurren sendas acciones, o habría de mantenerse –lo cual es absurdo– que se ha producido una sola acción homicida (= homicidio) y, por tanto, un solo delito de homicidio». Las hipótesis de concurso ideal de delitos, en las que, de acuerdo con su definición legal, un solo hecho constituye dos o más delitos, habrían de quedar así reducidas a aquellos casos en que para la realización de los distintos tipos no se requiera la de sendas acciones, entendidas como «causación intencional de varios resultados espacio temporalmente separados», sino que baste «una sola acción susceptible de ser desvalorada conjuntamente por todos ellos», como sucedería, por ejemplo, en el hecho de provocar la muerte de un agente de la autoridad, constitutivo a la vez de los delitos de homicidio y atentado [15].

Mir Puig se mantuvo fiel en lo esencial a esta tesis a lo largo del tiempo, introduciendo posteriormente en ella tan solo algunas precisiones. En sus «Adiciones de Derecho español» a la traducción del *Tratado* de Jescheck, los argumentos hasta entonces expuestos vinieron a reforzarse con algunas reflexiones complementarias. Por un lado, tras insistir en que solo los tipos pueden servir para «recortar» las «unidades de acción» que interesan al Derecho penal, Mir Puig añadió la consideración de que en aquellos tipos que no se conforman meramente con la exigencia de una manifestación delictiva, como sucede en los delitos de mera actividad, sino que exigen además la causación de un resultado material, sería necesario incorporar este, como elemento decisivo, a la «unidad delictiva». Por otra parte, Mir Puig adujo también que esta conclusión vendría además favorecida por la particular regulación de los concursos de delitos en el Derecho español, que, a diferencia de lo que sucede en el alemán, no toma como punto de referencia la unidad o pluralidad de la «acción», sino la del «hecho». En tercer lugar, Mir Puig precisó a partir de esa obra que la aludida «función de acotamiento del tipo» solo corresponde a la «realidad empírica», de la que forman parte los resultados materiales, pero no el efecto meramente ideal de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Y, por último, Mir Puig hizo explícitas de un modo más detallado las consecuencias prácticas de su punto de vista: para constatar la existencia de una pluralidad de hechos no basta que se produzcan varias lesiones ideales de bienes jurídicos (por ello se ha de apreciar concurso ideal entre los delitos de homicidio y atentado realizados en unidad de acción), pero tampoco es suficiente la producción de más de un resultado material, pues hay también concurso ideal en el caso de causación de esa

[15] Mir Puig, S., «El delito de coacciones en el Código penal», *ADPCP*, 1977, pp. 392-394.

clase de resultados, por ejemplo de muerte o lesiones, mediante una sola acción imprudente; solo «cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido tanto subjetivo como objetivo de realización en el mundo empírico de varias causaciones cada una de las cuales supone un hecho típico distinto» [16].

Todas estas consideraciones quedaron incorporadas finalmente sin variaciones significativas a las sucesivas ediciones del *Tratado de Derecho penal* de Mir Puig. Solo en la última, publicada con posterioridad al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015 al que luego me referiré, se observa una modificación relevante, pues en dicha edición Mir admite expresamente por primera vez la posibilidad de apreciar también una pluralidad de hechos, aun no concurriendo una pluralidad de «resultados empíricos», cuando la acción realizada por el agente estuviese dolosamente dirigida a producirlos, esto es, en las hipótesis de tentativa a las que alude también el mencionado Acuerdo [17].

c) Por su parte, Vives Antón entiende, de un modo acaso más radical que Mir Puig, que el concepto de «hecho» que delimita la frontera entre el concurso ideal y el real de delitos se emplea, en este contexto, en un sentido naturalístico (esto es, relativo al sustrato de la valoración típica y no a la valoración misma), pero –al igual que este autor– refiere ese concepto de hecho «a la totalidad de ese sustrato», comprendiendo así no solo el «momento ejecutivo», al que apunta el concepto de «acción» al menos si se utiliza en sentido estricto, sino también los momentos «causal» y «efectual» (o resultativo) [18]. En atención a ese entendimiento, Cobo del Rosal y Vives Antón consideraron «correcta» la afirmación de Mir Puig de que «el matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba». La identidad del hecho a la que se refiere el artículo 77 CP español como presupuesto del concurso ideal de delitos requiere a juicio de aquellos autores que los diversos delitos concurren-

[16] Mir Puig, S., en H.-H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. con «Adiciones de Derecho español», por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. II, Barcelona (Bosch), 1981, pp.1006 s.

[17] Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed. Barcelona (Reppertor), 2015 (2.ª reimpresión corregida, agosto de 2016), 27/1: «Así, cuando mediante una sola conducta (como colocar una bomba) el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varias muertes, realizará no sólo un hecho de homicidio, sino tantos hechos de homicidio cuantas muertes haya ocasionado *o intentado dolosamente* (en este sentido el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª TS de 20 enero 2015)» (cursivas fuera del texto).

[18] Vives Antón, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia (Universidad de Valencia), 1981, pp. 10 s. Así también Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pp. 765 ss.

tes tengan el mismo sustrato material o, al menos, que todo el sustrato material de uno de ellos sea parte del sustrato fáctico del otro. En cualquier caso, la mera identidad de la acción ejecutiva, como en el ejemplo citado, no sería suficiente para colmar dicho presupuesto [19]. En consecuencia, Cobo del Rosal y Vives Antón rechazan de un modo general la posibilidad de admitir un concurso ideal homogéneo: los casos habitualmente calificados de tal modo habrían de ser considerados en realidad como hipótesis de concurso real [20].

d) Como ya he avanzado, a esta tesis, inicialmente muy minoritaria, se han ido sumando en los últimos tiempos un elevado número de penalistas españoles [21], entre los que se aprecian sin embargo sensibles diferencias en lo que se refiere al alcance que pretenden dar a esta solución y particularmente en lo que respecta (i) a si la restricción del ámbito del concurso ideal de ella resultante afecta tan solo a los comportamientos dolosos (o, acaso, a una parte de ellos, a saber, los realizados con dolo directo) o también a los imprudentes y (ii) a si todos los resultados de carácter empírico o material son relevantes para establecer si concurre o no la unidad del hecho que constituye el presupuesto del concurso ideal o si solo importan a ese respecto los resultados materiales lesivos de cierta clase de bienes jurídicos (en concreto, aquellos que tengan una naturaleza altamente personal).

4. A finales del siglo pasado la jurisprudencia del Tribunal Supremo empezó a inclinarse decididamente a favor de calificar como hipótesis de concurso real de delitos los comportamientos dolosos realizados en unidad de acto contra la vida de una pluralidad de personas.

Inicialmente dicha jurisprudencia restringió ese tratamiento a los casos en que el agente hubiese obrado con dolo directo de primero o de segundo grado, manteniendo en cambio la calificación de concurso ideal para las correspondientes hipótesis en que el sujeto hubiera actuado con dolo eventual. Por ello, en las sentencias 861/1997, de 11 de junio, y 187/1998, de 11 de febrero, el Tribunal Supremo español apreció un concurso ideal de delitos entre cinco tentativas de

---

[19] Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999, pp. 772 s.

[20] Cobo del Rosal/Vives Antón, 1999, p. 774, n. 44.

[21] Así, entre otros, con diversos matices, Guinarte Cabada, G., «El concurso medial de delitos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, Santiago de Compostela, 1988/1989, pp. 163 s.; Joshi Jubert, U., «Unidad de acción y concurso medial de delitos», *ADPCP*, 1992, pp. 619 ss.; González Cussac, J. L., en Vives Antón (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, p. 432; González Cussac, J. L., «Paradojas del caso Amedo», *Poder Judicial*, núm. 27, 1992, pp. 39 ss.; Suárez López, J. M., *El concurso real de delitos*, Madrid (EDERSA), 2001, pp. 69 ss.; Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011, p. 325; y Castillo Codes, E., «La problemática concursal», *Foro FICP*, núm. 2016-3, pp. 156 ss. Véase también ampliamente en este sentido Roig Torres, 2012, pp. 136 ss. (con otras muchas referencias) y 148 ss.

homicidio y dos homicidios dolosos consumados, de los que habrían sido responsables, respectivamente, dos individuos que, sin estar probado que actuasen más que con un dolo eventual de matar, habían arrojado varios «cócteles molotov» contra una patrulla policial ocupada por cinco agentes, que por fortuna solo sufrieron lesiones de diversa consideración, y otros dos individuos que habían incendiado un inmueble a sabiendas de que en el mismo se hallaban varias personas, de las cuales dos murieron a causa de las quemaduras ocasionadas en dicho incendio; mientras que en la Sentencia 1672/1999, de 24 de noviembre, condenó como autor de dos delitos de homicidio, uno consumado y otro en grado de tentativa, en concurso real a un sujeto que, con el propósito de arrollarlos y matarlos, dirigió su automóvil contra dos policías, produciendo la muerte de uno de ellos y lesiones al otro.

En dichas sentencias se seguía admitiendo que, «en principio» la «identidad del hecho» que constituye el presupuesto del concurso ideal de delitos equivale a «unidad de acción» (como había declarado entre otras la importante sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de abril de 1992, de la que fue ponente el magistrado Bacigalupo Zapater, con el argumento de que «la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado»), pero se consideraba admisible hacer una excepción a esta posición de principio cuando se tratase de la producción de resultados lesivos de la vida de varias personas y tales resultados «fueran directamente queridos por el sujeto».

Para tal excepción se aducen en las mencionadas sentencias razones parcialmente distintas. La argumentación de las sentencias de 11 de junio de 1997 y de 11 de febrero de 1998 enlaza directamente con la «interpretación subjetivista» del concepto de unidad de acción a la que en su momento se refiriese Córdoba Roda:

> «Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados –se dice en dichas sentencias–, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos es decir, si el mismo actúa con «dolo directo» y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de «varios hechos» punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado –previsto pero no directamente perseguido–, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual» –como sucede en el caso

> de autos– estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso».

En cambio, en la sentencia 1672/1999, de 24 de noviembre, la argumentación se aproxima más bien a la de Mir Puig, pues en ella ocupa un lugar central la idea de que «el término «hecho» que refiere el artículo 77, como presupuesto del concurso ideal no deb[e] ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues […] incorpora tanto el disvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho», sino como constitutivo «de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos» [22].

5. Más recientemente, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015 y las sentencias que lo aplican, han extendido ese criterio, para incluir también en su radio de alcance los casos de dolo eventual.

Dicho Acuerdo, referido a los delitos de homicidio y asesinato, tiene el siguiente tenor:

> «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)».

La primera resolución en aplicar dicho Acuerdo fue la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, referida a un caso en el que un individuo, que conducía en las proximidades del Puerto Olímpico de Barcelona un automóvil, ocupado, además de por él, por otras cuatro personas, hizo –tras tener con ellas una fuerte discusión– que el vehículo se precipitase al mar, sin quedar acreditado que pretendiera producirles la muerte, pero sí que tenía conciencia de la alta probabilidad de que los demás ocupantes muriesen ahogados y que actuó asumiendo tal eventualidad. La conclusión de apreciar en este caso cuatro homicidios en grado de tentativa (pues todos los ocupantes del automóvil lograron

[22] Véase también con una argumentación muy similar la STS 1837/2001, de 19 de octubre. Cfr. también la STS 365/2013, de 20 marzo, que, sin dejar de reconocer «que los casos de dolo eventual serían más proclives para abrazar los resultados a través del artículo 77», da un paso en la dirección de equiparar todas las formas del dolo al efecto de apreciar un concurso real. Fuera de los delitos contra la vida, véase asimismo la STS 788/2003, de 29 de mayo, en relación con un caso en que se entendió producida en concurso real la detención ilegal de dos personas mediante una misma acción violenta.

finalmente ponerse a salvo) en concurso real de delitos se apoyó expresamente, ante todo, en la idea de que «el régimen del concurso ideal, a priori aplicable a estos supuestos, no prevé una consecuencia proporcionada» a su particular gravedad, al no tomar en cuenta «el disvalor de los segundos y ulteriores resultados» más que para determinar la imposición de la pena correspondiente al primero de ellos en su mitad superior, esto es, la misma consecuencia que habría tenido la apreciación en un solo homicidio de una circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal. No obstante y en relación con ello, se apela además al «carácter personalísimo del bien jurídico protegido» y a la «extraordinaria relevancia que el mismo alcanza cuando el bien objeto de protección es la vida, la integridad física o la libertad», así como a la necesidad de acudir cuando de ellos se trata a un «criterio interpretativo» del concepto de hecho que, teniendo en cuenta la pluralidad de resultados, permita alcanzar una pena proporcionada. Por otra parte, se aduce que la concurrencia de dolo eventual respecto de tales resultados sería suficiente para justificar la apreciación del concurso real de delitos porque la distinción entre las diversas modalidades del dolo no hace variar la calificación de la conducta como dolosamente cometida y, lo que no deja de resultar paradójico, porque «no entenderlo así supondría abrir un portillo, sin una base dogmática firme, [a] una especie de categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia que añadiría mayores dificultades de delimitación entre dolo y culpa y supondría tratar de solucionar problemas de proporcionalidad de la pena a través de la desnaturalización dogmática del dolo».

Esta Sentencia contó con un extenso voto particular discrepante del Magistrado Varela Castro, dirigido ante todo a censurar el cambio de criterio que supuso el Acuerdo del 20 de enero de 2015, aplicado en esta resolución, respecto del tratamiento de los casos de producción de una pluralidad de resultados de muerte por una acción realizada con un dolo meramente eventual. Dicho voto particular permite, sin embargo, atisbar una disidencia más profunda, de principio, frente a la tesis acogida por la mayoría del Tribunal, pues no afecta únicamente a las conductas realizadas con dolo eventual [23].

[23] En el primer sentido, el magistrado disidente reprocha a la mayoría de la Sala no haber aportado una argumentación suficiente para justificar la decisión de extender a los supuestos de pluralidad de delitos de homicidio que se cometen mediante una sola acción realizada con dolo eventual de matar el tratamiento penológico del concurso real de delitos. A su juicio, en contra de lo aducido por la mayoría, la diferencia entre las modalidades del dolo directo y del eventual puede tener trascendencia a tal efecto, entre otras razones porque, como se advirtiera en la STS 365/2013, de 20 de marzo, «los casos de dolo eventual serían más proclives para abrazar resultados a través del artículo 77». En el segundo sentido, el voto particular cuestiona la consistencia de los argumentos de la mayoría incluso cuando de comportamientos realizados con dolo directo se trata. Por un lado, critica que se haya dictado «una resolución judicial de pretensiones

Al contenido literal del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de enero de 2015 se han remitido para justificar la apreciación de un concurso real en caso de ataques dolosos contra la vida de varias a través una sola acción «en sentido natural» tanto el Tribunal Supremo [24] como otros órganos judiciales de menor rango [25].

6. Pronto se manifestó en la jurisprudencia española la disposición a extender el criterio establecido en dicho Acuerdo a otros delitos que atentan contra intereses altamente personales distintos de la vida de las personas. En esta línea se inscribe un segundo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 31 de mayo de 2016, referido a la trata de seres humanos. Según este segundo Acuerdo, «[e]l 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 aplicado por vez primera en la STS 538/2016, de 17 de junio, abriéndose así una línea que ha tenido continuidad en numerosas resoluciones posteriores [26]. En ellas es frecuente relacionar el criterio establecido en el Acuerdo de 2016 para el delito de trata con el establecido en el de 2015 para los delitos contra la vida de las personas y señalar la congruencia entre

correctoras de la voluntad legislativa», orientada a «lograr una mayor sanción, o, eufemísticamente, más proporcionada», pero no prevista en el texto de la ley, en la línea de lo que «se pretendía, para casos como el presente, en algún proyecto del Código Penal, previo al que culminó en el Código Penal de 1995» y que finalmente no resultó aprobado. Por otra parte, reprocha también a la mayoría del Tribunal haberse apartado de la tesis dominante en la doctrina con argumentos inconsistentes, como el de hacer depender la existencia de un concurso real o ideal del carácter homogéneo o heterogéneo de los resultados y, por ende, de los delitos cometidos, un criterio que carecería de base legal y sería además incoherente con la afirmación de que, en los delitos culposos, la causación por una única acción de plurales resultados tipificados en el mismo tipo penal, conduce siempre a la apreciación de un concurso ideal. Finalmente, el magistrado firmante de ese voto particular considera asimismo incongruente que la mayoría aduzca para justificar su tesis la necesidad de acomodar la pena al desvalor del resultado y sin embargo mantenga la solución penológica del concurso real incluso cuando los resultados, por quedar el delito en grado de tentativa, no lleguen a producirse.

[24] Véase el ATS 448/2016, de 10 marzo; y las SSTS 398/2018, de 12 de septiembre, 44/2019, de 1 de febrero, y 57/2019, de 5 de febrero (en la que se hace una aplicación particularmente extravagante de dicho criterio a una hipótesis de *aberratio ictus).*

[25] Véase SSAN 9/2015, de 24 abril, y 11/2020, de 22 de julio; SSAP de Asturias 29/2015, de 12 junio, y 313/2015, de 21 de julio; SAP de Santa Cruz de Tenerife 519/2015, de 28 septiembre; SAP de Guadalajara 19/2017, de 22 de septiembre; SAP de Vizcaya 26/2018, de 21 de mayo; SSAP de Barcelona 415/2020, de 25 de octubre, y 678/2020, de 26 de noviembre; SAP de las Islas Baleares 38/2021, de 30 de marzo; STSJ de las Islas Baleares 25/2021, de 20 de julio. Véase sin embargo STSJ de Madrid 257/2020, de 23 de septiembre (que anula la SAP de Madrid 151/2020, de 2 de marzo, en la que se había apreciado un concurso real de delitos en aplicación del Acuerdo de 20 de enero de 2015).

[26] Cabe citar en el mismo sentido las SSTS 538/2016, de 17 de junio, 807/2016, de 27 octubre, 196/2017, de 24 marzo, 132/2018, de 20 marzo, 77/2019, de 12 febrero, 396/2019, de 24 julio, 63/2020, de 20 febrero, y 306/2020, de 12 junio.

ellos al estar implicados en ambos casos bienes jurídicos de naturaleza altamente personal, como son la dignidad, la libertad y la vida.

No es extraño por tanto que se observe asimismo en la jurisprudencia española más reciente la tendencia a apreciar también, más allá del estricto marco de los citados acuerdos, un concurso real de delitos cuando por un mismo curso de acción resulten afectados con una pluralidad de víctimas otros intereses de naturaleza altamente personal, como la salud y la integridad corporal o la libertad de las personas [27].

Hay que señalar, no obstante, que esa orientación jurisprudencial no es unánime, pues coexiste con otra que, de forma más cauta, pretende restringir la apreciación de un concurso real de delitos en supuestos de unidad de acción a los casos que en esos acuerdos expresamente se mencionan. En esta línea se encuentran algunas resoluciones dictadas por diferentes tribunales que rechazan por tanto apreciar un concurso real entre varios delitos realizados en unidad de acción fuera de los casos de atentados de carácter homogéneo contra la vida de varias personas o de delitos de trata con pluralidad de víctimas [28].

7. La posición adoptada por la jurisprudencia española en los últimos decenios sobre la configuración del concepto de unidad de hecho en la teoría del concurso de delitos, a la que se ha hecho referencia en los apartados anteriores, ha sido objeto de críticas muy severas por parte del sector mayoritario de la doctrina.

Ya las sentencias que abrieron paso en los años noventa del siglo pasado a tal posición recibieron fuertes reproches. Choclán Montalvo, en un comentario crítico a la citada STS de 11 de junio de 1997, había aducido que la posi-

[27] Así, en la STS 22/2019, de 23 de enero, apelando al sentido del Acuerdo de 20 de enero de 2015, se sostiene que el dolo referido a la producción de una pluralidad de resultados de carácter heterogéneo (de homicidio en un caso y de lesiones en otros) sobre una pluralidad de personas mediante «una unidad natural de acción» determinaría la punición del hecho «como si de varias acciones se tratara, por lo que tal acción debe[ría] ser subsumida en un concurso real». En el mismo sentido se pronunció la SAP de Zaragoza 120/2020, de 25 de marzo. La STSJ Canarias 7/2017, de 26 de junio, apreció un concurso real entre los delitos de asesinato e incendio del artículo 351 CP. La SAP de Las Palmas de Gran Canaria 150/2020, de 22 de junio, consideró que el criterio establecido por el Tribunal Supremo en su Acuerdo no jurisdiccional del pleno de 20 de enero de 2015 sería «plenamente trasladable» a todos los delitos en que se produzca un resultado, siempre que sean varios los titulares del bien altamente personal afectado.

[28] Así la SAP de Sevilla, 424/2015, de 16 de septiembre, en un caso de descubrimiento masivo de secretos mediante la captación de imágenes íntimas de numerosas mujeres con cámaras ocultas en los lavabos de un salón de peluquería; y la SAP de Navarra 88/2019, de 29 de abril, en un caso muy similar al anterior. Véase también la SAP de Madrid 419/2020, de 4 diciembre, en un caso de concurrencia de una tentativa de homicidio hacia una persona con unas lesiones causadas a título de dolo eventual a otra con el mismo disparo de una escopeta cargada con un cartucho de postas intencionadamente dirigido contra la primera. La STSJ de Madrid 257/2020, de 23 de septiembre, dejó directamente de aplicar el Acuerdo de 20 de enero de 2015 a un supuesto que encajaba literalmente en su ámbito de aplicación literal, pues de trataba de dos tentativas de homicidio cometidas mediante el incendio de un inmueble.

ción que atiende al número de resultados producidos para determinar la unidad o pluralidad de hechos sería fruto de una concepción del delito como mera causación natural que habría sido históricamente superada por otra, vinculada a la doctrina final de la acción y del injusto personal, para la que el objeto específico del desvalor penal es la acción antinormativa; a su juicio, esta visión más moderna del delito habría de traer como necesaria consecuencia que la unidad o pluralidad de hecho en el sentido de la teoría de los concursos venga determinada por la unidad o pluralidad de la manifestación volitiva y no por la unidad o pluralidad del resultado [29].

Las críticas se han recrudecido tras los Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de los años 2015 y 2016, anteriormente citados. Entre ellas destacan por su especial rigor técnico las formuladas por Sanz Morán, quien ha centrado su atención, por un lado, en los supuestos de unidad de acción y pluralidad de resultados que han quedado expresamente excluidos del ámbito de aplicación de dichos acuerdos y, por otro, en las razones que en las sentencias que los aplican se aducen para justificar la solución del concurso real de delitos en los supuestos expresamente incluidos en tal ámbito.

En cuanto a lo primero, Sanz Morán juzga inconsistente excluir del alcance de dichos acuerdos, como explícitamente señala la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, los supuestos de causación por una única acción de resultados heterogéneos (por ejemplo, de muerte y lesiones) que afecten también a distintas personas y remitir su tratamiento punitivo, como un caso supuestamente indiscutido, a las reglas del concurso ideal de delitos, cuando lo cierto es que, según la opinión minoritaria defendida entre otros por Mir Puig o Vives Antón, también en esta hipótesis de concurso heterogéneo estaría indicada la apreciación de un concurso real. Más censurable aún le parece que, según se sostiene en dicha sentencia, la exclusión del régimen del concurso real para los supuestos en que una única acción imprudente cause varios resultados haya de conducir a la apreciación de un único delito cuando los resultados son homogéneos y, en cambio, a la estimación de una pluralidad delictiva en concurso ideal en caso de tratarse de resultados de distinta naturaleza. Como Sanz Morán con toda razón advierte, lo primero supone un retorno parcial (puesto que limitado a esas hipótesis de homogeneidad) a la tesis del *crimen culpae* y lo segundo una solución manifiestamente insostenible por su incongruencia: si un sujeto no detiene su vehículo ante una señal de «stop» y produce por ello

[29] Véase Choclán Montalvo, J. A., «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», *Poder Judicial*, núm. 49 (1998), pp. 277 ss., 283 ss., 289 ss.

imprudentemente la muerte de los tres ocupantes del vehículo con el que va a impactar, habría según sostiene el Tribunal Supremo un solo delito imprudente (aunque con tres resultados de muerte); pero, si causa del mismo modo la muerte de uno de los ocupantes de ese segundo vehículo y lesiones a los otros dos, nos hallaríamos ante un concurso ideal de delitos; y, si el conductor hubiese actuado con dolo eventual, estaríamos ante un concurso real en el primer caso, y ante un concurso ideal en el segundo [30].

En cuanto al fundamento ofrecido para tratar de justificar la solución del concurso real en los supuestos expresamente incluidos en ambos acuerdos, Sanz Morán censura en primer lugar que la jurisprudencia que los aplica no ofrezca explicación alguna acerca de por qué la interpretación del término hecho en la que se basa, como comprensivo no solo de la acción sino también del resultado producido o pretendido por el sujeto, se restrinja a los casos en que tales resultados sean homogéneos o, incluso, como sucede en el primero de esos acuerdos, lesivos de la vida de las personas. En segundo lugar, este autor considera también censurable que la exclusión de un concurso ideal homogéneo se pretenda extraer de una interpretación literal del artículo 77 CP como supuestamente referido tan solo a la concurrencia de delitos penados con penas de diferente gravedad, una interpretación que, precisamente por su carácter inconcluyente, ha sido abandonada por los partidarios de la tesis doctrinal minoritaria. En tercer lugar, Sanz Morán critica que el Tribunal Supremo apele a la distinta «energía criminal» de quien persigue con su acción la producción de un solo resultado y quien pretende ocasionar varios, lo que a su juicio es «problemático […] en un derecho penal del hecho». Y, por último y sobre todo, reprocha a esta corriente jurisprudencial que en ella esté ausente «una especial preocupación por la falta de coherencia de las soluciones adoptadas» y terminen únicamente por «prima[r] consideraciones de justicia (o, si se quiere, de proporcionalidad)», tendentes a evitar «una respuesta sancionadora» que se tiene por «excesivamente tenue» [31].

III

Una toma de posición detallada acerca de todas estas cuestiones requeriría un espacio del que aquí no se dispone. Me limitaré por ello a hacer algunas consideraciones de carácter general.

---

[30] Véase Sanz Morán, 2017, pp. 872 s.
[31] Véase, *ibidem,* pp. 873 ss.

1. Es oportuno señalar en primer término que algunos aspectos esenciales para el tratamiento de la cuestión que aquí se debate están en principio al margen de cualquier controversia.

Ante todo, existe un acuerdo generalizado en que para definir el concepto de acción o de hecho que aquí interesa no cabe atender exclusivamente a criterios o datos de índole naturalística, pues, como oportunamente señalase Mir Puig, no es factible el establecimiento de una clara separación en el plano físico-natural de la sucesión de cambios y movimientos en que se traduce el comportamiento humano; y, aunque ello fuera posible, tampoco es el punto de vista de la Física con el que abordamos, ni en la vida diaria, ni en el ámbito del Derecho, el recuento de nuestros actos y de los actos de los demás. Como advertía el citado autor español, en efecto «sería absurdo pretender que los innumerables movimientos musculares que llevan a disparar sobre una persona» (entre ellos, extraer el arma de su funda, dirigir el arma hacia donde la víctima se encuentra, apuntar contra ella, apretar el gatillo)

> «constituyan otros tantos hechos en el sentido del Derecho Penal: si el disparo causa la muerte de una persona, hablaremos de una sola acción homicida. El concepto de unidad de hecho –concluye Mir Puig– es, pues, uno de carácter valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración conforme a la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad» [32].

Aunque ciertamente ha habido numerosos intentos de remitir esa valoración a un punto de vista externo al Derecho, parece también razonable suponer que los criterios relevantes para este propósito –por más que aún se siga hablando en este contexto, por ejemplo, de la «acción en sentido natural» o de «unidades naturales de acción»– han de ser propiamente jurídicos y, más concretamente, de carácter específicamente jurídico-penal [33]. Cabe recordar en este punto las lúcidas observaciones que Genaro R. Carrió dirigió al método seguido por Nino para establecer el concepto de «acción» en su monografía sobre el concurso en Derecho penal, en la que este gran penalista y filósofo del Derecho argentino apelaba al uso corriente de esa palabra en el lenguaje ordinario. A ello razonablemente objetó Carrió, entre otras cosas, que «en nuestro quehacer cotidiano es raro que tengamos que contar o inventariar acciones para ver si lo que alguien está haciendo, o ha hecho debe ser llamado

[32] Véase Mir Puig, 2016, 27/3 s.

[33] *Vid.* asimismo en este sentido Mir Puig, 2016, 27/6. Así lo reconoce también Mañalich Raffo, J. P., «El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno», *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, núm. 15 (2011), pp. 152 s.

"una sola acción" o bien "varias acciones"». Por eso mismo sería «dudoso que el lenguaje ordinario pueda proporcionar criterios o guías aceptablemente útiles para resolver las dificultades que plantea la presencia de la palabra «acción», o de las expresiones «una sola acción» y «varias acciones», en contextos jurídicos como los que Nino tiene en vista». Frente a ello, en opinión de Carrió, «más que por el (supuesto) uso ordinario de tales expresiones, la solución de esas dificultades debería guiarse por consideraciones de otro tipo, vinculadas con la justificación del castigo como práctica social y con los principios complementarios que precisan y condicionan la imposición de castigos en casos particulares» [34].

Aparte de esto, en lo esencial se está igualmente de acuerdo en que el concepto de «hecho» que se emplea en la teoría del concurso «ideal» o «real» de delitos, aunque ha de estar de algún modo referido al «hecho típico», no puede coincidir por completo con él, pues –si así fuera– quedaría de antemano excluida precisamente la posibilidad de que exista un concurso ideal de delitos [35]: el hecho de matar o de lesionar a otro (arts. 138 ss., 147 ss. CP) no coincide en el nivel abstracto de la tipicidad con la acción o el hecho igualmente abstracto

---

[34] Carrió, G. R., *Prólogo a C. S. Nino, 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, pp. 10 ss. (13). Una objeción general muy similar, respecto de las tesis sostenidas por Moore, M. S., en *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, Oxford (Clarendon Press), 1993, se encuentra en Williams, B., *Actus Reus of Dr. Caligari*, 1994, University of Pennsylvania Law Review, 142 (5), p. 1661. Nino terminaría aceptando la objeción de Carrió y reconoció que, en efecto, la solución del problema debería poder inferirse de los principios básicos por los que se rige la responsabilidad penal (cfr. a este respecto Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires (Astrea), 1985, pp. 442 s.). Ello no supuso sin embargo en principio ningún cambio en el tratamiento del problema que aquí nos ocupa: tanto en aquella monografía, como en su Tratado Nino sostuvo que «en relación con las acciones que se definen por un resultado típico, la unidad o pluralidad de resultados parece ser el criterio relevante», de modo que «en relación, por ejemplo, con *matar* es necesario y suficiente que se produzca la muerte de un hombre; si se produce la muerte de varios hombres, se duplicará la acción de matar» (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, pp. 37 s.). Por ello procedería generalmente acumular las penas «cuando se realizan varias acciones de matar aunque ellas se ejecuten mediante una sola actividad de arrojar una bomba contra varias personas», pues en tal caso «la pluralidad de resultados determina que haya pluralidad de acciones a pesar de que la actividad corporal sea única» (Nino, 1985, p. 448). Años más tarde este autor, aun admitiendo su «vacilación» al respecto, se mostró más bien dispuesto a entender que en el caso del ejemplo estaríamos ante «una única acción, o sea que se ha producido un resultado múltiple a través de una sola acción», sin dejar de advertir que «en los sistemas jurídicos que no prevén especialmente las situaciones de pluralidad de víctimas con una sola acción» se produciría «una laguna axiológica» que «se tiende a resolver […] multiplicando espuriamente a las acciones» (Nino, C. S., *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, Buenos Aires (Eudeba), 1987, pp. 46 s.).

[35] Véase nítidamente en este sentido, en relación con el Derecho alemán, Puppe, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *GA*, 1982, p. 146; y, con el chileno, Mañalich Raffo, *REJ*, núm. 15 (2011), p. 152. En la doctrina española, el mismo argumento se encuentra ya, entre otros, en Antón Oneca, 1949, p. 455; Cid Moliné, *ADPCP*, 1994, p. 49; y García Albero, 1995, p. 264.

de atentar contra la autoridad o contra los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (art. 550 CP); y, sin embargo, este supuesto de concurrencia de los delitos homicidio o lesiones con el de atentado constituye un supuesto indiscutido, casi el prototipo, del concurso ideal de delitos allí donde esta figura existe como específica categoría concursal.

El «hecho», en el sentido de la teoría del concurso de delitos ha de ser pues definido de un modo algo más general que en cada uno de esos tipos delictivos: así, por ejemplo, podría describirse, en el supuesto citado, como «acometer a otro», «efectuar un disparo» o «lanzar una piedra» contra otra persona. Estas descripciones más amplias sí permiten considerar una determinada acción (u omisión) como substrato fáctico común de varias realizaciones típicas (v. gr. de lesiones u homicidio y atentado) [36].

En este punto es pues necesario advertir que el concepto de «hecho» (o de «acción», que hasta aquí puede considerarse equivalente de aquel) se emplea en el ámbito del Derecho penal, como ya indicara Binding [37], al menos en dos sentidos claramente distintos, aunque no sean siempre adecuadamente diferenciados. Con particular precisión los distingue Mañalich Raffo cuando observa que en el Derecho penal sustantivo «el sentido primario en que puede hablarse de «hecho» es para designar, propiamente, un determinado hecho *delictivo,* esto es, un hecho que se distingue por constituir un delito». Entendido el concepto de hecho de este modo, «si en un caso cualquiera […] se constata la realización de más de un tipo delictivo, habrá que reconocer tantos delitos como sean los tipos delictivos realizados, con total independencia de si la realización de los distintos tipos delictivos tiene lugar a través de una acción (u omisión) o bien a través de varias acciones u omisiones»; y lo mismo habría de suceder cuando, ya sea por una acción o por varias acciones, un mismo tipo de delito haya sido varias veces realizado. En todos los casos de concurso ya sea real o ideal de delitos habrá pues tantos hechos delictivos como realizaciones típicas se hayan producido de forma imputable. Pero como advierte asimismo el destacado penalista chileno «el derecho penal sustantivo también conoce una noción diferente de "hecho", a saber, aquella que sirve para la calificación de un auténtico concurso de delitos como un concurso ideal, precisamente en

[36] Véase Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York (Walter de Gruyter), 1993, 32/2; y, adhiriéndose a él, entre otros, Choclán Montalvo, *Poder Judicial* núm. 49 (1998), pp. 274 s.; y Weezel, A. van, «Unidad de hecho concursal», en F. Maldonado Fuentes (Ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 309 s.

[37] Binding, K., *Handbuch des Strafrechts. Erster Band*, Leipzig (Duncker & Humblot), 1885, pp. 565 ss., 578 ss.

atención a que dos o más realizaciones del mismo o de varios tipos delictivos tengan lugar en "unidad de hecho"» [38].

Es evidentemente en el primer sentido en el que decimos que el homicidio y el atentado a la autoridad (o el homicidio de una persona y el de otra persona distinta o un aborto) son hechos (esto es, delitos) distintos; y es en el segundo sentido en el que nos preguntamos, al efecto de establecer el régimen concursal que les sea aplicable, si esos distintos delitos o hechos punibles se han cometido (v.gr. por medio de un mismo disparo) en «unidad de hecho» (o de «acción»). En consecuencia, es evidentemente también en este segundo contexto de significado del término «hecho» (el de la teoría del concurso) en el que propiamente se sitúa la controversia acerca de si para establecer su «unidad» o «pluralidad» tiene únicamente relevancia la acción (u omisión) o si pueden tenerla de algún modo también los resultados que estas produzcan (o estén orientadas a producir).

Precisamente por esa diversidad de significados del término «hecho» (o «acción») no constituye un buen argumento a favor de esa última opción (la de considerar en algún caso relevante el número de los resultados) afirmar, como hiciera Mir Puig, que sólo admitiendo que cuando alguien mata *dolosamente* a varias personas mediante una bomba existe una pluralidad de hechos cabría explicar que en tal caso se aprecie la existencia de un concurso de delitos de homicidio [39]. Ciertamente, como dice este autor. «cada delito de homicidio requiere un hecho homicida» (lo que vale, por cierto, igualmente para los homicidios dolosos y los impudentes), pero ello solo es así (y, además, por definición, analíticamente) cuando se emplea el término «hecho» en el sentido de «hecho delictivo» o de «hecho punible», que equivale precisamente a «delito». Si esa pluralidad de hechos delictivos o delitos se ha cometido o no «en unidad de hecho» (o de «acción»), ahora en el sentido de la teoría del concurso de infracciones punibles, es algo que ya no se puede decidir con tal argumento [40].

2. Por otro lado, existe además un amplio consenso en que el concepto de acción que se emplea en la teoría general del delito y el que sirve en su caso

---

[38] Mañalich Raffo, *REJ*, núm. 15 (2011), p. 152.

[39] Mir Puig, 2016, 27/42.

[40] Por la misma razón es también solo aparentemente concluyente un segundo argumento empleado por Mir Puig, 2016, 27/41 en contra de la admisibilidad de la figura del concurso ideal homogéneo, esto es, el de que «un solo hecho puede merecer distintas valoraciones desde perspectivas distintas, pero un solo hecho no puede merecer dos o más valoraciones iguales desde idéntica perspectiva sin vulnerar la prohibición de *bis in idem*». Además, si esto fuese cierto, el argumento probaría nuevamente demasiado, pues excluiría también que se pudiese apreciar un concurso ideal de homicidios o lesiones imprudentes, lo que abocaría a optar en estos casos entre un concurso real o una sola realización típica (como en la antigua doctrina de los delitos imprudentes como crimina culpae con resultado de una o varias muertes, lesiones, etc.).

para distinguir el concurso ideal y el real de delitos persiguen objetivos distintos y son en consecuencia también diferentes [41]. Por este motivo la adscripción a una determinada concepción de la acción (o, por extensión, de la teoría del delito) tampoco constituye, en sí misma, un argumento que inmediatamente se pueda hacer valer, ni a favor, ni en contra de la apreciación de una concreta solución concursal para los supuestos de producción de una pluralidad de resultados típicos mediante una manifestación de voluntad unitaria.

Por ello, v.gr., frente a la opinión, manifestada por cierto sector doctrinal, de que la concepción final de la acción obligaría a entender que la unidad o pluralidad del hecho, en el sentido de la teoría de los concursos, se halla necesariamente determinada por la unidad o pluralidad de la manifestación volitiva externa y no por la unidad o pluralidad del resultado, otro sector de la doctrina ha podido sostener, al menos con igual fundamento, que sería más consistente con tal concepción atender no solo a la manifestación objetiva o externa de la voluntad, sino al contenido y la dirección que esta muestre [42].

En todo caso, es patente que se simplifica indebidamente el problema cuando se pretende reducirlo a la cuestión de la mayor o menor importancia que a partir de una orientación dogmática determinada se pueda o se deba conceder al desvalor del resultado [43]; pues, si en las hipótesis de producción de una pluralidad de resultados a través de una sola manifestación de voluntad el desvalor de acción fuese en verdad único, la consecuencia de ello, en cualquier construcción teórica que conceda un papel relevante al desvalor de la acción en la constitución del injusto punible, no sería la apreciación de una pluralidad de delitos en unidad de hecho o de acción (esto es, de un concurso ideal de delitos), sino la de un solo delito.

---

[41] Como advierte Sanz Morán, 1986, p. 146, «en el concepto general de acción de la teoría general del delito […] solo se delimitan los presupuestos mínimos que tiene que cumplir un comportamiento humano para poder valer como «acción» en sentido jurídico penal»; en cambio, «si un determinado complejo de comportamiento se presenta como una acción o como varias es una cuestión para cuya solución no ofrecen apenas ayuda ninguna de dichas teorías». Véase. en el mismo sentido entre otros Vives Antón, 1981, pp. 11 s. (adhiriéndose a Geerds, F., *Die Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburgo (Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co.), 1961, pp. 253 ss.); García Albero, 1995, pp. 264 y 296 s.; y Roig Torres, 2012, pp. 66 ss.

[42] Véanse las referencias a ambas posiciones, representadas respectivamente en la doctrina española por Choclán Montalvo y (el primer) Córdoba Roda, supra en nn. 13, 14 y 29. Véase también en esa segunda línea más recientemente Castillo Codes, *Foro FICP*, núm. 2016-3, pp. 156 ss.

[43] Incurrió a mi juicio en este error Cuerda Riezu, A., «El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990», *ADPCP*, 1991, p. 859, al criticar la disposición contenida en el artículo 75.4 de dicho Borrador (que suponía aplicar el tratamiento del concurso real cuando con una sola acción u omisión se originasen dolosamente varias muertes o lesiones), entre otras razones, porque con ello se otorgaría supuestamente «un papel predominante al desvalor del resultado en casos en que el desvalor de la acción es único («un solo hecho»)».

3. En consecuencia, ni la Filosofía de la acción, ni la dogmática del Derecho penal están en condiciones de ofrecer un concepto de acción a partir del cual quepa responder inequívocamente la cuestión de si es posible realizar varias acciones con un solo movimiento corporal.

Ciertamente en esos dos ámbitos se encuentra representada una tesis naturalista de la que parecería poder desprenderse una respuesta negativa a la cuestión planteada; pero con tal tesis conviven otras que destacan, respectivamente, la dimensión subjetiva (o intencional) y la dimensión social de la acción. Basándose en esta constatación, el filósofo del Derecho español González Lagier [44] ha sostenido que la acción humana es en realidad un fenómeno complejo que cuenta «con tres caras o dimensiones»: una «dimensión natural», correspondiente a lo que él denomina el «acto básico» (esto es, «los movimientos corporales que realizamos cada vez que actuamos»), «una dimensión subjetiva», correspondiente a su vez al «acto-resultado» («lo que hacemos intencionalmente») y otra «dimensión social», que se corresponde con el «acto-consecuencia» (definido por el sentido o el significado social de aquello que hacemos). Es teniendo en cuenta de un modo conjunto esas tres dimensiones o aspectos de la acción como, según González Lagier, cabría enfocar de un modo satisfactorio la disolución de algunas de las paradojas que afectan a su concepto y, en particular, aquella que tiene que ver con lo que aquí interesa, el cómputo de las acciones:

> «Si entendemos «acción» como «acto-básico», con una sola secuencia de movimientos corporales hacemos una sola acción; si «acción» significa «acto-resultado», la respuesta es que tantas acciones como cambios a los que queríamos dar lugar [...]; si «acción» significa «acto-consecuencia», la respuesta dependerá de cuántas acciones adscriban los observadores de acuerdo con las prácticas sociales» en ello implicadas» [45].

Ahora bien, de todas esas perspectivas en sí mismas posibles, ¿cuál es la que se habrá de escoger para decidir cuándo nos hallamos ante un supuesto de unidad o pluralidad de acción en el sentido de la teoría del concurso de delitos?

A la luz de lo expuesto hasta aquí, parece razonable suponer que la determinación del concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiada

---

[44] Véase en lo que sigue González Lagier, D., «Diez tesis sobre la acción humana», en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 10 (1999), pp. 160 s.; y, más ampliamente, González Lagier, D., *Las paradojas de la acción humana. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del derecho y de la filosofía*, 2.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-San Pablo (Marcial Pons), 2013, pp. 113 ss. y 129 ss.

[45] González Lagier, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 10 (1999), p. 163: y González Lagier, 2013, p. 121.

por el específico propósito jurídico-penal al que en este ámbito pretende servir tal distinción: un propósito que no puede ser muy diferente que el de procurar una determinación de la pena adecuada al contenido de desvalor de los delitos concurrentes y a la responsabilidad en que en cada caso haya incurrido el sujeto al cometerlos [46]. De acuerdo con ello, se ha podido decir en efecto, a mi modo de ver con acierto, que «el concepto de unidad de acción no es un concepto determinado, sino un concepto funcional a la adecuación de la determinación de la pena» [47].

4. La doctrina y la jurisprudencia han asumido un concepto de unidad de acción de tales características (independiente del número de movimientos corporales que puedan conformarla, y *normativa y funcionalmente orientado* a lograr una determinación de la pena proporcionada al grado de injusto y de culpabilidad y a evitar el exceso punitivo que podría ir asociado en ciertos a la aplicación de las reglas del concurso real de delitos) en lo que respecta a la extensión que adquiere ese concepto para abarcar unidades de acción más amplias que las estrictamente consistentes en la realización de una determinada «acción en sentido natural» (esto es, un concreto movimiento corporal o un «acto-básico», en la terminología propuesta por González Lagier).

En relación con ello, algún autor ha apuntado que la utilización en las reglas concursales del Código penal español del término «hecho», en lugar del término «acción», tendría precisamente la ventaja, de facilitar la explicación de los fenómenos que se designan como «unidad típica en sentido amplio» o «unidad natural de acción», sin necesidad de «desmembrar» para ello el concepto unitario de acción en uno de índole normativa, «acotado desde el sentido de los correspondientes tipos» de delito, y otro de carácter puramente naturalístico, la llamada «acción en sentido natural» [48].

---

[46] Que la función de la normativa concursal debería ser alcanzar «una determinación de la pena proporcional, adecuada a la culpabilidad por el hecho» es reconocido por un amplio sector de la doctrina alemana, en una parte de la cual se ha ido extendiendo sin embargo un serio escepticismo acerca de que tal objetivo pueda ser adecuadamente cumplido con los criterios tradicionales del concurso de delitos y, en particular, con la distinción unidad-pluralidad de acción: véase al respecto con otras referencias Grosse-Wilde, Th., «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? -Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen», *ZStW*, 133 (1), 2021, pp. 60 ss., 64 ss. y passim. Véase también en este sentido Puppe, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», *ZStW* 132 (1), 2020, pp. 1 ss. y 22 s.

[47] Mañalich Raffo, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica UPR*, vol. 74:4 (2005), p. 1039.

[48] Así García Albero, 1995, p. 277. También Mir Puig, 2016, 27/7, considera una ventaja de la terminología «unidad de hecho» sobre la de «unidad de acción» que aquella «permite vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias «acciones»: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos».

De un modo muy similar, también Beling consideró preferible la expresión «unidad de hecho» *(«Tateinheit»)* a la de «unidad de acción» *(«Handlungseinheit»),* para referirse a aquellos casos en que una pluralidad de acciones individuales debiese quedar sometida, en virtud de una consideración conjunta de las mismas, a un tratamiento unitario, pues, a su juicio, que esas acciones plurales sean contempladas a través de una misma lente, el tipo de un delito, no hace que se conviertan en una única acción, sino tan solo que se obtenga una imagen unitaria de ellas. Esa consideración unitaria de una multiplicidad de objetos individuales, en este caso acciones, le parecía por lo demás necesaria, en muchas ocasiones, para los fines del Derecho penal, como también puede serlo para los de la vida cotidiana, en la que acostumbramos a manejarnos con conjuntos, como «bosques», «bibliotecas» o «rebaños», en los que las que las unidades que los componen desaparecen ante la mirada del observador. Contra ello, a su juicio, nada cabría oponer [49].

5. Como ya se ha dicho, los partidarios de admitir la posibilidad de un concurso real de delitos al menos en algunos casos de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola «acción en sentido natural» (esto es, a través de un mismo movimiento corporal, como un solo golpe o disparo, el lanzamiento o la detonación de una bomba u otro artefacto explosivo, etc.) tienden a considerar que constituye también una ventaja para ese propósito que la regulación española de los concursos, al designar el objeto cuya unidad o pluralidad constituye respectivamente la base para la apreciación de un concurso ideal o real de delitos, emplee el término técnico «hecho», en lugar del de «acción». Puesto que ello supone operar también en esta dirección con un concepto de hecho independiente del concepto «natural» de acción, Mir Puig pudo resumir su punto de vista diciendo que «lo único que importa para decidir si existe un concurso real o un concurso ideal (…) es la unidad de hecho, no la de actos» [50].

Beling se opuso en cambio a que, de la admisión de la posibilidad de agrupar varios objetos individuales en un conjunto bajo la contemplación de aquellos desde una perspectiva unitaria, se pretendiese extraer la conclusión de que igualmente sería posible, a la inversa, dividir una realidad unitaria en virtud de una consideración diferenciada de tal realidad. En consecuencia, Beling rechazaba que una acción individual pudiese transformarse, en atención a la multiplicidad de su referencia normativa, en una pluralidad de acciones o de

[49] Véase Beling, 1906, pp. 333 ss.
[50] Mir Puig, 2016, 27/7.

hechos. A su juicio, para una «desintegración» o «disolución» semejante no habría, ni en el Derecho, ni en la vida diaria, ninguna necesidad [51].

La doctrina mayoritaria en España sostiene también, como ya lo hiciera Beling y lo sigue haciendo ahora la doctrina alemana dominante, que a este segundo respecto resulta obligado atenerse a esa «forma mínima de comportamiento» que consiste en la realización de un concreto movimiento corporal (o, en su caso, en la omisión de un determinado movimiento). Esta «acción en sentido natural», de carácter indivisible, constituiría de acuerdo con ello la «unidad atómica de acción» [52].

García Albero, pese a que en definitiva comparte tal conclusión, ha percibido claramente que, de este modo se consuma la ruptura del concepto de unidad de acción de la teoría del concurso, pues dicho concepto termina por construirse de dos modos distintos y con dos metodologías opuestas: una teleológica o normativa, cuando se trata de componer a partir de una multiplicidad de acciones básicas o elementales una unidad más amplia; y otra, puramente ontológica, naturalista, cuando se definen esas unidades elementales como objetos del mundo físico de carácter indivisible, sin importar ni «el número de los resultados típicos que la aludida acción haya podido realizar», ni «el número de los bienes jurídicos altamente personales que se hayan lesionado», con la consecuencia de que solo podría existir una de esas acciones elementales (y un único hecho), en el sentido de la teoría del concurso, «cuando, por ejemplo, un disparo produzca la muerte de varias personas, o una sola expresión injuriosa ofenda a distintos sujetos» [53].

6. Si el concepto de unidad de acción (o de hecho) de la teoría del concurso es, como ya se ha propuesto, un concepto funcional, habría que estar

---

[51] Véase Beling, 1906, pp. 335 s. Beling se oponía al decir esto a la concepción del concurso ideal de delitos mantenida por Binding, que aquel descalificaba porque conduciría precisamente a «una destilación contraria a la realidad de dos acciones a partir de una sola». La posición de Beling acaso se comprenda mejor si se recuerda, por una parte, su particular concepción del «concurso ideal homogéneo» como un supuesto, no de concurso, sino de realización única, aunque intensificada, del tipo de delito en cuestión (incluso en el caso de los delitos referidos a la lesión de intereses altamente personales, como el propio homicidio) y. por otra, su disposición a admitir asimismo una «unidad de hecho», como «tipicidad intensificada», en casos como los de golpear simultánea y hasta sucesivamente a dos personas diferentes, causándoles lesiones (véase *ibidem,* pp. 362 ss.).

[52] Véase Mañalich Raffo, *Revista Jurídica UPR*, vol. 74:4 (2005), p. 1029. La expresión «átomo de acción» («Handlungsatom»), cuya idea fundamental había sido, según hemos visto, anticipada por Beling, se encuentra también en la obra de Lippold, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von der Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonflikts*, Heidelberg (R. v. Decker & C. F. Müller), 1985, p. 8, de donde la tomó, a su vez, el penalista español García Albero, 1995, p. 266. Véase ahora también, muy críticamente hacia esa concepción «atomista» de la acción como pilar de la teoría aún dominante de la concurrencia delictiva, Puppe, *ZStW* 132(1), 2020, pp. 3 s., quien señala, entre otras cosas, su patente incapacidad para captar los comportamientos omisivos.

[53] García Albero, 1995, p. 266.

asimismo de acuerdo con Mañalich Raffo en que «[no] parece demasiado sensato recurrir» para definirlo simplemente «a un criterio "naturalista"» como es el de que «habría unidad de acción siempre que las realizaciones típicas concurrentes hayan tenido lugar a través de un mismo movimiento corporal voluntario» [54].

Para integrar semejante dato ontológico en un concepto normativo de unidad de acción o de hecho funcionalmente orientado, sería necesario algo más: explicar la relevancia que una identidad, al menos parcial, del movimiento corporal subyacente a una pluralidad de realizaciones típicas pueda tener en orden a reducir el merecimiento (y/o la necesidad) de la imposición de la pena correspondiente en comparación con los casos en que no se da tal identidad. Lo cierto es, sin embargo, que los diversos esfuerzos realizados para tratar de justificar tal relevancia normativa no resultan del todo convincentes.

Cuerda Riezu sostiene, por ejemplo, que la remisión de los supuestos de identidad de acción en sentido natural a las reglas del concurso ideal, en lugar de a las del concurso real de delitos, viene exigida por la vigencia del principio *non bis in idem*. A su juicio, «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» [55]. Pero a ello cabe oponer que el ámbito en el que propiamente opera dicho principio no es el (de la identidad) del sustrato fáctico subyacente a una pluralidad de realizaciones típicas, sino el (de la identidad) de la valoración de dicho sustrato. Por ello no supone una infracción del principio *ne bis in idem* tomar en cuenta varias veces «una misma acción», sino anudar a una de sus propiedades jurídico-penalmente relevantes más de una consecuencia jurídica [56]. Por lo demás, el argumento aducido por Cuerda Riezu terminaría por probar demasiado. Si su tesis fuese correcta, la única solución que sería conforme con el mencionado principio en el caso del concurso ideal sería la regla de pura absorción y no la de absorción agravada que prevé en primer término la ley española (ni, desde luego, la regla de acumulación de las penas individuales en ella prevista con carácter subsidiario). Más aún: si se fuera consecuente con la tesis de Cuerda

---

[54] Mañalich Raffo, *REJ*, núm. 15 (2011), pp. 152 s., quien advierte además que tal criterio «ni siquiera alcanza a ser aplicable respecto de cualquier forma de comportamiento delictivo; piénsese, por ejemplo, en un delito de omisión».

[55] Cuerda Riezu, *ADPCP*, 1991, p. 849.

[56] Véase aquí y en lo que sigue en el texto la atinada crítica que a Cuerda Riezu dirige García Albero, 1995, pp. 232 ss. y 279. Vid también de un modo más general Mañalich Raffo, *REJ*, núm. 15 (2011), p. 154; y Mañalich Raffo, J. P. «El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio», *Política Criminal*, vol. 9, núm. 18 (Diciembre 2014), artículo 8, p. 551.

Riezu, el concurso ideal se habría de diluir en el concurso de leyes, como una de las formas particulares en las que este podría presentarse.

Por otro lado, tampoco resulta plausible la suposición de que a las hipótesis de concurso ideal así definidas sería en todo caso también inherente una menor culpabilidad del sujeto, bien por necesitar una «energía criminal» de menor intensidad para infringir varias normas mediante una sola acción que a través de acciones distintas; bien porque en el primer caso se daría «una sola rebelión contra el orden jurídico» frente a la rebelión reiterada contra dicho orden que estaría presente en el segundo; o bien por la supuesta existencia de un contexto de motivación unitario o plural, respectivamente. Todas estas pretendidas explicaciones son sumamente problemáticas, tanto por cuestiones de principio, como en su aplicación a la distinción debatida [57]. Por no extenderme en exceso, me limitaré a decir, con García Albero, que «cuando de una "sola acción" se deriva una pluralidad de resultados, todos intencionalmente apetecidos, justificar el trato más benévolo del concurso ideal apelando a ese "único momento de rebelión" resulta ahora sí manifiestamente desafortunado», pues en tal caso «la unidad de la conducta externa representaría para el reo un afortunado "ahorro de energía"» y el aprovechamiento de una «feliz ocasión», de modo que «no se comprende bien por qué se ha de tratar con menor rigor a quien decide disparar individualmente a cada una de sus potenciales víctimas que al que directamente opta por reunirlas y hacer explosionar una bomba» [58].

Según Mañalich Raffo, «el criterio con relevancia normativa» que podría ofrecer «la mejor explicación disponible» del tratamiento punitivo más favorable, que también el legislador chileno dispensa al concurso ideal frente al concurso real de delitos, descansaría «en el reconocimiento […] de una superposición […] del «desvalor de acción», esto es, del injusto subjetivo de los hechos punibles» idealmente concurrentes. Tal «superposición» podría ser detectada, a su juicio, por medio del «criterio de evitabilidad conjunta», propuesto por Kindhäuser, conforme al cual «hay unidad de hecho entre dos o más instancias de realización de uno o varios tipos-de-hecho-punible si y sólo si para el agente hubiese sido posible evitar cada una de ellas a través de la omisión o la ejecución de una y la misma acción». En opinión del penalista chileno, la relevancia normativa de esta conexión se prestaría también a ser formulada «en clave de proporcionalidad», pues «la imposición acumulativa de las penas correspondientes a los dos o más hechos punibles» idealmente concurrentes «resul-

[57] Véase al respecto más ampliamente García Albero, 1995, pp. 273 ss., con múltiples referencias.
[58] García Albero, 1995, p. 276.

taría excesiva, en cuanto desproporcionada, en razón de la falta de plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de ellos» [59].

A mi entender, sin embargo, es más que dudoso que, a través de la aplicación del test de evitación conjunta, que no es más que un correlato de la existencia de «una relación de identidad total o parcial entre las respectivas acciones ejecutivas» de una pluralidad de realizaciones típicas, quepa constatar inequívocamente un menor desvalor subjetivo de acción en tal caso que en aquellos otros en que las acciones ejecutivas no se hallen en una relación de tales características [60]. Digámoslo de forma retórica: ¿cabe apreciar en verdad una diferencia normativamente significativa de desvalor subjetivo de acción entre las dos variantes del ejemplo propuesto por Stree del padre que mata intencionadamente a sus dos hijos gemelos arrojándolos al agua para que mueran ahogados desde un puente, según que aquel los lance uno a uno, por ejemplo de forma consecutiva (entonces, indudablemente, concurso real), o que empuje de una vez el cochecito en el que ambos se hallan (en tal hipótesis, en aplicación del test de evitación conjunta, concurso ideal)? Quizás por ser consciente de lo contraintuitivo o, incluso, directamente absurdo [61] que podría parecer postular un diverso tratamiento en supuestos semejantes, Mañalich Raffo sigue insistiendo en que nos hallamos aquí simplemente ante una «explicación» del régimen punitivo diferenciado del concurso ideal y real de delitos.

Más explícitamente, el propio Mañalich Raffo había admitido unos pocos años antes que «este criterio de reconocimiento de una unidad de hecho […] sólo pretende proveer una base racional que *explique*, aunque no necesariamente *justifique*» la separación de ambos regímenes,·«pues los argumentos a favor de la relativización de este principio de diferenciación, que pueden llegar incluso a favorecer la solución inversa, consistente en la adopción de un principio de unificación de uno y otro régimen, no dejan de ser atendibles» [62].

7. También algunos de los autores que se han mostrado más críticos con el planteamiento propuesto por el sector minoritario de la doctrina española y por la jurisprudencia más reciente, se han pronunciado *de lege ferenda* a favor de una relativización del tratamiento diferenciado que el Derecho español brinda al concurso ideal y real de delitos.

---

[59] Mañalich Raffo, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Política Criminal*, vol. 10, núm. 20 (Diciembre 2015), artículo 3, pp. 507 ss.

[60] Sobre el problema que plantean de un modo general las proposiciones condicionales contrafácticas implicadas en esa fórmula véase Grosse-Wilde, *ZStW* 133(1), 2021, pp. 92 s., n. 122.

[61] Así lo reconoce abiertamente García Albero, 1995, pp. 276 s., con núm. 171, en donde este autor hace referencia precisamente al ejemplo citado en el texto.

[62] Mañalich Raffo, *REJ*, núm. 15 (2011), p. 153 (con cursivas en el original).

García Albero, que terminó rechazando la solución ofrecida por dicho sector doctrinal, reconoció sin embargo que tampoco la acogida por la doctrina dominante sería plenamente satisfactoria, al adolecer asimismo de graves problemas, de los cuales «el más llamativo y el que más reticencias provoca» sería «el relativo al concurso ideal homogéneo cuando se lesionan bienes jurídicos altamente personales», cuyo «distinto tratamiento penológico, cimentado en la mera unidad de acción», roza, a su juicio, «lo absurdo». Por ello, este autor consideraba «coherente» que el Proyecto español de Código Penal de 1992 incluyera «una cláusula específica que, sin prejuzgar cuál haya de ser la solución en el ámbito de otros delitos, establezca en todo caso la punición por separado de las diversas muertes o lesiones originadas dolosamente» [63].

Sanz Morán [64], por su parte, ha llamado reiteradamente también la atención sobre los preceptos que, en los trabajos que precedieron a la promulgación del vigente Código Penal de 1995, pretendieron dar a los casos en que, «con una sola acción u omisión se origine dolosamente varias muertes o lesiones» un tratamiento punitivo específico, consistente en «penar por separado las infracciones» así cometidas, y ha señalado asimismo otras opciones legislativas posibles para asignar un régimen punitivo agravado, respecto del que correspondería a la apreciación de un concurso ideal de delitos, en los casos de ataques dolosamente dirigidos contra la vida de una pluralidad de personas [65]. Pero, más allá de ello, este autor plantea ante todo la necesidad de proceder con urgencia a «una revisión de los arcaicos criterios sancionadores previstos para el concurso real de delitos en nuestro Código Penal». A su juicio, aun siendo posible, no sería lo más oportuno equiparar por completo el tratamiento del concurso ideal y real de delitos, sino mantener una respuesta sancionadora distinta para cada una de esas dos formas de concurso, pero aproximando sen-

[63] García Albero, 1995, pp. 318 s. El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 «BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 102-1, de 23 de septiembre de 1992) preveía en el apartado 4 de su artículo 78 (dedicado a establecer la pena aplicable al concurso ideal y medial de delitos) que: «En todo caso se sancionarán las infracciones por separado cuando con una sola acción u omisión se origine dolosamente varias muertes o lesiones». La misma disposición se encontraba en el Anteproyecto de 1992 y en el Borrador de Anteproyecto de 1990 (en este último, en su artículo 75.4).

[64] Véase respecto de lo que sigue en el texto Sanz Morán, 2017, pp. 875 s.

[65] Este autor se refiere aquí a preceptos inspirados en los previstos en los sucesivos Proyectos alternativos alemanes de los delitos contra la vida –en particular el del § 211 (2) núm. 1 del Alternativ Entwurf Leben (AELeben) de 2008 (GA 2008, pp. 200 y 225 s.), cuyo eco parece en cierta medida percibirse en el vigente artículo 140.2 CP, introducido con una redacción poco afortunada en la reforma de 2015, como un supuesto agravado de asesinato, en el que se sanciona con la pena de prisión permanente revisable «al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas». Acerca de la interpretación de precepto como relativo a la punición conjunta de (al menos) tres asesinatos cometidos en unidad o pluralidad de acción y enjuiciados conjuntamente, así como con la consistencia de tal interpretación con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, véase la STS 113/2022, de 10 de febrero.

siblemente su respectivo tratamiento punitivo, «lo que reduciría notablemente la relevancia práctica de la determinación de a qué se refiere el artículo 77 CP con la expresión "un solo hecho" y si la acción única que causa varios resultados en sentido material comporta o no la existencia de otros tantos "hechos"».

8. Ciertamente, si se transformase en ese sentido la regulación de la concurrencia delictiva, los problemas a los que la doctrina y la jurisprudencia españolas han tenido entretanto que enfrentarse podrían quedar en efecto, si no definitivamente resueltos, muy reducidos. Máxime si la opción preferida fuese la que tomó en su día y aún mantiene el Derecho colombiano (en los artículos 26 y 31, de los códigos penales de 1980 y de 2000, respectivamente): la de establecer un tratamiento unitario para el concurso de todos los delitos que se cometan «con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones»; pues entonces la relevancia práctica de aquella distinción se limitaría, a lo sumo, a la indicación de determinados factores a considerar junto a otros para la determinación de la pena concreta a imponer en las hipótesis concursales; por ejemplo, de una parte, la identidad al menos parcial o, acaso, la simultaneidad de la ejecución de los delitos concurrentes, y, de otra, la afectación de bienes jurídicos altamente personales de distintos sujetos pasivos.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que esa deseada relativización o superación del principio de diferenciación entre el concurso ideal y real de delitos todavía no se ha producido en el Derecho español, pues este sigue asignando un tratamiento muy dispar a la concurrencia de una pluralidad de delitos según que estos se hayan cometido por un mismo hecho o por varios hechos diferentes. Y, dado el carácter funcional que el concepto de unidad de hecho tiene en orden a la asignación de ese tratamiento jurídico tan diferenciado, es comprensible que la jurisprudencia y un sector de la doctrina hayan tratado de perfilarlo de tal modo que no conduzca a justificar un tratamiento privilegiado de casos respecto de los que hay un acuerdo casi general en que no lo merecen. No constituye por tanto, en mi opinión, un argumento en sí mismo convincente contra tal pretensión que en ella terminen por primar «consideraciones de justicia (o, si así se quiere, de proporcionalidad)», dirigidas a evitar «una respuesta sancionatoria» que se reputa «demasiado tenue» [66]. Tal crítica solo puede parecer concluyente si tales consideraciones se pretendiesen imponer a una decisión del legislador claramente deducible del propio el tenor literal de la ley o se basaran a su vez en datos carentes de relevancia normativa. Pero, a mi modo de ver, nada de eso sucede.

[66] Véase *supra* nota 31 y el texto correspondiente.

Como ya vimos en su momento, el magistrado Varela Castro, en su voto particular contra la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, sostuvo que dicha resolución judicial estaba inspirada en «pretensiones correctoras de la voluntad legislativa» y dirigida a «lograr una mayor sanción, o, eufemísticamente, más proporcionada», pero no prevista en el texto de la ley. A la vista de cuanto he dicho hasta aquí, no es necesario insistir, sin embargo, en que la expresión «un solo hecho» no tiene inequívocamente en el artículo 77.1 CP el sentido de «un único movimiento corporal», y no impide por tanto considerar como una pluralidad de hechos, al menos bajo determinadas condiciones, la causación de varios resultados (o una actuación dirigida a producirlos) a través de un mismo movimiento corporal [67].

Cuestión diferente es la de si basta la producción de una pluralidad de resultados materiales o empíricos para considerar que nos hallamos también ante una pluralidad de hechos en el sentido de la teoría del concurso. Y en este punto la respuesta debe ser de nuevo aquí negativa mientras no se pueda indicar alguna razón por la que ese dato, hasta ahí solo ontológico o natural, adquiera relevancia normativa suficiente para justificar la exclusión del tratamiento más favorable que la ley penal vigente concede al concurso ideal de delitos frente al concurso real. Como muy bien advirtió Mir Puig, a tal efecto «no pueden ser los resultados, por sí solos, los que decidan el número de acciones presentes», pero carece de la concreción necesaria su apelación a la necesidad de tomar en cuenta también el «sentido subjetivo y social» y la «gravedad material» que conferirían «a la conducta externa la finalidad del autor y los resultados típicos producidos» cuando se produce «intencionalmente», por ejemplo, la muerte de varias personas «mediante la colocación de un solo explosivo» [68]. Esa concreción sin embargo comienza a ser factible si a todo ello se añade un dato implícito en esas consideraciones y es el de que los resultados en los que se está pensando no son cualesquiera efectos naturales o «empíricos», sino precisamente resultados típicos lesivos de intereses eminentemente personales, como son la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad o en su caso también la dignidad de las personas. Este factor adicional ha sido, en cambio, especial y explícitamente destacado, según hemos visto, por la jurisprudencia española y convertido en un elemento central de la argumen-

[67] Tampoco el concepto de (unidad de) «acción» tendría, por cierto, terminantemente ese sentido: véase, al respecto, Puppe, *GA*, 1982, pp. 163 s.; Puppe, I., «Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz. Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmeherheit i. S. der h. L.», *ZIS,* 2007, p. 258; y NK-Puppe, en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Strafgesetzbuch, 5.ª ed., Baden-Baden (Nomos), 2017, § 52, núm. marg. 23.

[68] Véase *supra* nota 15 y el texto correspondiente.

tación dirigida a formular un «criterio interpretativo» del concepto de hecho capaz de justificar en tales casos la imposición de una pena proporcionada a su particular gravedad [69].

9. Para calibrar mejor la relevancia normativa que para la formulación del concepto de unidad de hecho o de acción en el sentido de la teoría del concurso pueden tener esos datos objetivos y subjetivos a los que se acaba de aludir es oportuno volver la mirada a la obra de Reyes Echandía a la que hice referencia al comienzo de esta contribución. Como se recordará, a fin de explicar por qué debería admitirse un concurso real (o «material») simultáneo en el caso de producirse con dolo directo la muerte de varias personas a través de lo que desde una perspectiva externa se presenta como una sola acción (v.gr., un único disparo con un arma de fuego), Reyes Echandía aducía que el autor podría haber escogido para lograr su propósito distintas formas de comportamientos y que el hecho de haber optado por aquel modo de proceder (por ejemplo «para economizar proyectiles y tiempo») suponía un «cambio en el *iter* criminoso meramente circunstancial» que dejaba «intacta la esencia del fenómeno» frente a otras conductas alternativas posibles (por ejemplo la de efectuar dos disparos, uno sobre cada víctima) en las que «surgiría diáfana la figura del concurso material» [70].

Hay poderosas razones de carácter normativo para coincidir en este punto de vista con Reyes Echandía. Precisamente porque el concepto de (unidad) de acción del que aquí se trata ha de formularse teniendo en cuenta, como señalase Carrió, los principios que rigen la responsabilidad penal, es imposible entenderlo de un modo tal que quede en manos del infractor reducir de forma puramente arbitraria su propia responsabilidad. Las necesidades preventivas que el Derecho penal debe satisfacer quedarían, a mi juicio, evidentemente desatendidas si se sigue un criterio que pudiera tener un efecto semejante.

Ello es así, sin embargo, únicamente cuando de la afectación de intereses esencialmente personales se trata. Tratándose en cambio, por ejemplo, de intereses meramente patrimoniales ya no es cierto que una actuación sucesiva o iterativa del agente haga surgir también de forma «diáfana» la imagen del concurso real o material, de modo que la opción por su ejecución «de una vez» permita al sujeto manipular a su puro arbitrio la extensión que haya de tener su propia responsabilidad. Los delitos que atentan contra intereses altamente personales tienen, en la medida en que afecten a una pluralidad de víctimas, un

[69] Véase *supra* II.5, especialmente en relación con la STS 717/014, de 29 de enero de 2015.
[70] Véase *supra* nota 6 y el texto correspondiente.

status peculiar en la teoría de los concursos (y no solo en lo que respecta a la cuestión relativa a la constitución de una unidad o pluralidad delictiva).

Los argumentos que se acaban de exponer no se prestan sencillamente a ser trasladados también a los casos en que el sujeto no se comporta con dolo directo, sino meramente eventual, o a título de imprudencia. Por este motivo resulta discutible, a mi juicio, la extensión que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 20 de enero de 2015 efectuó a los casos de los ataques realizados con dolo eventual contra la vida de las personas.

El propio Tribunal Supremo español ha terminado por manifestar algunas dudas razonables a este respecto. Así, en la STS 44/2019. de 1 de febrero (de la que fue Ponente el Magistrado Del Moral García), referida a un caso en el que el conductor de un vehículo que había arrollado intencionadamente a tres viandantes, concretamente identificados por el agente, asumiendo eventualmente la posibilidad de causarles la muerte, fue condenado por tres tentativas de homicidio en concurso real se advierte que «una hipotética situación en la que las potenciales víctimas no estuvieran expuestas a la concreción del elevado peligro del supuesto que analizamos en esta Sentencia podría configurar una distinta solución concursal». A lo que continuación se añade que, «tratándose de dolo eventual respecto del resultado de homicidio y, además, en grado de tentativa, acudir al concurso real es construcción que, aun asumida por esta Sala, conduce a resultados penológicos muy rigurosos. Eso provocó que en ocasiones se acudiese al concurso ideal –en propuesta también presente en la doctrina– para la sanción (art. 77: una única pena en su mitad superior)».

Se compartan o no las consideraciones expuestas en esta contribución, de ellas aflora una conclusión sobre la que probablemente pueda haber una mayor coincidencia: una solución plenamente satisfactoria de las cuestiones aquí examinadas solo podrá ser alcanzada en el Derecho español cuando en él se establezca una regulación más racional de la concurrencia delictiva que la actualmente existente.

POR QUÉ NO SIRVE EL ARTÍCULO 76 CP. PROBLEMÁTICA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DESDE EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Puerto Solar Calvo *

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. ALGUNAS PREMISAS PREVIAS

Responder al hecho delictivo no es fácil. Sin embargo, se pueden distinguir pautas generalizadas en la respuesta que se da al mismo. De un lado, respuestas emocionales que ponen el foco principal en el individuo que ha cometido el delito. El bien y el mal se dibujan de modo simple y con ello, el delito también se simplifica. De otro lado, están las respuestas racionales, que han procesado la emoción inicial para explicar el hecho que ha acaecido. Una vez dado este paso, el foco deja de ser eminentemente individual para ser también comunitario y social. Sin perder de vista la responsabilidad de la persona que comete el delito, se consideran las circunstancias comunitarias que nunca justifican, pero que sí pueden explicar parte de lo sucedido. Así, el delito pasa a ser algo complejo, que

* Jurista de II. PP. Doctora en Derecho UAM con la tesis El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales, publicada en Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial BOE, 2019. El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER. El presente capítulo es una evolución de los trabajos previamente presentados sobre la misma materia y de los que se recogen algunas reflexiones que se desarrollan más profusamente y actualizan. En concreto, Solar Calvo, P./Lekuona, N., «Una perspectiva práctica del artículo 76 CP», Diario La Ley, n. 8993, 2017; Solar Calvo, P., «Interpretación judicial del artículo 76 CP tras la LO 1/2015. ¿Es posible realizar una nueva acumulación jurídica por innovación jurisprudencial más favorable al reo?», La Ley Penal, núm. 129, 2017; Solar Calvo, P., Triple de la mayor y condenas eternas, Reus, 2019.

manifiesta una necesidad de intervención más versátil y realista. En paralelo, ampliar la perspectiva y levantar la mirada más allá del individuo implicado en el delito, sirve para que salgan a la luz las múltiples posibilidades de actuación. No hablamos de políticas de control vecinal sobre el delito [1], sino de políticas sociales que incluyen a quienes han delinquido junto al resto de ciudadanos no privados de libertad. Sólo como *leit motiv* de lo que se dirá posteriormente, es fundamental que el delito se contemple como el resultado de una problemática en la que la comunidad tiene capacidad de intervenir. Si bien el responsable del hecho delictivo es una persona concreta, el resultado del delito y las posibilidades de mejora sobre la realidad criminal son comunes.

Dos ideas adicionales que contextualizan este trabajo. En primer lugar, la *teoría del puro y los cigarrillos*, idea tomada de un compañero de vida y profesión, que ejemplifica algo que desde dentro del medio penitenciario es tan difícil de transmitir. Y es que no siempre la gravedad del delito se acompaña de una mayor peligrosidad a futuro. El daño ya está hecho, la persona que lo ha cometido se ha fumado un puro cuando nunca había fumado y es plenamente consciente del enorme error cometido desde el instante en que ha dado la primera calada. Esto frente a otras personas condenadas por delitos menores, acostumbradas a fumar cigarrillos y a entrar y salir del circuito de la prisión. Cierto que ni los delitos menores, ni la sucesión de los mismos, pueden castigarse igual que los hechos de mayor gravedad. No obstante, conviene tener en mente la primera afirmación desde el punto de vista de la trayectoria de reinserción. Hay personas con delitos graves y condenas largas, preparadas para respetar la ley penal casi desde que entran en prisión.

En segundo lugar, y en aparente contradicción con lo que acabamos de decir, creemos firmemente que *la peligrosidad no se puede medir*. Se discute mucho sobre cómo superar las obvias insuficiencias de los informes de las Juntas de Tratamiento. Más ahora, en la época de la inteligencia artificial, cuando la solución parece estar en nuestra mano a través del empleo de técnicas actuariales e instrumentos de predicción [2]. La observación del condenado se sustituye por la aparente objetividad del análisis algorítmico del dato. No nos engañemos. La panacea no existe y son ya muchos los estudios que advier-

[1] Destacan las experiencias de diversos países al respecto. Profundizan Frühling, H., *Policía Comunitaria y Reforma Policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto?*, Santiago de Chile (Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana), 2003; Sozzo, M., «Seguridad Urbana y tácticas de prevención del delito», en Dammert, L., *Seguridad ciudadana: experiencias y desafíos*, Valparaíso (URB-AL), 2004; Skogan Wesley, G., *Police and community in Chicago: A tale of three cities,* New York: Oxford University Press, 2006; United States Agency for International Development (USAID), *Community Policing in Central America: The way forward*, 2011.

[2] Recientemente, Simón Castellano, P., *La prisión algorítmica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2022.

ten sobre los errores de estas herramientas [3]. Pensadas para la generalidad, ayudan a entender tendencias conductuales. Pero por eso mismo, nos ciegan sobre las posibilidades de comportamiento de cada individuo en cuestión. Volvamos a la base de nuestro sistema penitenciario: no perdamos de vista la necesaria individualización como principio básico de la ejecución de la condena [4].

II. CALCULANDO LA TRIPLE DE LA MAYOR

1. **Contexto y contenido del artículo 76 CP**

El artículo 73 CP establece que «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas». Para los casos en que, por la idéntica naturaleza de dichas penas, ello no es posible, el artículo 75 CP trata de ordenar temporalmente su cumplimiento en el sentido de que «cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». Es en este contexto en el que aparece el artículo 76 CP para limitar ese cumplimiento sucesivo y evitar condenas excesivamente largas e inmanejables a efectos de la reinserción de los condenados. En concreto, su párrafo primero determina que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años».

La interpretación de este precepto por el TS y los criterios que el mismo ha impuesto para la aplicación de una posible acumulación jurídica de las con-

[3] Destaca Martínez Garay, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, núm. 2, 2014; «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en Arroyo Zapatero, L. A./Lascuraín Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (eds.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha), 2016, pp. 139-162. De forma más general, pero enormemente acertado, el ensayo de Hidalgo, D., *Anestesiados*, Madrid (Los libros de la Catarata), 2021. Especialmente, en cuanto a la justicia predictiva, recomendamos la lectura del capítulo 3 del libro («Encerrados. Influenciados y ante falsas opciones»).

[4] El principio de individualización científica se recoge en los artículos 63 y 72.1 LOGP.

denas impuestas ha sido en general favorable al reo [5]. De modo que se prescinde de la *rationae materia* y toma como referencia única y exclusivamente la *rationae temporis*. Esto es, con independencia de su naturaleza, se tiene en cuenta la fecha de hechos probados de los delitos cometidos y la fecha en que hubieran sido respectivamente sentenciados [6]. El motivo para esta interpretación tan flexible no es otro que cumplir con el mandato del artículo 25.2 CE. Es decir, evitar que la excesiva duración de la condena, aunque ésta sea el resultado de múltiples condenas impuestas en procedimientos distintos, impida la consecución de la reinserción social dentro de márgenes temporales proporcionados a la duración de la vida humana. A la vez, concurre el argumento de considerar que, en muchos casos, y de haber sido más rápida la aplicación de la Justicia, las consecuencias penales pudieran haber sido menores –apreciación de delito continuado–, o, por el simple reproche penal, se hubiera minimizado una escalada delictiva posterior.

Sin embargo, a la par, y con la finalidad de evitar acumulaciones jurídicas materialmente injustas, el TS ha consolidado dos parámetros predominantes para excluir condenas de un posible bloque de acumulación. A saber, que los hechos que dan lugar a dicha condena estuviesen: bien sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; bien sean posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. De modo que sólo son acumulables las condenas referidas a aquellos hechos, próximos o lejanos en el tiempo, que no se encuentren separados por una sentencia firme [7]. Es así como se evita acumular condenas por hechos que no podrían haberse enjuiciado en un solo proceso y, más importante, impedir que los ya condenados cuenten con un crédito delictivo al que computar nuevos posibles delitos que, en la práctica, no serían castigados.

Tras los múltiples cambios normativos del CP en el sentido de aproximar la redacción de los preceptos transcritos a la interpretación que el TS ha ido imponiendo, la LO 1/2015 ha supuesto un paso más para la armonización jurídica en relación con esta figura [8]. La nueva redacción del apartado 2 del ar-

[5] Entre otras, SSTS 548/2000 de 30 de marzo; 722/2000 de 25 de abril; 1265/2000 de 6 de julio; 860/2004, de 30 de junio; 931/2005, de 14 de julio; 1005/2005, de 21 de julio; 1010/2005, de 12 de septiembre; 1167/2005, de 19 de octubre.

[6] Auto de 9 de diciembre de 2015 (Ej. 491/2014) JP 3 Santander.

[7] STS 150/2017, de 9 de marzo.

[8] Analiza la evolución jurisprudencial que precede a este precepto, Arribas López, E., «Teoría y práctica de la acumulación de condenas a la luz de la nueva doctrina del TS», *Diario La Ley*, núm. 8814, 2016. Para un análisis más profundo y actual, Varona Jiménez, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas,* 2.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2022; Ortega Matesanz, A., La penalidad

tículo 76 CP acerca la redacción de la norma penal a la jurisprudencia que hemos comentado. Así, 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». Las SSTS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, núm. 206/2018, de 26 de abril; y Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, núm. 275/2018, de 8 de junio, se expresan de forma prácticamente idéntica para exponer el criterio del TS en cuanto a la aplicación de este precepto, a la vez que recuerdan el camino recorrido, en forma de acuerdos no jurisdiccionales y jurisprudencia, hasta alcanzar el mismo.

2. **Dudas y criterios establecidos**

Una vez referidas las líneas más básicas que la norma y, especialmente, el TS aportan para la aplicación del artículo 76 CP, es obvio que un instrumento tan relevante se enfrenta a una realidad penal diversa que plantea numerosas dudas. Descendemos a la práctica para exponer parte de su amplia problemática y tratar de explicar algunos de los escollos jurídicos que las solicitudes de acumulación jurídica encuentran.

En primer lugar, destacamos aquellos aspectos conflictivos que han ido aflorando y que, en mayor o menor medida, tienen una solución pacífica por parte de la jurisprudencia y la doctrina. Como punto de partida para proceder al cálculo de una acumulación, tras el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, y como recordaban las SSTS 206/2018 y 275/2018, son justamente las fechas en que se hubieran dictado las sentencias y no las fechas de su respectiva firmeza, las que han de tenerse en cuenta. La STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, núm. 254/2018, de 28 de mayo, aporta los motivos para ello [9]. Otro de los criterios ampliamen-

---

del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español. *Estudio de las reglas limitativas de los arts. 76 y 77 CP*, Madrid (Reus), 2022; Vizueta Fernández, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos,* Madrid (Reus), 2020.

[9] «El criterio adoptado obedece al riesgo que existiría de que se facilitara la comisión de nuevos delitos cuando un condenado, por las penas que ya tiene impuestas, sabe que puede cometer algún delito porque la pena correspondiente a esta nueva infracción no tendría que cumplirla al haberse ya superado, con las condenas anteriores, los límites punitivos legalmente establecidos. Evidentemente no puede favorecerse el sentimiento de impunidad que habría de seguir a ese conocimiento y para ello es imprescindible ser exigente en cuanto al cumplimiento de este requisito de carácter temporal: sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo como épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria (STS 14/2014, de 21 de enero, y las que en ella se citan). En el caso de que no se observe esa interpretación restrictiva de la norma, se acabaría propiciando la constitución de lo que se ha denominado un *patrimonio punitivo* que permitiría a los sujetos con-

te aceptados es el de la competencia para proceder a la acumulación. Ésta la determina la última sentencia que se hubiera dictado. Ello a pesar de que debe partirse de la sentencia de fecha más antigua para comprobar si la acumulación es posible [10], y con independencia de que la última resolución contemple una condena susceptible de ser incluida en dicha acumulación. A su vez, la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles de acumulación [11]. De manera que un auto de acumulación debe estar siempre abierto a la posibilidad de que aparezca después una pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido en caso de haber existido una tramitación normal. Sólo así es posible que los expedientes de acumulación se adapten a la realidad cambiante de los internos. En este punto, las SSTS 206/2018 y 275/2018 recuerdan que «la nueva refundición que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, ésta resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada (STS 707/2013, de 30 de septiembre), una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva sentencia». Esto es, una nueva condena aparentemente susceptible de incluir en un auto de acumulación ya realizado impone un estudio de conjunto que, de manera global, analice de nuevo la posibilidad de acumular todas las resoluciones recaídas, hubieran sido objeto o no de la acumulación anterior. Algo así como si se deshiciera la acumulación ya realizada para comprobar nuevas combinaciones [12]. Ello en tanto la condena o condenas que ahora se consideran pueden modificar cualitativamente la situación y permitir una mejor acumulación en beneficio del reo. Eso sí, como específicamente señala

denados incurrir en nuevas conductas delictivas que no resultaran penadas, o que, aun siendo castigadas, la pena a imponer resultara sustancialmente reducida debido a la acumulación. Por último, y en lo que se refiere a la fecha de las sentencias a que ha de atenderse para realizar el cómputo, conviene remarcar que, según doctrina reiterada de esta Sala, ha de estarse a la fecha de las sentencias iniciales y no a la de la firmeza que eventualmente podría alcanzarse días, semanas o meses después. Partir de la fecha de firmeza acarrea un alargamiento del periodo en el que cabe agrupar las condenas recaídas. Potencialmente es más beneficioso para el condenado; pero no puede ser acogido a tenor del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2005, pues una vez que se haya dictado sentencia, subsiguiente al plenario, ya no resulta posible la acumulación debido a la inviabilidad de enjuiciamiento conjunto. Ha de atenderse por tanto a la fecha de la primera sentencia (y no la de apelación/casación) a los efectos de cómputos y entrecruzamiento de datos cronológicos para decidir sobre la viabilidad de la acumulación (SSTS 240/2011, de 16-3; 671/2013, de 12-9; 943/2013, de 28-12; y 155/2014, de 4-3)».

[10] SSTS 388/2014, de 7 de mayo, 521/2013, de 5 de junio.

[11] STS 1327/2005 y las recogidas en ella. Más reciente, la STS 150/2017, de 9 de marzo.

[12] STS 367/2015, de 11 de junio.

el TS, el único sentido que puede tener la modificación de una acumulación ya realizada es la de mejorar la situación penal del interno por una rebaja de la condena total que resulte de la misma. Finalmente, como consecuencia del amplio concepto de la conexidad meramente temporal, cabe la posibilidad de realizar varios bloques de acumulación, esto es, acumulaciones parciales en función de las fechas de hechos y sentencias dictadas en el enjuiciamiento de los mismos [13]. De manera que, tras un análisis inicial de aquellas resoluciones que son acumulables, se pueda valorar la aplicación del artículo 76 CP a aquellas otras que hayan quedado excluidas de ese primer bloque, siempre que ello aporte un resultado más beneficioso en el establecimiento del máximo de cumplimiento del condenado.

En segundo lugar, en relación a las medidas alternativas, y dada su intensa proliferación de las últimas décadas [14], es habitual preguntarse qué hacer con ellas en caso de acumulación jurídica. Aquí la discusión es mayor. Desde nuestro punto de vista, el criterio habitual debiera ser el que marca el propio CP. De modo que se acumulan aquellas penas y medidas de igual naturaleza que no pueden cumplirse de la manera simultánea que el artículo 75 CP determina. Es decir, sólo en caso de penas de igual naturaleza es donde el artículo 76 CP interviene y, por tanto, sólo con ellas tiene cabida una posible acumulación. Sin embargo, mientras que la selección de dicho criterio es pacífica, no lo es tanto su aplicación práctica que se encuentra en plena evolución. Así, mientras que hay acuerdo en que no es posible acumular pena de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad, pues son penas de naturaleza claramente diversa y pueden cumplirse y de hecho se cumplen simultáneamente, se discute si debe permitirse la acumulación de penas de localización permanente y prisión. Al respecto, TS, aun con resoluciones contradictorias, ha defendido tradicionalmente su no acumulación con la pena de prisión al situarla al mismo nivel que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Así, las SSTS 207/2014, de 11 de marzo y 1928/2014 de 19 de mayo, se basan en la diferente naturaleza de la localización permanente

[13] SSTS 909/2013, de 27 de noviembre; 673/2013, de 25 de julio; 1371/2011, de 22 de diciembre.

[14] Un primer análisis de dichas figuras pertenece a Larrauri Pijoan, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo CP», *Jueces para la democracia*, n. 25, 1996, pp. 53-56. Profundiza en *EPyC*, núm. 19, 1996, pp. 203-218. Para una visión completa de las mismas, Cid Moliné, J./Larrauri Pijoan, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona (Bosch), 1997; y De la Cuesta Arzamendi, J. L., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el CP español de 1995», en Echano Basaldúa, J., (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao (Universidad de Deusto), 2002, pp. 125-152, quienes advierten tanto del aumento de control penal que iban a suponer las medidas alternativas, como de lo problemático del uso de la prisión como forma de garantizar su cumplimiento. Finalmente, un análisis en profundidad tras la última reforma del CP, Villacampa Estiarte, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015», en Landa Gorostiza, J. M. (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, Madrid (Dykinson), 2016, pp. 171-198.

y la prisión y la posibilidad de su cumplimiento simultáneo para denegar la acumulación [15]. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, creemos que se trata de una posición bastante discutible. En este sentido, a pesar de que en principio la intensidad de la privación de libertad es diferente, lo cierto es que la localización permanente implica una limitación de libertad ambulatoria difícilmente compatible con la ejecución de la pena privativa de libertad en régimen ordinario o cerrado. Ello, a no ser que pensemos en un interno en tercer grado que hace compatible el cumplimiento de la localización permanente con el régimen horario de trabajo que se le asigne. Pero es más, de hecho, a petición de los internos y para evitarles el sinsentido jurídico que supone tener que cumplir una medida alternativa después de una privación de libertad, se favorece la conversión de localizaciones permanentes en días de prisión y su refundición con la pena privativa de libertad [16]. Por todo ello, consideramos que, respecto de la localización permanente, el criterio debiera ser otro. Su proximidad jurídica y práctica con la pena de prisión así lo justifica. De hecho, tras vaivenes interpretativos, se aprecia un viraje en la postura del TS al respecto [17].

Supone un caso a destacar el de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Conforme al criterio expuesto, la multa no es acumulable a una pena de prisión [18]. Sin embargo, convertida en responsabilidad personal subsidiaria por impago, esto es, en privación de libertad, parece que nada impide continuar la lógica que venimos exponiendo. Justamente, así se recoge en la misma STS 1928/2014, de 19 de mayo antes mencionada, cuando establece que «en el caso de que se produjese la transformación de la pena de multa en efectiva pena privativa de libertad será posible (…) la acumulación, con independencia del momento posterior en que tal conversión tenga lugar». En el mismo

[15] Profundiza Nieto García, A. J., «Acumulación jurídica de las penas de multa y de localización permanente –una de cal y otra de arena–. A propósito de la STS de 19 de mayo de 2014», *Otrosí*, núm. 5, 2014, pp. 55-58.

[16] Auto de 19 de septiembre de 2016, Servicio Común de Ejecución de Vitoria, Ej. 1651/2015 JP 1 Vitoria, donde se establece específicamente que: «Según la liquidación de condena, la penada estará cumpliendo penas encadenadas hasta dentro de ocho años, resulta más beneficioso para ella, y así ha de acordarse, que cumpla esas dos penas en prisión de forma ininterrumpida con las demás, estando sujetas a refundición, ya que se trata de penas principales que exigen, únicamente, la determinación del lugar del cumplimiento, y no del artículo 53 del CP».

[17] En concreto, la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª, núm. 224/2018, de 16 de mayo, apunta que «esta Sala ha admitido la acumulación de las penas de localización permanente a las penas de prisión, ya que en cuanto a su naturaleza, dado que tanto localización como prisión son privativas de libertad, son susceptibles de cumplimiento en una misma localización –el centro penitenciario– si las circunstancias determinaran su carácter favorable para el penado, por lo que ningún impedimento, material ni formal, conlleva su acumulación (véase la STS 667/2017, de 11 de octubre)».

[18] Para mayor análisis, Arribas López, E., «Acumulación de condenas: no mezclar churras con merinas. (Comentario a la STS de 20 de junio de 2014)», *Diario La Ley*, núm. 8451, 2015; Varona Jiménez, A., «A vueltas con las penas acumulables jurídicamente: la pena de multa», *Diario La Ley*, núm. 9176, 2018.

sentido, la STS 224/2018 ya referida, «por otra parte, hemos señalado que quedan excluidas de la acumulación las penas de multa, cuando no constan que fueran efectivamente transformadas en privación de libertad (STS 85/2018, de 19 de febrero y STS 89/2015, de 13 de febrero, con citación de otras muchas). En consecuencia, se debe excluir de las operaciones de acumulación la ejecutoria núm. 3 del cuadro y la multa de la ejecutoria núm. 6 –que no constan transformadas–». Jurisprudencia que, a su vez, reafirma el cambio de posición que reclamamos y se viene produciendo respecto de la localización permanente. Especialmente en aquellos casos en que efectivamente, se ha convertido en días de privación de libertad en un centro penitenciario [19].

Por último, se plantea el interesante supuesto de si las condenas suspendidas o en vías de suspensión han de tomarse en consideración en el incidente de acumulación jurídica. Al respecto, el TS y parte de la doctrina han mantenido una postura contraria a esta posibilidad [20]. Desde esta perspectiva, no se debe admitir la acumulación de penas que efectivamente no se estén cumpliendo. Ello por analogía con otras instituciones, como la revisión de las sentencias que específicamente excluye las condenas suspendidas [21], y porque el fundamento de la acumulación jurídica es el de limitar la cuantía de la condena de las penas en cumplimiento no potencial, si no presente y real. Sin embargo, se trata de un criterio polémico. La postura que el TS venía defendiendo casa mal con la tendencia que aboga por aplicar los límites penológicos del artículo 76 CP a las causas licenciadas en anteriores ingresos [22], y que el TS respalda. De ahí que parte de la doctrina considere apropiado tener en cuenta las penas suspendidas si tras realizar los cálculos necesarios para llevar a cabo la acumulación, el resultado global de la condena a cumplir es más favorable al interno [23]. Tal es así que, en este punto, el propio TS ha matizado su posición en el Acuerdo de junio de 2018 que en breve abordamos y cada vez son más las resoluciones que siguen este criterio más flexible [24].

---

[19] Auto de 13.03.15 de la Oficina de Tramitación y Ejecutorias Penales de San Sebastián.

[20] STS 119/2017, de 23 de febrero. Postura que secunda Fernández Aparicio, J. M., «La acumulación jurídica de penas. Criterios jurisprudenciales», *La Ley Penal*, núm. 127, 2017, p. 8.

[21] Conforme a la disposición transitoria segunda LO 1/2015, «(…) dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena. (…) No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena está suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida».

[22] SSTS 434/2013, de 23 de mayo y 172/2014, de 5 de mayo, tal y como apunta Sáez Malceñido, E., «Tratamiento de las penas sobrevenidas a la libertad condicional en la regulación de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, núm. 9029, 2017, p. 6.

[23] García San Martín, J., *La acumulación jurídica de penas*, Madrid (Ministerio del Interior), 2016, pp. 66-67.

[24] *AJP,* núm. 5 de Santander, de 21 de marzo de 2018.

3. **Acuerdo del TS de marzo de 2016 e innovación jurisprudencial**

Vista parte de la problemática práctica de la acumulación jurídica y considerando las múltiples dudas interpretativas que la aplicación del artículo 76 CP plantea, el TS aprovechó la modificación normativa que el precepto había experimentado en la LO 1/2015 para alcanzar el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 3 de febrero de 16. En el mismo, se tratan de establecer con mayor claridad los criterios temporales para proceder a la acumulación en los términos que antes referimos. De un lado, el acuerdo supone una consolidación de los mismos. De otro, se produce un importante avance interpretativo, que trata de facilitar que la aplicación del artículo 76 CP sea lo más favorable posible al reo. En concreto, siguiendo el literal del acuerdo, «la acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello. A los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio».

Como adelantábamos, sigue siendo parámetro para excluir condenas de un posible bloque de acumulación que los hechos que dan lugar a dicha condena estuviesen bien sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; bien sean posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, se permite escoger la sentencia que va a servir de referencia para la acumulación, de modo que puedan realizarse varios cálculos y combinaciones para que el resultado de esa acumulación sea el más favorable al interno. Sin duda, toda una revolución en materia de acumulación jurídica que cambia significativamente los parámetros interpretativos que venían aplicándose hasta el momento. De hecho, consecuencia de dicho acuerdo, la STS 300/2017, de 27 de abril destaca que «hemos alcanzado una modificación del criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación (SSTS 338/2016, 339/2016, de 21 de abril; 579/2016, de 30 de junio; 790/2016,

de 20 de octubre; 178/2017, de 22 de marzo). Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se agrupen, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado». Criterio reiterado de nuevo en numerosas resoluciones recaídas desde entonces, entre las que destacamos la STS 617/2017, de 15 de septiembre y las SSTS 206/2018 y 275/2018 [25]. En definitiva, el Acuerdo del TS de 2016 no sólo ha permitido recordar y destacar los criterios ya aceptados, diferenciando la sentencia que determina la competencia y la que determina la acumulación, sino que, avanzando en esta línea interpretativa, permite que el operador jurídico escoja la sentencia que va a determinar la acumulación. Es decir, la primera sentencia a considerar y que va a establecer el periodo de acumulación, será la que permita la acumulación de condenas más favorable al reo.

4. **Acuerdo del TS de junio de 2018**

Como no podía ser de otro modo, a lo largo de los dos años de aplicación del acuerdo antes expuesto han surgido nuevas dudas y supuestos prácticos que, de nuevo, han tenido que ser abordados. El nuevo Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 27 de junio de 2018 fija los criterios en caso de acumulación de condenas en los siguientes términos: «1. Las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta). 2. La nulidad como solución al recurso casa-

[25] Siguiendo el contenido literal de estas dos últimas sentencias: «Con fecha de 3 de febrero de 2016, esta Sala Casacional ha tomado el siguiente Acuerdo de Pleno para la Unificación de Criterios: «La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello. A los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio». Con posterioridad a dicho acuerdo, fruto de la nueva redacción del artículo 76.2 del Código penal, en la que se fija como único requisito de la acumulación el elemento cronológico, en el sentido de que las penas que se acumulen lo sean por hechos perpetrados antes de la fecha de la sentencia de aquellos que –siendo objeto de acumulación– lo hubiera sido en primer lugar (sin ninguna otra exigencia a cómo debe formarse ese bloque), la jurisprudencia de esta Sala (STS 617/2017, de 15 de septiembre, con cita-ción de otras muchas) ha introducido una modificación en el criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación. Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se le agrupen, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado».

cional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión. 3. Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce ex novo en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación. 4. En la conciliación de la interpretación favorable del artículo 76.2 con el artículo 76.1 C. P., cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido. 5. Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento. Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba. 6. No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación. 7. La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa. 8. La pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza. 9. A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días. 10. La competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del art. 801 LECr), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad. 11. Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, solo cabe recurso de casación».

Como vemos, el TS avanza sobre criterios ya conocidos o previamente apuntados como problemáticos, matizando y orientando su aplicación. A pesar de que luego profundizaremos en algunos de los puntos más relevantes del acuerdo y la problemática que a nuestro juicio generan, lo cierto es que, con lo expuestos hasta ahora, ya se pueden intuir ciertos avances [26]. Así, en lo relativo a la competencia para resolver el incidente de acumulación, el punto 10 del acuerdo establece de manera clara lo que antes ya apuntamos: el juzgado com-

[26] Destaca el profuso e interesante análisis que realiza VARONA JIMÉNEZ, A., «Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018», *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, pp. 1-15. De forma resumida, SOLAR CALVO, P., «De nuevo la triple de la mayor: a propósito del reciente acuerdo del TS de 27 de junio», *Legal Today*, de 31 de agosto de 2018.

petente es en todo caso el que ha dictado la última sentencia, con independencia de que la mayor o menor gravedad de la condena impuesta por el mismo, al margen de que sea o no susceptible de pertenecer a la acumulación que se calcula, y aunque sea una medida alternativa a la privación de libertad [27].

Por otro lado, en relación con estas medidas alternativas, destaca especialmente la relevancia que se otorga a las mismas en el acuerdo, que aborda los casos de la responsabilidad personal subsidiaria (punto 7), la suspensión de las condenas (punto 5) y la localización permanente (punto 8). Si bien respecto de la primera, se consolida y mejora el criterio que se seguía hasta el momento, respecto de otras dos, se intuye un importante cambio en el sentido que antes reclamábamos. Así, en cuanto a la responsabilidad personal subsidiaria, tras apuntar lo que ya sabíamos sobre que «la pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria», el TS matiza que «ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa». Esto es, se permite una mayor flexibilidad en la acumulación de pena privativa de libertad y pena de multa cuando ésta, a pesar de no haber sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria, previsiblemente vaya a serlo. Con ello se evita que, siendo evidente la situación de insolvencia del condenado, se deje fuera de la acumulación jurídica un periodo de responsabilidad personal subsidiaria, y por tanto, privación de libertad, que cumple los requisitos para ser incluido en el límite máximo de cumplimiento. De este modo, se ahorran los trámites posteriores de conversión de la multa en responsabilidad personal subsidiaria y el posible olvido de ampliar la acumulación, una vez se haya producido la conversión [28].

En relación a la suspensión de la condena, tal y como se infiere del acuerdo, se permite su inclusión en la acumulación jurídica siempre que beneficie al interno en cuestión. Sólo en este sentido parece poder entenderse el punto 5 cuando refiere que «las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se consi-

---

[27] A pesar de la escasa novedad que aporta este punto del acuerdo, Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, p. 12, realiza la siguiente e interesante puntualización: «En nuestra opinión, los problemas que puede plantear el acuerdo derivan de su propia taxatividad («sin excepción alguna»); y decimos esto porque junto al supuesto excepcionado del artículo 801 LECrim. existe otro caso muy habitual en las grandes ciudades en los que existe una disociación entre el órgano sentenciador y el órgano de ejecución. Nos referimos concretamente a aquellos partidos judiciales donde existen juzgados de lo penal con competencia exclusiva para la ejecución de las resoluciones dictadas por el resto de juzgados de lo penal de la circunscripción, conocidos como juzgados de ejecutorias, competencia que incluye en la práctica la acumulación jurídica de penas».

[28] Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, pp. 8-9, profundiza en el acuerdo adoptado en este punto por el TS, en continuación de su anterior trabajo (Varona Jiménez, A., *Diario La Ley*, núm. 9176, 2018).

derarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento. Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba». En definitiva, incluir una condena suspendida en la acumulación se considera beneficioso si no establece el límite máximo de la misma y evita que el condenado haya de someterse al periodo de prueba que se asocia al régimen de suspensión [29]. Por último, tal y como veníamos reclamando, para el caso de la localización permanente, y de acuerdo con resoluciones antes mencionadas (entre otras, STS 224/2018, de 16 de mayo), parece que también se apuesta por su inclusión en la acumulación [30].

III. ¿POR QUÉ NO SIRVE LA TRIPLE?

Vistos los parámetros jurídicos generales que determinan la realización de la acumulación jurídica, e intuyendo lo compleja que resulta su aplicación, analizamos si es lógico continuar con este sistema. Para ello, se aportan a continuación algunos datos e ideas sobre los problemas de fondo y forma que la aplicación del artículo 76 CP genera.

1. **Datos de que algo no va bien**

Tomando como referencia el primer semestre del 2022, el número de personas con condenas de más de 20 años de privación de libertad asciende a 1786. La mayoría de ellas (1549) se encuentra en segundo grado, tiene nacionalidad española (1429), está en la franja de edad de entre 40 y 60 años, y, lo más relevante a los efectos que analizamos, 1146 de ellas tienen aplicado el artículo 76 CP [31]. Esto es, estadísticamente, son muy representativos los casos en los que a pesar de haber aplicado los límites penológicos del artículo 76 CP, la condena total es superior al límite de duración de 20 años que el apartado primero de ese mismo precepto contempla. Se trata de supuestos en que, por propia normativa, la acumulación jurídica no resulta tan beneficiosa como pudiera parecer a priori, o aquellos otros en que por incumplimiento de los requi-

[29] Al margen de las dudas interpretativas que puedan surgir en la práctica de este criterio, Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, pp. 6-7, se felicita del avance que supone, en tanto la suspensión de la condena ha de entenderse como beneficio para el interno.

[30] Sobre su importancia, Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, pp. 9-10.

[31] Datos tomados de la estadística penitenciaria. Disponible en la página web de la SG. II. PP.

sitos que el TS ha perfilado para la adopción de la acumulación, su aplicación no es posible o, si lo es, lo es sólo para una pequeña parte de las condenas en juego.

Para la determinación de los primeros supuestos, es necesario acudir al propio CP. El apartado segundo del artículo 76. 1 CP establece que, sobre el límite máximo de los 20 años y para los casos que ahora detallamos, primarán otros límites que aumentan considerablemente el tiempo de estancia en prisión. En concreto, «excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis». Por tanto, para estos casos que el artículo 76.1 apartado 2 determina, y a pesar de aplicarse la acumulación jurídica, los límites de cumplimiento pueden llegar a alcanzar los 40 años. Hecho que, si bien puede estar perfectamente justificado por la propia equivalencia de la condena total con el número y gravedad de los injustos cometidos, plantea, en términos más generales, cierta sensación de desproporcionalidad de los castigos. Esto último, especialmente, si tenemos en cuenta el consenso doctrinal que sitúa entre 15 y 20 años el máximo de prisión soportable por el ser humano si, tras su cumplimiento, se pretende su reincorporación social [32].

[32] Sobre dicho límite, Pérez Manzano, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en Lascuraín Sánchez, J. A., *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid (Civitas), 2015, pp. 145-146, refiere que: «En el último cuarto del siglo XX estudios realizados en los países europeos más avanzados habían alcanzado la conclusión de que la privación de libertad superior a quince años produce efectos permanentes de deterioro de la personalidad del reo, de modo que una privación de libertad de mayor duración debía considerarse inhumana: a partir de dicho período, la restricción de libertad deja de ser el único elemento aflictivo de la pena, añadiéndose otro especialmente importante consistente en el daño en el núcleo esencial de la persona –en su personalidad–; las penas largas dañan la integridad psíquica y moral del reo. Aunque el deterioro de la personalidad es paulatino a medida que aumenta la duración de la prisión, el límite de quince años se fija como momento a partir del cual los daños son irreparables. Es por ello que países como Alemania fijaron la duración máxima de la prisión para la generalidad de los casos en torno a quince años». Van Zyl Smit, D./Snacken, S., *Principios de Derecho y Política Europea*, Valencia

En relación ahora al segundo tipo de supuestos excluidos, se trata de casos en los que la condena total, una vez valorada la aplicación del artículo 76 CP, arroja un resultado que suele rebasar holgadamente el límite ordinario de los 20 años de cumplimiento máximo. Ello como decimos porque ninguna de las condenas impuestas cumple con los requisitos para aplicar el artículo 76 CP, o porque aplicado éste, muchas de dichas condenas quedan excluidas de la acumulación. La colisión que estos supuestos plantean con el artículo 25.2 CE es evidente. Los propósitos prácticos de reinserción se vuelven quimeras si nos enfrentamos a penas excesivamente largas, lo que se han dado en llamar *condenas eternas* [33].

El resultado es aún más insatisfactorio si hacemos un análisis cualitativo. En este sentido, si atendemos estudios previos realizados al respecto, al poner las acumulaciones en práctica nos encontramos casi siempre con delitos como robos con violencia, quebrantamientos de condena, lesiones, hurtos, delitos contra la seguridad vial, y muy pocas veces con delitos de mayor gravedad como homicidios y asesinatos [34]. Es destacable, además, que en la mayoría de casos la condena mayor no supera los dos años de prisión. Es decir, hablamos de penas menos graves. Teniendo en cuenta lo anterior, a la hora de aplicar el artículo 76 CP aparecen dos perfiles distintos. Por un lado, personas con una breve etapa delictiva y posterior normalización que, en un corto periodo de tiempo, cometen varios delitos. Son internos a los que corresponde una triple de la mayor óptima. Supuestos en los que todos o casi todos los delitos se han cometido antes de la primera sentencia, respecto de los que la condena superior no es de gravedad excesiva. Sin embargo, y estos son los casos que destacamos, nos encontramos también con personas altamente delincuenciadas cuando ingresan en prisión, que han cometido numerosos delitos por los que se les han impuesto condenas relativamente cortas y que, sin embargo, no son susceptibles de acumulación por la imposible combinación de fechas de hechos y fechas de sentencias que el TS ha establecido como criterio básico para la aplicación del artículo 76 CP. La desproporción entre el daño social causado

(Tirant lo Blanch), 2013, pp. 98-104, relacionan el mayor nivel de prisionización con la mayor duración de la condena. En el mismo sentido, destacan la desproporción que supone el régimen establecido Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid (Civitas), 2011, pp. 82-83; Ríos Martín, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, número extraordinario, 2013, p. 186; Álvarez García, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, núm. 6, 2014, p. 44.

[33] Uno de los mayores estudiosos de esta situación y quien más ha puesto el foco de atención sobre la misma es el Prof. Julián Ríos Martín, a quien citamos a lo largo de este trabajo.

[34] Datos disociados obtenidos de la muestra aleatoria de acumulaciones jurídicas llevadas a cabo en el CP El Dueso entre octubre de 2016 y mayo de 2017, que se exponen de forma detallada en Solar Calvo, P./Lekuona, N., *Diario La Ley*, núm. 8993, 2017.

y la condena definitiva es evidente. Más aún si, como es más habitual que conocido, el interno en estas circunstancias trabaja los factores que coadyuvaron a su ingreso en prisión y se encuentra preparado para acceder a la libertad mucho antes de lo que la fecha del final de su condena indica. El sinsentido de esta situación es todavía mayor si pensamos en términos comparativos. Nos referimos a casos de acumulación de delitos más graves que resultan en condenas totales próximas a estos otros que hemos expuesto. Esto es, condenas por delitos de homicidio respecto de las que cabe acumulación, frente a condenas por delitos de gravedad menor que no pueden acogerse a los términos de aplicación de la triple de la mayor.

2. **El asunto de las sentencias estorbo**

Pero además de lo anterior, la aplicación del artículo 76 CP acaba siendo insatisfactoria por propia incoherencia interna. Como venimos apuntando, el hecho de que a partir de 2016 se permita escoger la sentencia que va a servir de referencia para la acumulación, es una revolución en la materia que ha cambiado significativamente los parámetros interpretativos que venían utilizándose hasta el momento. En la práctica, conlleva poder realizar todos los cálculos y combinaciones posibles hasta que el resultado de esa acumulación sea el más favorable al interno. Lo que ahora nos ocupa es determinar el hasta dónde es posible realizar esas combinaciones, optando por excluir lo que se ha venido a llamar *sentencias estorbo*. Para entender a qué nos referimos con ello, aportamos el siguiente caso práctico. Imaginemos que las causas en cumplimiento, por orden cronológico, son las siguientes:

1. Sentencia de 9 de diciembre de 2013, condena 0-0-232, hechos de 1 de septiembre de 12.
2. Sentencia de 20 de febrero de 2015, condena 0-0-240, hechos de 11 de febrero de 2012.
3. Sentencia de 23 de febrero de 20 15, condena 1-0-0, hechos de 21 de diciembre de 2013.
4. Sentencia de 22 de junio de 2015, condena 0-3-0, hechos de 30 de junio de 2013.
5. Sentencia de 5 de febrero de 2016, condena 0-4-0, hechos de 21 de junio de 2015.
6. Sentencia de 10 de febrero de 2016, condena 0-0-120, hechos de 26 de agosto de 2015.

7. Sentencia de 15 de junio de 2016, condena 0-6-0, hechos de 8 de febrero de 2015.

8. Sentencia de 6 de septiembre de 2016, condena 0-6-0, hechos de 15 de febrero de 2015.

9. Sentencia de 15 de octubre de 2017, condena 2-0-0, hechos de 16 de junio de 2014.

10. Sentencia de 31 de octubre de 2017, condena 0-6-0, hechos de 25 de junio de 2014.

Aplicando el criterio consolidado por el TS al caso que presentamos, consideramos que el requisito de conexidad temporal que permite la aplicación del artículo 76 CP se cumple para las ejecutorias correspondientes a los números 5, 6, 7, 8 y 10. Tomando como sentencia acumulable más antigua la de 5 de febrero de 2016, los hechos cometidos en las restantes ejecutorias a acumular son anteriores a la fecha de dicha sentencia, sin que ninguno de ellos hubiera sido condenado con anterioridad a la misma. A su vez, el triple de la mayor de todas ellas (0-6-0) asciende a 1-6-0, cantidad sensiblemente inferior a la de 0-22-120, esto es, 1-10-120, que arrojaría la suma de las codenas cuya acumulación se fundamenta. Pues bien, aunque de entre todas las variables posibles, ésta que proponemos es la que más beneficia al interno, su aceptación no es pacífica, en tanto no considera la condena de 2-0-0, correspondiente con el número 9, pese a ser susceptible de inclusión en la acumulación, si atendemos únicamente al requisito de conexidad temporal. La propuesta que aquí realizamos opta por su exclusión porque tener en cuenta la condena de 2-0-0 en la combinación, y al tratarse de la condena mayor, la convierte en parámetro de determinación de la triple que ascendería a 6-0-0. De este modo, la acumulación jurídica sería inviable, en tanto 6-0-0 supera con creces la propia suma de las condenas que se combinan (3-10-120).

Por el momento, la postura mayoritaria del TS al respecto es realizar la acumulación jurídica incluyendo todas las condenas que cumplen con el requisito de conexidad temporal [35]. Como se infiere del caso expuesto, nuestra propuesta prescinde de esta limitación [36]. Son varios los argumentos que aportamos para ello. En primer lugar, el literal del artículo 76.2 CP no se opone a que se busque esa combinación que pueda dar lugar a la triple más favorable al

[35] De acuerdo con la STS 153/2016: «No es dable excluir, en el bloque así formado a partir de la sentencia elegida como base de la acumulación por resultar más favorable, ninguna ejecutoria de las incluidas en la hoja histórico-penal del condenado, que cumplan en relación con la misma el anterior requisito cronológico».

[36] Solar Calvo, P./Lacal Cuenca, P., «Sentencias estorbo y acumulación jurídica, artículo 76 CP, buscando la combinación más favorable», *Legal Today*, 4 de agosto de 2017.

interno. Parece que la lógica del análisis que el operador jurídico realiza para el estudio de la acumulación –seguir el orden cronológico de las sentencias impuestas–, se ha convertido en una limitación al resultado de la misma, sin que tal limitación se establezca en ninguna norma. Dicho de otro modo, el requisito de conexidad temporal ha de concurrir entre todas las condenas que se acumulan, pero que se cumpla con otras no implica necesariamente que éstas hayan de considerarse. En segundo lugar, entendemos que con la eliminación de las sentencias estorbo se sigue respetando tanto el requisito de conexidad temporal, como el de proporcionalidad entre el daño social causado y la condena finalmente impuesta. Lo primero porque como muestra el caso expuesto, el hecho de eliminar la sentencia estorbo correspondiente al número 9 no supone incumplir el requisito de conexidad temporal que el TS exige. Lo segundo porque la eliminación de la sentencia estorbo no implica dejar de cumplirla. En tercer lugar, en esta variable de acumulación jurídica se tienen especialmente en cuenta el fin resocializador que el artículo 25.2 CE determina como fundamental en la ejecución de la privación de libertad [37] y el artículo 17 CE que prohíbe que la privación de libertad se prolongue más allá de lo posible [38].

Además de los argumentos expuestos, concurren motivos dentro del mismo contenido de los Acuerdos de 2016 y 2018 que sustentan nuestra propuesta acerca de no tener en cuenta las sentencias estorbo. En cuanto al Acuerdo de 2016, hemos destacado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo que su verdadera innovación consiste en permitir la mejor combinación de condenas posible escogiendo la primera de las sentencias a tomar como referencia para la acumulación. En este sentido, el hecho de que se permita esco-

[37] Entre otros, defienden su consideración como derecho subjetivo, García Valdés, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.ª ed., Madrid (Civitas), 1982, p. 195; Mapelli Caffarena, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona (Bosch), 1983, p. 165; Mapelli Caffarena, B., «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en Rivera Beirás, I. (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Barceloan (Bosch), 1994, p. 24; Téllez Aguilera, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, p. 334. Igualmente, en *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid (Edisofer), Madrid, 1998, pp. 36-37; Bueno Arús, F., «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *REP*, núm. 252, 2006, p. 34; Peñaranda Ramos, E., «La pena: Nociones generales», en Lascuraín Sánchez, J. A., *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Madrid (Civitas), 2015, pp. 288-291.

[38] En especial, la STC 261/2015. Todo ello, en un contexto de populismo punitivo como el actual en el que ha de tenerse en cuenta una perspectiva, ya no resocializadora, sino meramente humanitaria del cumplimiento, que reclama soluciones prácticas que acorten condenas en ocasiones desproporcionadas si consideramos los márgenes habituales de duración de la vida humana. Sobre este asunto, Díez Ripollés, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004, pp. 25-42; Tamarit Sumalla, J. M., «Política Criminal con bases empíricas en España», *PC*, núm. 3, 2007, pp. 1-16, quien repasa los movimientos asociados al populismo punitivo y sus efectos en el panorama normativo español.

ger cuál va a ser esa primera sentencia, pero no las que van a formar parte de la combinación es ciertamente inconsistente. En relación al Acuerdo de 2018, y a pesar de que parece taxativo respecto a no permitir la eliminación de las sentencias estorbo [39], lo cierto es que la redacción de punto cuatro contribuye a la incongruencia que referimos. De acuerdo con el texto, «en la conciliación de la interpretación favorable del artículo 76.2 con el artículo 76.1 CP, cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido». Siguiendo a Varona Jiménez se podría entender que el nuevo Acuerdo «cuando hace referencia a «la última», se está refiriendo a la última sentencia de un bloque de condenas conexas temporalmente. Siguiendo el tenor del acuerdo, o eso parece desprenderse, se habilitaría al juzgador para excluir la última condena de un bloque y convertirla en la sentencia guía del siguiente» [40]. Por tanto y de nuevo, si no sólo es posible eliminar las primeras de las sentencias a acumular, sino también la última, parece que la prohibición de eliminar las sentencias intermedias se vuelve más arbitraria.

3. **Cuestiones de forma que afectan al fondo**

Además de los aspectos anteriores, como hemos adelantado, existen múltiples aspectos formales que inciden no sólo en la mejor o peor tramitación procedimental del expediente de acumulación, sino que tienen clara incidencia en el derecho fundamental a la libertad, en el sentido que vamos a exponer. Como premisa previa, conviene destacar que la misma escasez normativa sobre el cómo realizar una acumulación jurídica, sucede también en materia procedimental, donde la única referencia normativa que encontramos relativa a la acumulación jurídica es el artículo 988 LECrim [41]. De ahí que, como en el

[39] Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, p. 13, incluye como conclusión-resumen del Acuerdo de 2018 que «no resulta posible excluir una sentencia intermedia que cumpla el requisito cronológico (la conocida como sentencia estorbo) en el marco de la facultad de realizar combinaciones y de seleccionar la sentencia guía (criterio 4, inciso 2.º).

[40] Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, p. 6.

[41] A tenor del mismo: «Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o el Tribunal que la hubiera dictado. Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia, aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario, desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente. Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el secretario judicial reclamará la hoja histórico-

resto de aspectos abordados, jurisprudencia y doctrina hayan tratado de suplir las importantes cuestiones que se plantean [42].

En términos generales, el TS se ha preocupado especialmente de que las resoluciones que revisa en casación cuenten con los datos suficientes para poder alcanzar una buena decisión sobre el fondo de la acumulación [43]. El criterio del TS de corregir los defectos formales por sí mismo, sin necesidad de iniciar todo el procedimiento de acumulación, es básico a efectos de determinación de la pena con mayor celeridad. Se trata de un aspecto formal con alta incidencia en la situación de los internos, no sólo desde el punto de vista penal por ese establecimiento definitivo de la pena a cumplir, sino también desde la perspectiva penitenciaria, en tanto que conocer la condena finalmente establecida suele ser requisito previo a la concesión de beneficios penitenciarios. Aunque la casuística es diversa, en condenas largas susceptibles de aplicación del artículo 76 CP, lo habitual es esperar a que la pieza de acumulación esté resuelta para iniciar la trayectoria de reinserción. Ello porque en ocasiones, las condenas sólo refundidas y aún no acumuladas no cumplen con los requisitos temporales que el acceso a cada beneficio penitenciario requiere [44]. A la vez, se prefiere contar con la condena acumulada ya establecida antes del inicio de la trayectoria de reinserción, para adaptar los tiempos de cumplimiento a la efectiva duración de ésta. Sin embargo, a pesar de este empeño del TS porque aspectos formales no perjudiquen el fondo de las resoluciones sobre la determinación de la condena vía artículo 76 CP, lo cierto es que el procedimiento de acumulación contempla defectos sistémicos que requieren intervención normativa por su clara y directa incidencia en los derechos de los internos.

En primer lugar, no tiene ninguna lógica que el único recurso que quepa en el ámbito de la acumulación jurídica sea el de casación [45]. Especialmente en

---

penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley».

[42] García San Martín, J., 2016, pp. 81-101, expone las pautas procedimentales que suelen seguirse en la materia.

[43] Tal y como establece la STS 268/2018, de 4 de junio.

[44] En la práctica y excepto para los casos de aplicación del artículo 78 CP, el resultado de la acumulación jurídica, esto es, el triple de la mayor condena impuesta y, en su caso, la suma de aquellas que no cumplen el requisito de conexidad, actúa como condena total sobre la que realizar los cómputos básicos de cumplimiento desde el punto de vista penitenciario. Sobre la problemática del mantenimiento o no de la individualidad de cada una de las penas acumuladas o el surgimiento de una pena nueva, García San Martín, J., 2016, pp. 105-109.

[45] Así lo determinan el artículo 988 LECrim. antes transcrito y la disposición adicional quinta LOPJ. Esta última de forma un tanto confusa pues se dedica a la regulación de los recursos de naturaleza penitenciaria.

aquellos casos en que se detectan fallos en la acumulación realizada susceptibles de pronta solución, resulta frustrante que la única vía de corrección sea la de acudir al TS. Pensamos en supuestos en los que el órgano encargado de realizar la acumulación decide de forma contraria a la doctrina ya consolidada y favorable al interno[46], o que realiza una interpretación del artículo 76 CP claramente perjudicial para el mismo. Como supuesto llamativo, hay ocasiones en las que, en tanto se tramita una nueva acumulación tras haberse recibido nueva condena, se deshace la anterior, con el perjuicio directo que ello supone al interno en términos de acceso a los beneficios penitenciarios, en el sentido que antes hemos comentado. De manera que puede darse el caso de un interno que, teniendo aplicado el artículo 76 CP, reciba una nueva condena, solicite una ampliación de la acumulación que le beneficia, y pase de cumplir la condena acumulada a la suma de todas las impuestas. Y esto en tanto se resuelve el nuevo expediente de acumulación y con la posibilidad de tener que recurrirlo en casación. La sobrecarga de trabajo y la relevancia de los restantes asuntos que llegan al TS hacen que dudemos de lo adecuado de que el recurso de casación sea el único recurso posible en materia de acumulación. El tiempo medio de espera para la resolución de dicho recurso retrasa la determinación definitiva de la pena y el consiguiente acceso a beneficios penitenciarios con los perjuicios antes apuntados.

A la vez, el que no haya un cauce específico donde plantear las cuestiones que surgen durante el devenir de la ejecución penal y su influencia en una acumulación ya hecha, produce el resultado de que todas las cuestiones abordadas anteriormente –como ejemplo, la influencia de las medidas alternativas en una acumulación– no sean en muchas ocasiones analizadas con la relevancia que merecen. Algo así como si el tribunal competente para la acumulación se limitase a aplicar el artículo 76 CP, pero no a tener en cuenta los múltiples asuntos y aspectos adicionales que pueden plantearse en torno al mismo. Como mero ejemplo, destacamos las dudas que han surgido sobre si aplicar el artículo 78 CP[47]

[46] Suele ser habitual que, tras la recepción de una nueva causa y a petición de los internos, algunos órganos judiciales realicen nuevas acumulaciones sin considerar lo que es jurisprudencia consolidada, esto es, que el resultado de la nueva acumulación sólo puede beneficiar y no perjudicar al interesado. De acuerdo con la STS 260/2018: «La nueva refundición que se opere solo será procedente cuando, en su conjunto, ésta resulte favorable al reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada (STS 707/2013, de 30 de septiembre), una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva sentencia».

[47] De acuerdo con el mismo, «1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasifica-

a la condena resultante de una acumulación, si sólo parte de las condenas incluidas en dicha acumulación están afectadas por la limitación que dicho precepto contempla. De hecho, habiendo llegado la cuestión al TS, creemos que las resoluciones recaídas hasta el momento no se han hecho eco de la problemática jurídica que se plantea [48].

Finalmente, merece especial atención, el hecho de que no hay cauce procedimental establecido para adaptar las acumulaciones de condena a los criterios más beneficiosos que puedan haberse ido desarrollando con el tiempo. El caso del Acuerdo del TS de 2016 es un caso paradigmático de ello. Al respecto, no hay problema en plantear una nueva acumulación respecto de un interno al que ya se le haya aplicado el artículo 76 CP, siempre y cuando, tras haber devenido en firme el auto de acumulación, se haya recibido una nueva condena susceptible de modificarlo [49]. Sin embargo, planteamos la necesidad de ir más allá. Como acertadamente señala Varona Jiménez, tras analizar esta tesis y sus dificultades de aplicación desde el punto de vista de la seguridad jurídica [50], «a pesar de todo lo dicho existen dos imponderables que reconocemos que nos chirrían: por un lado, el derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE, que lógicamente se ve afectado en tanto que la aplicación de la nueva jurisprudencia puede suponer sin duda un acortamiento de la estancia del penado en un centro penitenciario; y por otro lado, el principio de igualdad en la aplicación de la ley, entendida en un sentido amplio, del artículo 14 CE. En este segundo caso el planteamiento es algo más complejo: aquel penado que cometa un nuevo delito, ¿tendrá la posibilidad de que la acumulación le sea revisada y se aplique el nuevo criterio jurisprudencial? Responder afirmativamente generaría efectos devastadores desde el punto de vista de las finalidades preventivas de la pena. Se estaría invitando al reo a cometer nuevos delitos, amén de la

---

ción en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. 2. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Si se tratase de delitos 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, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena».

[48] En especial, la STS 427/2022, de 29 de abril.

[49] SSTS 207/2014, de 11 de marzo; 204/2012, de 20 de marzo.

[50] Se profundiza en Solar Calvo, P., 2019, pp. 45 ss., donde se incluye una especial referencia a las posibilidades que abre la STS 1000/2013, de 7 de febrero. Se analiza también el interesante voto particular del magistrado Antonio del Moral, junto con las posibilidades que también plantea.

desigualdad que se generaría con los penados que mantengan una conducta cívica» [51]. Lo que apunta el autor de forma brillante es la incongruencia de fondo que supone permitir la reapertura de una acumulación jurídica sólo en aquellos casos en los que se recibe una nueva condena. Si tenemos en cuenta que esa nueva condena puede proceder de unos hechos delictivos antiguos anteriores al inicio del cumplimiento, pero también puede deberse a un nuevo delito cometido durante el mismo –tanto cometidos en prisión, habitualmente en forma de delito de lesiones a funcionarios u otros internos (art. 147 CP); como durante permisos, en forma de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)–, se da la paradoja de que se beneficia, posibilitando el cálculo de una nueva triple de la mayor, a quien mayor desvalor jurídico ha provocado.

No obstante lo anterior, parece que nuestra tesis –que el Acuerdo de 2016 se aplique a aquellos internos que cumpliendo condena en la actualidad pudieran ver reducida su privación de libertad, con independencia de que ya conste un auto firme de acumulación jurídica conforme a la jurisprudencia anterior–, encuentra un freno en el Acuerdo de 2018 antes transcrito [52]. Si recordamos su punto primero, «las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta)». Sin embargo, creemos que ello no debe impedir plantear nuevas acumulaciones con los fundamentos de fondo antes aportados. Como de nuevo refiere Varona Jiménez y aunque parece que «el tenor literal de este criterio está rechazando implícitamente la posibilidad de revisar los autos de acumulación por el simple hecho de que se haya producido un cambio jurisprudencial», de ser ésta la intención del acuerdo, y dados los fundamentos y resoluciones que se han emitido en sentido contrario, «hubiese sido necesario un pronunciamiento expreso en este punto» [53].

Sea como sea, la tesis que aquí mantenemos va calando en las resoluciones de los órganos inferiores y se asume, entre otros, por el interesante Auto de de 21 de septiembre de 2017, JP 3 Santander. Consecuencia de los cambios interpretativos que venimos exponiendo, el relativo a tratar de encontrar la mejor acumulación jurídica posible (STS 300/2017) y el que permite aplicar esta interpretación jurisprudencial a acumulaciones jurídicas ya realizadas (SSTS 1000/2013, 922/2013, 874/2014 y 618/2015), la citada resolución establece que «no obstante y a pesar de no existir nuevas condenas, se solicita nueva petición de acumulación debido al cambio jurisprudencial introducido

[51] Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, p. 4.
[52] Solar Calvo, P., *Legal Today,* de 31 de agosto de 2018.
[53] Varona Jiménez, A., *La Ley Penal*, núm. 134, 2018, p. 13.

por la STS 300/2017, de 27 de abril, en el que se permite la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación; que aplicado al presente caso, realizándose el cálculo partiendo como sentencia más antigua la dictada en fecha 19.12.13 por el JP Bilbao 6, y sumando las que no podrían acumularse anteriores, la nueva acumulación sería más favorable al reo al resultar una condena de 13-11-21 con respecto a la anterior acordada que era de 12-42-00». Postura que se ha repetido en el AJP Huesca núm. 1 de 5 de marzo de 2018, el AJP Oviedo n.2 de 29.11.18, y más recientemente, el AJP Almería núm. 4 de 16 de septiembre de 2022, que han asumido y seguido esta línea de actuación propuesta.

IV. ¿SE PUEDE HACER DE OTRO MODO?

1. **Los beneficios penitenciarios no sirven para determinar la condena**

Expuesta tanto la manera en que se determina la triple de la mayor, como los límites de fondo y forma que afectan a la aplicación práctica del artículo 76 CP, se podría defender que la situación descrita no es tan dramática, considerando la existencia de los comúnmente conocidos como beneficios penitenciarios, especialmente, los permisos ordinarios, el tercer grado y la posterior libertad condicional [54]. De hecho, la reciente STS 467/2022, de 15 de mayo, en concreto, su curioso voto particular mayoritario, parece apostar por esta vía para la solución de la problemática que plantea el artículo 76 CP [55]. Sin embargo, la postura que aquí defendemos es otra. Para llegar a ella es necesario recordar los devastadores efectos que las condenas de larga duración producen tanto en el ámbito más personal de los internos, como en lo relativo a su entorno social, hasta hacer de ellos seres humanos de difícil retorno al medio social normali-

[54] El régimen abierto propio del tercer grado se regula en los artículos 80 ss. RP. Profundiza Solar Calvo, P., «Tercer grado penitenciario: buscando la definitiva integración social del condenado», *Diario La Ley*, núm. 8795, 2016. Por su parte, la libertad condicional aparece regulada como cuarto grado de cumplimiento en el artículo 72 LOGP y como periodos de suspensión de condena en los artículos 90 ss. CP. Sobre esta figura y el cambio de naturaleza que ha experimentado en la LO 1/2015, Solar Calvo, P., «La Libertad Condicional Antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP núm. 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016», *Diario la Ley*, núm. 8873, 2016.

[55] En la misma y para resolver los casos de condenas eternas, la mayoría del TS advierte de la posible aplicación del artículo 92 CP para revisarlas como si de una prisión permanente revisable se tratase. Para una visión del régimen de cumplimiento de esta pena, Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario*, 5.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2022, pp. 91 ss., expone el régimen de cumplimiento que resulta y sus deficiencias e incoherencias desde el punto de vista de la normativa constitucional, penal y penitenciaria. De la misma autora, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

zado. En este contexto, y teniendo en cuenta los condicionantes que a continuación detallamos, es difícil defender que las salidas periódicas del establecimiento penitenciario que la norma penitenciaria prevé puedan tener efectos suficientemente paliativos.

Sin duda, las salidas de permiso ordinario, el acceso al tercer grado y la libertad condicional ofrecen a los internos las ventajas de la relajación del régimen penitenciario. En el caso de los permisos, porque suponen un descanso de las imposiciones regimentales, quedando los controles reducidos a las presentaciones policiales que se estimen pertinentes en el lugar que se haya señalado para el disfrute de la salida. En el supuesto del tercer grado, porque el acceso a la semilibertad, obliga normalmente a la pernocta en un CIS, aumentando con ello ostensiblemente las horas de autonomía personal. A su vez, con la libertad condicional esa relajación se hace más evidente por cuanto implica una continuación del tercer grado sin pernocta en el CIS. Sin embargo, especialmente los permisos y el tercer grado implican controles adicionales, limitaciones de la autonomía y presiones internas, difícilmente sostenibles de manera excesivamente prolongada en el tiempo. El choque inevitable entre la realidad carcelaria y la normalizada, y las dificultades de adaptación que esas diferencias conllevan y que irremediablemente se presentan, acentúan la ansiedad de los internos por acabar cuanto antes con el cumplimiento de la condena, paradójicamente, cuando se disfrutan de regímenes más benévolos. Por ello, no es recomendable iniciar la dinámica de salidas de permiso ordinario si la perspectiva de acceso al tercer grado es lejana. Los mismos han de cumplir la finalidad penitenciaria que tienen encomendada de «preparación a la vida en libertad» (art. 47.2 LOGP) y no convertirse en salidas cíclicas del centro penitenciario que les sirvan de mero recreo del régimen ordinario. Del mismo modo que un periodo de condena en tercer grado más allá de lo necesario puede malograr el acceso a tiempo a la libertad condicional, debiendo procurarse que éste sirva tanto de prueba como de consolidación, pero siempre con las miras puestas en un acceso a la libertad condicional temporalmente oportuno [56]. Sólo así el interno podrá sentir que avanza en su cumplimiento, que no se ha quedado estancado y que el régimen que se le aplica se corresponde con la lógica de la evolución personal que él manifiesta.

Partiendo de la anterior reflexión, y como hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo, se dan casos de condenas excesivamente largas desde el

[56] Fuentes Osorio, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, p. 133.

punto de vista de la duración de la propia vida humana, incluso tras la aplicación del artículo 76 CP, respecto de las que los tiempos de internamiento total que se establecen hacen inviable cualquier planteamiento de reincorporación social saludable. Supuestos en los que por mucho que el interno haya cumplido la cuarta parte de su condena total y, por tanto, pueda optar a permisos de salida, la lejanía de sus fechas definitivas de cumplimiento puede invalidar dicha opción como recomendable desde el punto de vista de su reinserción. Ante esta situación, se aboga por aplicar con mayor frecuencia el principio de flexibilidad recogido en el artículo 100.2 RP en caso de condenas de larga duración [57]. Como acertadamente apunta Rodríguez Yagüe, «por esta vía se podría soslayar el rígido requisito temporal en casos de pronóstico favorable de reinserción de condenados a penas de prisión de larga duración en los que no sea posible desactivar el periodo de seguridad de obligado cumplimientos (art. 36.2 CP) (...), de tal manera que estando clasificados en segundo grado de tratamiento tengan acceso a las salidas –ya vía permiso, ya de fin de semana– previstas para el tercer grado» [58]. Igualmente, exista o no ese periodo de seguridad, la aplicación del artículo 100.2 RP a un interno a modo de fase intermedia entre el segundo y el tercer grado, le produce la sensación de ir avanzando, de ir dando pasos en un sentido de reinserción determinado. Sin embargo, la vía del artículo 100.2 RP no es la panacea. Ello en tanto se trata de un mecanismo regulado a nivel reglamentario que, en determinados casos y de conseguir aplicarse, puede atenuar los efectos de las condenas de larga duración, pero que, de ningún modo sirve para su convalidación [59]. Del mismo modo que los permisos y el tercer grado, el acceso de un interno al régimen del artículo 100.2 RP supone su sometimiento a la tutela administrativa, con la misma problemática y los mismos resultados desocializadores que les asociamos a estos.

---

[57] De acuerdo con dicho precepto: «No obstante, con el fin de hacer el modelo de ejecución más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad».

[58] Rodríguez Yagüe, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en De León Villalba, F. J. (dir.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, p. 358. De la misma autora, *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 122 y 205 ss. Igualmente, Cámara Arroyo, S./ Fernández Bermejo, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Cizur Menor (Aranzadi), 2016, pp. 238-239.

[59] Solar Calvo, P., «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una aplicación posibilista», *Diario La Ley*, núm. 8912, 2017, pp. 2 ss. De manera resumida, en Solar Calvo, P., «Por una interpretación posibilista del principio de flexibilidad en el medio penitenciario», *Legal Today*, de 27 de enero de 2017.

En definitiva, volvemos a la tesis de este trabajo: la necesidad de que la condena sea lo más proporcionada posible, tanto al daño social cometido, como a la propia duración de la vida humana y los efectos que la privación de libertad prolongada provoca en ella. Sólo de este modo se puede trabajar por una reinserción social realista y saludable de quien ha delinquido.

2. El uso cualificado de los beneficios penitenciarios una vez determinada la condena

Continuando con la lógica expuesta, una vez determinada la condena más proporcionada conforme a las diferentes propuestas que se recogen en este libro, sí creemos que los beneficios penitenciarios tienen pleno sentido en la transición pautada de la persona privada de libertad a la sociedad libre. No obstante, como anunciamos en el título de este apartado, ha de tratarse de una aplicación cualificada en el sentido que explicamos a continuación. Desde inicios del 2020, el TC ha lanzado un mensaje unívoco a la administración penitenciaria en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Lo tradicional es que estos se pudieran ver restringidos por la mera invocación de la relación de sujeción especial, aun tratándose de un concepto limitador vacío de contenido [60]. Lo que TC nos dice ahora es que los derechos de los internos, como los de cualquier ciudadano, sólo pueden limitarse por motivos previstos es una norma de rango legal, en la medida en que esos motivos sean concretos y se proyecten individualmente caso por caso, y tras haberse llevado a cabo el correspondiente análisis de proporcionalidad. Esto es, que el fin que persigue la ley que habilita para restringir un derecho fundamental de la persona privada de libertad no se pueda alcanzar sin limitar dicho derecho.

En concreto, las resoluciones son tres. La primera, de 27 de enero de 2020, aborda el caso en que un interno solicitaba la realización de una entrevista periodística. En la segunda, de 10 de febrero de 2020, un interno vertía una serie de críticas a la administración y se le imponía una sanción por ello. En la tercera, se solicitaba el acceso al expediente penitenciario completo y como

[60] Acerca de los orígenes de este concepto, López Benítez, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Madrid (Civitas), 1994, pp. 53 ss., con referencias a Laband, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Tübingen (Laupp), 1876; Jellinek, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher Grundlage*, Freiburg (Mohr) 1887, quienes introducen la expresión alemana de *besonderes Gewaltverhältnis*. Profundizan en su estudio, García Macho, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Madrid (Tecnos), 1992; Lasagabaster Herrarte, I*., Las relaciones de sujeción especial*, Madrid (Civitas), 1994.

respuesta, se derivaba al interno a la realización de una entrevista con los correspondientes miembros del equipo técnico. Pues bien, primero desde el punto de vista del derecho fundamental a la libertad de expresión; y segundo, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva –sólo el acceso a lo que la administración tiene en su poder puede permitir recurrir lo que la misma sostiene–, el TC ha corregido la actuación administrativa de forma contundente y con una argumentación consistente en sus diferentes resoluciones [61]. De esta manera, el TC dota de contenido a la relación de sujeción especial hasta hacerla desaparecer o hacer innecesaria su invocación. Ello en la medida en que trata a los internos, desde un punto de vista jurídico, como si de auténticos ciudadanos se tratase. Siguiendo esta línea, las personas que se encuentran en centros penitenciarios estarían privadas de libertad, pero no de ningún derecho adicional. Igualmente, lo que hace el TC no es más que aplicar el artículo 25.2 CE en toda su extensión cuando dice que las personas privadas de libertad gozarán de todos sus derechos en aquello que sea compatible con la ley, el sentido de la pena y la ejecución de la condena.

En este nuevo contexto, abogamos por una interpretación de lo que el TC nos ha venido diciendo de manera auténticamente penitenciaria. Proponiendo o informando negativamente un permiso, concediendo o denegando una progresión de grado, damos y quitamos horas de vida en libertad. El interés que esto supone para el derecho fundamental de la libertad de quienes están privados de ella es indiscutible. Por ello, tendríamos que dar un paso al frente, abandonar las resoluciones estereotipadas que tan poco dicen a nuestros administrados, para realizar el análisis de constitucionalidad que el alto tribunal nos reclama. En definitiva, habría que aumentar el canon de argumentación de aquellas decisiones que restringen la movilidad de los internos fuera de los centros penitenciarios. Sólo de este modo nos haremos conscientes de la relevancia de lo que tenemos entre manos; y, especialmente relevante para condenas largas, sólo de este modo podremos potenciar pautas de cumplimiento que primen el contacto de los internos con el exterior, tan necesario para evitar la desocialización.

---

[61] Se analizan las referidas resoluciones en Solar Calvo, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, núm. 144, 2020; Solar Calvo, P./Lacal Cuenca, P., «La STC de 4 de octubre y el acceso al expediente de los internos en prisión», *Diario La Ley*, núm. 9979, 2021. Sobre su relación con la aplicación del régimen abierto, Solar Calvo, P./Lacal Cuenca, P., «¿Puede ingresar un condenado en un centro de inserción social?», *Diario la Ley*, núm. 10119, 2022. Recientemente, de ambos autores, «Adiós a la relación de sujeción especial», *Legal Today*, de 23 de agosto de 2022.

3. **Cuando el peligro permanece más allá de la fecha de liquidación**

Si tenemos una condena determinada más proporcionada a los hechos cometidos que la que resulta del artículo 76 CP; si además aplicamos sobre dicha condena los instrumentos penitenciarios de forma cualificada y para procurar una trayectoria de reinserción no desocializadora, resta responder a una pregunta que sin duda preocupa. ¿Qué hacer en aquellos casos en que se alcanza el final de la condena y, sin embargo, parece que no se ha obtenido el resultado pretendido o se aprecia un claro riesgo de reincidencia? Al respecto, los que nos dedicamos al medio penitenciario tenemos a menudo la paradójica sensación de que matamos moscas a cañonazos y, a la vez, cuando es necesario disparar, no tenemos el armamento adecuado. Así, como ejemplos de lo primero, las que hemos referido como *condenas eternas* totalmente desproporcionadas; o la aplicación generalizada de la libertad vigilada, regulada en la actualidad por tipologías delictivas e impuesta en sentencia [62]. En relación con la última, no se atiende a las necesidades de cada supuesto delictivo y, a la par, supone dedicar recursos públicos limitados de forma indiscriminada y, por ende, poco efectiva. Sin embargo, para los casos que ahora destacamos, sí parecería lógico contar con medidas propias de la libertad vigilada de índole comunitaria que ayudaran no tanto a vigilar, como a apoyar el proceso de reinserción.

Es ahora cuando las premisas que apuntamos al inicio del capítulo adquieren sentido. Creemos que las previsiones de futuro, por definición falibles, ni pueden ni deben ser fundamento de privación de libertad como sucede con la prisión permanente revisable [63]. En este sentido, a pesar de los numerosos estudios que pretenden aplicar métodos cada vez más exactos de predicción de la reincidencia y peligrosidad –ejemplo de ello, la aplicación de redes Bayesianas para la evaluación del riesgo de reincidencia en agresores sexuales– [64], destaca el estudio llevado a cabo por Martínez Garay sobre la incertidumbre que envuelve a estos pronósticos [65]. En el mismo, y tras analizar diversos instrumentos estadísticos que se emplean para determinar la peligrosidad, se alcanza la conclusión de que las decisiones adoptadas en base a los mismos tienden a aumentar los resultados positivos en detrimento de percepciones más

[62] Sobre los problemas e ineficacia de la regulación actual de la libertad vigilada Solar Calvo, P./Lacal Cuenca, P., «Tratamiento y reinserción en delitos sexuales», *Diario La Ley*, núm. 10145, 2022.

[63] Al respecto, Solar Calvo, P., «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, núm. 9166, 2018.

[64] Delgado, R./Tibau X. A., «Las Redes Bayesianas como herramienta para la evaluación del riesgo de reincidencia: Un estudio sobre los agresores sexuales», *REIC*, núm. 13, 2015.

[65] Martínez Garay, L., *InDret,* núm. 2, 2014.

individualizadas que darían resultados de signo contrario [66]. En este contexto, la necesidad de contar con condenas privativas de libertad determinadas y proporcionadas creemos que es irrenunciable.

Frente a lo anterior, sí consideramos que el análisis de la trayectoria en prisión con proyección de futuro puede justificar medidas no restrictivas de acompañamiento y ayuda a la reinserción de corte comunitario [67]. El no acompañamiento por personal cualificado aumenta el riesgo de recaída y repetición delictiva. Máxime cuando una persona privada de libertad sale prisión después de años de encierro continuado y desconexión social. ¿Y si apostáramos por servicios externos personal y económicamente dotados que sirvieran a este proceso? ¿Y si esos servicios pudieran ser los ya existentes en la comunidad, si se ocuparan de las personas que han estado privadas de libertad como ciudadanos que son? Finalmente, bajo la propuesta que realizamos, la puesta en práctica del tratamiento penitenciario recuperaría todo su sentido, pues la libertad vigilada se aplicará en función de la evolución del interno durante la ejecución del mismo. En definitiva, se lograría una regulación que, sin abandonar los fines que se propone –completar la labor penitenciaria de rehabilitación de los condenados–, sería más respetuosa con el sistema en el que necesariamente ha de encontrar acomodo [68].

---

[66] Para los delitos vinculados al terrorismo, resulta muy interesante el trabajo de Núñez Fernández, J., «La colaboración con la justicia de los condenados por terrorismo yihadista: posibles enseñanzas a partir de un estudio jurisprudencial», *RECPC*, núm. 23-05, 2021, donde analiza el uso de la prisión preventiva en relación con este tipo de delincuencia. Como refiere el autor, para la muestra seleccionada «la duración media de esta medida cautelar fue de 2 años, 2 meses y 13 días, lo que representa, en términos generales, un 84% de la pena de prisión impuesta». Sin duda, se pone de manifiesto un uso sobrerrepresentado de la prisión preventiva para supuestos que posteriormente, muestran una gravedad relativamente menor. Aspecto que, aceptando la situación que de facto se da y su difícil posibilidad de cambio, fuerza al autor a proponer una intervención tratamental individualizada para los internos en esta situación.

[67] Para ello, podrían importarse algunas características de las *supervised release* americana que tiene una perspectiva más tendente a la reinserción que al mero control y cuya ejecución va acompañada de un agente específico encargado de su seguimiento. Salat Paisal, M., «La necesidad de reformar la medida de seguridad de libertad vigilada. Una mirada desde el derecho comparado», *Anales de Derecho (Universidad de Murcia*), vol. 37, núm. 1, 2019, pp. 25-26.

[68] Igual de crítico con la regulación actual de la libertad vigilada y su poca eficacia para la prevención de determinados delitos, Salat Paisal, M., *Anales de Derecho (Universidad de Murcia*), vol. 37, núm. 1, 2019. En su trabajo, el autor, inspirándose en el derecho anglosajón, destaca algunas mejoras a introducir en la regulación nacional.

ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL RÉGIMEN LEGAL DEL «CONCURSO REAL» EN ARGENTINA

Patricia S. Ziffer *

I. OBSERVACIONES PRELIMINARES [1]

En el marco de la discusión relativa a las posibles respuestas legislativas frente a los diferentes supuestos de concurso de delitos, el objeto de este trabajo es revisar algunos de los principales problemas que se han planteado en la Argentina con respecto a este tema, en particular, en cuanto a la determinación de la pena de prisión en casos de pluralidad de hechos.

Como primera aclaración, cabe destacar que el sistema argentino de sanciones está estructurado sobre la base de un predominio casi absoluto de penas privativas de la libertad, por lo cual las dificultades que se pueden presentar en los casos de acumulación de otras penas principales (multa e inhabilitación), serán dejados aquí de lado. Por cierto, ellas presentan aristas extremadamente interesantes desde el punto de vista teórico, pero su solución resulta mucho menos acuciante.

A la dominancia de la pena de prisión se agrega, como característico del sistema, una regulación de la determinación de las penas divisibles que no conoce «grados de pena» (arts. 40 y 41, CP arg.), sino que adopta un modelo

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora adjunta de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

[1] El trabajo está inscrito en el marco del Proyecto de Investigación *Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva* (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER.

con marcos penales que tienen un mínimo y un máximo fijos, dentro del cual las circunstancias agravantes y atenuantes son fijadas en el caso concreto por los tribunales, y en el que los márgenes de discrecionalidad judicial son muy amplios.

Dentro de este esquema, establecer la escala penal de la que se parte al momento de la fijación del monto de la sanción no suele resultar problemático, sino que, en general, esto surge sin esfuerzo ya como consecuencia de la subsunción de la conducta en el tipo penal que entre en consideración [2].

A su vez, frente a posibles concurrencias normativas o de hechos, la teoría del concurso, y particularmente, la prohibición de doble valoración en la determinación de la pena, son los instrumentos jurídicos destinados a asegurar que cada ilícito reciba la pena que le corresponde, pero no más que ella. Una tarea para la cual las herramientas teóricas firmes son bien pocas.

De este modo, ya en el punto de partida del análisis, nos topamos con un problema especialmente resistente a una solución jurídica medianamente definida, como lo es la cuestión de establecer si nos enfrentamos a un único hecho [3] o si, en cambio, nos encontramos frente a lo que el código penal argentino denomina «hechos independientes» (art. 55, CP arg.).

Esta constituye, por lo demás, la cuestión central de la teoría del concurso, pues a partir de la determinación de la existencia de una única conducta, por contraposición a aquellas situaciones en las que es posible afirmar la presencia de «varios» hechos, se derivan consecuencias jurídicas bien diferentes [4] en materia de determinación de la pena.

Ahora bien, superada la compleja cuestión de establecer cuándo estamos en presencia de una o varias acciones, en los supuestos de «concurso ideal» (esto es, un único hecho que cae bajo más de una sanción penal), el artículo 54 CP arg. establece la regla de la absorción: «solamente» entra en consideración la escala penal que fija la pena mayor [5].

---

[2] La excepción es la fijación de la escala penal de la tentativa (arts. 42 y 44, CP arg.) y los supuestos de participación secundaria (art. 46, CP arg.), en los cuales la fórmula legal («La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad») ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

[3] Sobre este punto, *cf.* Nino, C. S., *El concurso en el derecho penal*, Buenos Aires (Astrea), 1972, pp. 36 ss.; para una presentación detallada de la discusión sobre este tema en la doctrina alemana, *cf.* Cording, S., *Der Strafklageverbrauch bei Dauer – und Organisationsdelikten*, Berlín (Duncker & Humblot), 1993, pp. 34 ss.

[4] Nino, C. S., 1972, p. 33; Zaffaroni, R. E./Alagia, A./Slokar, A., *Derecho Penal,* Buenos Aires (Ediar), 2000, p. 817; Schiffrin, L., «Algunas reflexiones sobre el concurso ideal», *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 1/3, 1972, pp. 409 ss., esp. p. 411. Asimismo, Jescheck, H. H./Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts,* 5.ª ed., Berlín (Duncker & Humblot), 1996, pp. 709 ss.

[5] La fórmula legal es bien parca, y no resuelve los supuestos en los que el mínimo legal del delito más grave resulta ser más leve que el de la escala supuestamente más leve. Por vía interpretativa, dentro

Por otro lado, tampoco aparece regulado expresamente el «delito continuado». Sin embargo, la figura suele ser aplicada jurisprudencialmente con distintos alcances, ya sea como un caso particular de «concurso aparente» (es decir, como una cuestión vinculada con la interpretación misma del sentido de un tipo penal), o bien –ya como una distorsión de la figura–, como vía para eludir las consecuencias punitivas más drásticas de la pluralidad de hechos. Ello, incluso en supuestos en los que difícilmente se den los requisitos tradicionales que se suelen asignar a esta figura. En esta última deformación del delito continuado también entran aquellos casos en los que falta la determinación de cada uno de los hechos, sea cualitativa o cuantitativa, desde el punto de vista procesal.

Esta es, en síntesis, la situación en los casos de «unidad de hecho» (o de conducta), bien diferente, en sus consecuencias, de los supuestos de pluralidad de hechos, tanto en lo que atañe a las consecuencias relativas al monto de pena como en lo que se refiere a los efectos procesales que se atribuye a una u otra calificación [6].

II. LA FIJACIÓN DE LA PENA EN LA REGULACIÓN ARGENTINA SOBRE CONCURSO REAL

Como regla básica, en el sistema argentino todas las formas del concurso quedan finalmente regidas por la idea de unidad de reacción. La regulación hoy vigente en Argentina dispone la fijación de una única escala penal para el concurso real, y para ello, distingue según se trate de penas de la misma clase o especie, o de diferentes clases, siguiendo un esquema en el cual se tiende siempre a establecer cuál será la escala penal abstracta dentro de la cual se

---

del margen de valoración del 41, CP arg., buena parte de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que, por aplicación de la regla del efecto oclusivo de la ley penal más grave, la pena finalmente impuesta no podría ser menor que la del mínimo más alto.

[6] En general, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentinas domina la idea de que la solución de derecho de fondo en materia de concurso «prejuzga», por así decirlo, en materia procesal: cuando se trata de definir la existencia de una unidad de hecho es la ley penal la que proporciona parámetros definidos para decidir la cuestión. Según Maier, en principio, son las reglas sobre concurso de delitos las que han de gobernar la solución en esta materia [Maier, J. B., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires (Editores del Puerto), 1996, pp. 612 ss.]. De esta manera, la admisión de un concurso real o material de hechos punibles supone la imputación de hechos independientes, y ello significa la posibilidad de admitir la persecución penal múltiple. Por el contrario, el concurso ideal o formal de hechos punibles determina cuándo estamos en presencia de una imputación única o idéntica. Críticamente, Ziffer, P., «Concurso real y ne bis in ídem», *Reflexiones sobre el procedimiento penal. Homenaje al Prof. Dr. h.c. Julio B. J. Maier en su 70.º cumpleaños*, Buenos Aires *(ad hoc),* 2010, pp. 37 ss.

graduará la pena correspondiente al condenado según las disposiciones generales en la materia.

Dentro de la escala penal resultante, según los casos, el tribunal tiene amplias facultades para aplicar la pena conforme a las pautas de los artículos 40 y 41 CP arg., y dentro de este amplio margen de ponderación, la pluralidad de delitos suele ser considerada tanto desde la perspectiva de «la extensión del daño» culpablemente cometido, como desde el punto de vista de las necesidades de prevención especial que refleja la reiteración. Sin embargo, estas no son las únicas pautas individualizadoras que podrían entrar en consideración, y lo cierto es que, frente a ciertas configuraciones, seguirá siendo posible aplicar el mínimo de la escala (del delito más grave) como en cualquier otro caso de pena elástica o flexible, si los criterios de graduación así lo indican, y en la medida en que esa pena mínima ya aparezca como represión suficiente incluso respecto de más de un delito. Dentro de este esquema de regulación, no se fija la pena que le correspondería a cada delito en particular, ya que la escala de éstos es sustituida por la resultante del artículo 55 CP arg., siendo dentro de dichos márgenes que habrá de individualizarse la pena concreta para el concurso de delitos en juzgamiento.

1. **Las alternativas en discusión**

Sin embargo, la adopción de esta modalidad de «escala única» no fue sencilla ni se encuentra fuera de toda controversia en sus consecuencias.

Entre las opciones que entraron en consideración en la discusión, aparece el sistema de la acumulación material (pura o aritmética), que determina la pena del concurso real a través de la suma del mínimo y el máximo de las diferentes escalas penales para conformar una única escala abstracta, dentro de la que se fija la pena conforme a las circunstancias de individualización concretas. En otra modalidad, se suman todas las penas individuales, y éstas se cumplen sucesivamente, una a continuación de la otra.

Este sistema, conocido como «tantos delitos, tantas penas» *(«quot delicta, tot poena»),* en cualquiera de sus variantes, no ha sido la tendencia en los antecedentes legislativos argentinos. El principio que lo rige ha sido criticado, fundamentalmente, por no contener un límite para el máximo de las penas privativas de la libertad temporales o divisibles, lo cual puede conducir a montos irracionales que incluso superen, de antemano, toda expectativa de vida del condenado. Junto a su excesiva e inútil severidad, también se ha ponderado la imposibilidad de hacerla efectiva en las penas perpetuas.

Por lo demás, la acumulación material también ha sido criticada por la inconveniencia político criminal de la aplicación de «penas sucesivas». A ello, se le han agregado objeciones relacionadas con puntos de vista de prevención general, relacionados específicamente con la seriedad de la amenaza. Una línea de argumentos que, en su momento, Sebastián Soler sintetizó como «una cuestión ética», vinculada con la falsía ínsita en ciertas condenas que entrañan una especie de hipócrita imposición de penas perpetuas, siendo que, como decía Soler, «la ley penal debe ser honesta» [7].

Ya más cerca en el tiempo, entre las críticas al sistema de acumulación aritmética ha sido particularmente influyente la noción conforme la cual la acumulación de todas las penas privativas de la libertad merecidas se tornaría injusta porque, sumando las penas, su intensidad no aumenta en progresión aritmética sino que lo hace en progresión geométrica. Ello, en una línea análoga a la que domina la doctrina alemana [8].

Se trata, en definitiva, de un concepto similar al que elabora Horn [9] en sus críticas a Dreher [10] en cuanto a su posición relativa a la concepción de los marcos penales como escala de gravedad continua. Según Dreher, al fijar un marco penal, el legislador tiene en mente todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave concebibles, en una escala de crecimiento paulatino. Esta concepción tiende a solucionar el problema vinculado con el punto de ingreso a la escala penal, un problema particularmente difícil de resolver en sistemas de determinación de la pena como el del § 46 StGB –similar, en este aspecto al artículo 41, CP arg.–. Siguiendo el razonamiento de Dreher, el límite inferior de la escala penal queda reservado para los casos más leves, el medio aritmético, para los intermedios, y el máximo, para los más graves. Esta noción, que tiene la ventaja de intentar reducir la discrecionalidad de sistemas de determinación de la pena como el argentino, ha sufrido diferentes críticas. Pero la que aquí resulta más interesante es la que rechaza que una perspectiva puramente aritmética pueda hacerse cargo, en forma adecuada, de la naturaleza específica del sufrimiento que provoca una pena, cuyo aumento –según Horn– es indirectamente proporcional a su duración. Desde este punto de vista,

---

[7] Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, t. II, Buenos Aires (Tipográfica Editora Argentina), 1951, p. 362.

[8] A este respecto, *cf*. la interesante presentación y críticas formuladas por Nils Jareborg, quien señala, gráficamente, que el concepto que se encuentra en el trasfondo de esta clase de reducciones de pena se vincula, en definitiva, con que «la vida es corta» (Jareborg, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford (Clarendon Press), 1998, pp. 129 ss., esp. p. 136.

[9] Horn, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 6.ª ed. (actualizada a septiembre 1993), Berlín (Luchterhand), § 46, núm. 86.

[10] Dreher, E., «*Über* Strafrahmen», *Festschrift für Bruns*, Colonia (Heymann), 1978, p. 146.

no es posible equiparar matemáticamente la relación entre la duración de la pena y el sufrimiento o el mal que significa una cierta pena.

2. **La «responsabilidad única» como idea rectora**

Ahora bien, además de la cuestión relativa al desproporcionado aumento del sufrimiento que puede implicar una pena, en el marco de la discusión argentina, el aspecto central a evaluar, se vincula estrechamente con una fuerte preponderancia de la noción de que «la responsabilidad es una sola», y que, por lo tanto, también la pena debe ser una en los casos de pluralidad de hechos concurrentes. Según se entiende, en los casos en los que debe juzgarse una pluralidad de delitos, lo que se encuentra en juego, en definitiva, es un problema de adaptación de la pena al autor. La pluralidad habrá de constituir, en todo caso, un aumento de la *responsabilidad única e inescindible del condenado*, y por eso la pena debe ser progresiva y proporcional, pero también única [11].

En otras palabras: la regla –fuertemente arraigada– es que todo delito debe ser penado y que a cada delito le correspondería una pena, pero siempre teniendo en cuenta que la responsabilidad del autor es una sola [12].

A ello se agrega la incidencia de la regla constitucional [13] que declara que la finalidad primordial de las penas privativas de libertad es la readaptación social del condenado. A partir de dicha disposición se entiende que no podría justificarse que en el mismo sujeto converjan en forma independiente y simultánea varias penas [14]. El carácter «pedagógico» que supone esa función preventivo-especial siempre exige que exista un accionar unitario, por múltiple que sea el número de delitos cometidos [15].

De allí el fuerte arraigo del principio de la unidad de reacción punitiva. Sin embargo, un traslado automático del principio de absorción –que rige el concurso ideal– queda descartado, pues ello implicaría el beneficio de ser tratado como si se hubiera cometido un solo delito. No obstante, este principio es el que se sigue, parcialmente, cuando concurre una pena perpetua en relación con otras penas privativas temporales de la libertad.

---

[11] Soler, S., 1951, p. 363.

[12] Caramuti, C. S., «Introducción al Título Concurso de Delitos», *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires (Hammurabi), pp. 487 s.

[13] Arg. artículos 5.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos y 75 inciso 22. Constitución Nacional argentina.

[14] Zaffaroni, R. E., *Manual de derecho penal Parte General*, Buenos Aires (Ediar), pp. 745 ss.

[15] Caramuti, C. S., *op. cit.,* p. 631.

Dicho en otras palabras: el sistema de acumulación aritmética peca por su exorbitancia, y el sistema de absorción, por su insuficiencia.

En el marco de esas opciones, aparece como alternativa un sistema mixto, consistente en cuantificar aisladamente cada pena y sumarlas luego pero sin exceder determinado límite fijado por la ley para atemperar el rigor de la acumulación material. Este sistema es mejor, pero, al obligar a sumar penas independientes, no llega a satisfacer una noción de unidad de pena, o de unidad de responsabilidad, en la que se contemplen las particulares necesidades preventivo-especiales del sujeto concreto autor de los diversos delitos.

Frente a esta opción, entra en discusión el sistema de la acumulación no pura (o jurídica, de aspersión o exasperación), el cual, a diferencia del anterior, establece un tope de pena según diferentes variantes. Dicho tope puede consistir en colocar un límite al máximo de la pena, sea fijando un límite a la suma de los máximos para fijar la escala, o a las penas individuales de cumplimiento sucesivo, o al incremento de la pena individual más grave. Aunque presenta como punto positivo una mitigación del rigor del sistema de acumulación aritmética, todo dependerá de cuál sea el tope que se adopte, por lo cual no es posible hacer un juicio generalizador sin considerar cuál es ese tope. Un aspecto de la discusión que, como se verá, queda gráficamente ejemplificado en la discusión planteada en Argentina con respecto al artículo 55, CP arg.

A modo de síntesis: si se tiene en cuenta que la suma de todas las penas correspondientes a cada uno de los hechos llevaría a una sanción excesiva e irracional –por superar eventualmente la existencia del condenado–, la opción de la «absorción» propia del concurso ideal queda desechada porque beneficia al autor de varios delitos al tratarlo como si hubiera cometido uno solo. Frente a ello, aparece el sistema conocido como de la «aspersión», en el que se toma el mínimo mayor y se suman los máximos, pero sin superar un cierto monto y siguiendo una interpretación estricta de la unidad de reacción [16].

[16] Esto a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el § 53 y 54 del StGB en que se fijan las penas individuales y luego se forma una pena conjunta. Allí también rige la aspersión, por la cual se aumenta la pena individual más grave merecida («pena de base») de tal modo que la pena conjunta no supere la suma de las penas individuales. Las penas individuales, por lo tanto, no pueden simplemente sumarse a fin de que en el caso no se fije una pena desproporcionadamente alta, sino que se toman en cuenta en el dictado de la pena conjunta tanto la persona del autor como los delitos particulares; de esta forma la pena de base se va aumentando tomando en cuenta esa valoración; en caso de un contexto situacional material y temporal estrecho (más próximo a la unidad de acción) el aumento de la pena de base puede resultar menor. *Cf.* Kindhäuser, U./Hilgendorf, E., «Observación preliminar a los §§ 52/55», *Strafgesetzbuch. Lehr– und Praxiskommentar*, 8.ª ed., Baden Baden (Nomos), 2019.

3. **La normativa vigente**

Siguiendo estrictamente el dogma de la «unidad», en el sistema argentino, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el sistema alemán de pena conjunta, no se fija la pena correspondiente a cada uno de los hechos sino que se aplica una única pena [17]. En el código penal argentino se va más allá, y se establece una verdadera pena total, siguiendo a ultranza el principio de unidad de pena para el concurso real, y esta regla también se va a aplicar en los casos en los que existan otras condenas vigentes [18].

En esta línea, la regla legal establece (art. 55, CP arg.) que en los casos en que concurrieren «hechos independientes» (tal la formulación legal) reprimidos con una misma especie de pena (supuesto del que nos ocupamos), la escala penal se construye tomando como mínimo el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de los máximos correspondientes a los diversos hechos, la cual no podrá exceder la suma de 50 años.

Y aquí comienzan los problemas. En efecto, ya a simple vista se advierte que una escala penal con un máximo legal de 50 años va a generar complicaciones desde múltiples puntos de vista.

Así, las dificultades vinculadas con el tope máximo se han vinculado, incluso, con establecer cuál es, en concreto, ese tope. Ello, a pesar de lo clara que puede parecer la regla.

Así, ya con anterioridad a que entrara en vigencia la referencia expresa al tope de 50 años, el código, en su redacción originaria, fijaba como límite máximo de la escala para los supuestos de concurso real «que no se excediera el máximo de la especie de pena». No se fijaba, numéricamente, cuál era ese máximo, y por vía interpretativa, se lo infería a partir del máximo posible de las penas previstas en la parte especial, excluida la de prisión perpetua. Siguiendo esa línea de razonamiento, se entendía que el máximo en cuestión se correspondía con la pena máxima prevista para el homicidio simple, fijada

[17] El sentido de la regla es facilitar una fórmula de cálculo para imponer una sola pena por varios delitos que tienen cada uno su respectivo castigo pero que no queda expresado, y la idea es que esta nueva escala contenga la gravedad relativa de todas las incluidas.

[18] Corresponde aclarar que en el sistema argentino estas reglas se aplican tanto frente al juzgamiento simultáneo de pluralidad de hechos como frente a los supuestos en los que, por alguna razón, los hechos cometidos en concurso real hubieran sido juzgados por separado. En esos supuestos, el juez que tenga la primera oportunidad procesal de hacerlo debe proceder a unificar las condenas y dictar una pena única aplicando las reglas del artículo 55, CP arg. *(cf.* art. 58). Otro supuesto de aplicación de estas reglas es la «unificación de penas» en sentido estricto, esto es, la aplicación de las reglas del concurso también a los casos en los que, después de una condena pronunciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto. Sobre este tema, ampliamente, Zaffaroni, R. E., «El sistema de la pena total en el Código Penal argentino», *Doctrina Penal*, año 1, 1978, p. 487 ss.

en 25 años (arg. art. 79, CP arg.). Esto, a su vez, ya había sido criticado, en su momento, porque los autores de delitos graves, esto es, aquellos a los que ya les correspondía el máximo de la especie de pena no sufrirían aumento de la escala, ej. cometer un homicidio simple valdría igual que cometer dos, tres, etcétera.

Pero más allá de las objeciones que ya se hacían, lo cierto es que esta interpretación pacífica comenzó a agrietarse a partir de la entrada en vigencia de la Ley 23.077, conocida como «de Defensa de la Democracia», en la cual, en 1984, se incrementaron las penas «en un medio cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la CN» (art. 227 ter, CP arg.) o al doble respecto de los jefes y agentes de las fuerzas públicas (art. 235, párr. 3.º, CP arg.). Con esta nueva redacción, los máximos previstos para estos delitos pasaban a ser de 37 años y 6 meses, o bien, de 50 años. Por otro lado, también aparecieron otras agravantes genéricas que elevaban los máximos de las escalas si concurrían ciertas circunstancias. Esto generó que durante un buen tiempo no estuviera claro cuál era el tope en el concurso real, ya que buena parte de la doctrina sostenía que se debía seguir utilizando el tope de 25 años –por haber sido el que se tuvo en cuenta en la redacción original del artículo 55–, mientras en la jurisprudencia la cuestión se seguía debatiendo y dando lugar a precedentes diversos.

4. **Las objeciones al máximo legal vigente**

A partir de una nueva reforma, por Ley 25.928, la discusión, en principio, quedó definitivamente saldada, al fijarse en 50 años el límite máximo respecto del artículo 55, CP arg.

Sin embargo, como ya se adelantó, una pena máxima de 50 años resulta cuestionable desde diferentes puntos de vista. No solo responde a formas de punitivismo extremo sino que, además, ella resulta una solución hipócrita y desproporcionada, al convertir en una pena prácticamente perpetua penas previstas como temporales. De este modo, ya de antemano, la regla trae a la discusión las mismas objeciones que se le hacen a la prisión perpetua desde la perspectiva constitucional, fundamentalmente, la prohibición de penas crueles y desproporcionadas y su irracionalidad frente al fin resocializador de la pena.

Dentro de esta línea crítica, se ha dicho, incluso, que se trataría, en definitiva, de un equivalente funcional de la pena de muerte, ya que no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena, el condenado ya no será persona

por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado toda posibilidad de una vida activa, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización.

Una pena de prisión de 50 años es, en efecto, una pena no solo desmesurada, sino que se trata, fundamentalmente, de una «pena inusual». Ella echa por tierra una tradición jurídica con fuerte arraigo en la Argentina, como lo era la pauta de interpretación sistemática según la cual la escala temporal más grave era la del homicidio simple (art. 79, CP arg.), con sus «8 a 25 años de prisión», y deja bien en claro que no siempre romper con la tradición es un progreso.

En rigor de verdad, lo que el legislador parece haber intentado no es sólo crear una pena simbólicamente muy intensa, sino que lo que la nueva redacción legal expresa es una decisión de política criminal mucho más drástica e inusitada, como lo es la supresión de la brecha entre penas temporales y perpetuas para los casos de autores reiterantes. En definitiva, lo que se pretende es autorizar un encierro prácticamente perpetuo de los autores reiterantes, que sólo pueden recuperar la libertad bajo un régimen de libertad condicional extremadamente severo [19].

Pero esto no solo refleja una decisión sumamente objetable desde una perspectiva político-criminal. Además, la introducción de este tope genera distorsiones sistemáticas muy difíciles de superar.

En esta dirección, se debe recordar que los marcos penales constituyen una técnica legislativa que intenta conciliar, en el ámbito del sistema de sanciones, la flexibilidad del principio de culpabilidad, por un lado, y la exigencia de certeza del de legalidad, por el otro. Dentro de este esquema, aun cuando se admita que el mandato de determinación no puede tener en la fijación de la pena el mismo alcance que en la Parte especial [20], una escala que pueda extenderse de un mes a 50 años (teóricamente posible, p. ej., en el caso de reiteración de pequeños hurtos) ya deja de cumplir cualquier función seria. En rigor, esto ya era así en la redacción originaria del código penal (con el límite de 25 años), pero hoy ha adquirido ribetes escandalosos.

De este modo se produce, además, una notable distorsión de la función sistemática ordenadora que deben cumplir los marcos penales: en sistemas de

[19] *Cf.,* en particular, artículo 13, CP arg., que exige como requisito temporal para la obtención de la libertad condicional el cumplimiento de dos tercios de la pena impuesta.

[20] Acerca de la diferente operatividad del principio de legalidad según el grado de determinación propio de cada uno de los ámbitos del derecho penal, *cf.* Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlín (De Gruyter), 1991, 4/13 ss., esp. 4/43.

sanciones en los que no hay «grados de pena», uno de los criterios principales para la determinación de la pena es la relación de los marcos penales entre sí, esto es, la aplicación de reglas de proporcionalidad ordinal. Cuando se introducen escalas distorsivas, esta función de los marcos penales comienza a diluirse, y esto genera un aumento de la discrecionalidad no necesariamente querido por el legislador.

El problema se ha tornado aún más complejo a partir de la incorporación al derecho interno del Estatuto de Roma [21], que contempla para los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, en los supuestos de concurso entre delitos con penas temporales, la reclusión hasta 30 años [22]. Sobre la base de la recepción legislativa de esta regla, buena parte de la doctrina (y la jurisprudencia [23]) ha entendido que se estaría fijando un parámetro normativo máximo que no podría ser superado, porque ¿cómo sería posible que semejante concurso real de delitos cuente con un tope inferior que el estipulado por el código penal vigente? De allí que se haya entendido que la Ley 26.200 que implementa el Estatuto tiene implicancias que se irradian a todo el sistema punitivo argentino afectando las sucesivas reformas que lo alejaron de la razonabilidad originaria. Sobre esa base, se ha interpretado que el tope de 50 años, o bien habría quedado virtualmente derogado por la incorporación del Estatuto al derecho interno, o bien, se habría tornado inconstitucional, ya que sería incoherente o desproporcionado reprimir los crímenes más graves concebibles con una menor pena que la correspondiente a otros injustos menos graves del derecho interno.

Esta posición, si bien no es mayoritaria, tiene un peso considerable en la doctrina argentina [24], y frente a ella, la respuesta que comúnmente aparece en la discusión hace referencia, en general, al carácter subsidiario del Estatuto [25].

---

[21] Si bien el Estatuto de Roma había sido aprobado por la Ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, con vigencia desde el 11 de julio de 2002, con posterioridad a la reforma del artículo 55 del Código Penal se sancionó la Ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma, promulgada el 5 de enero de 2007.

[22] Los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, en caso de ser juzgados por la Corte Penal Internacional serán penados con penas de reclusión hasta treinta años o con reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (art. 77 del Estatuto). La reducción de la pena, que importa un equivalente a la libertad condicional, está prevista en el artículo 110 del Estatuto y procede su solicitud una vez transcurridas las dos terceras partes de la pena temporal y veinticinco años de cumplimiento de la perpetua.

[23] *Cf.* el voto en disidencia del Juez Zaffaroni en el caso «Estévez», resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de junio de 2010 (Fallos: 333:866).

[24] *Cf.* De la Rúa, J./Tarditti, A., *Derecho Penal. Parte General 2*, Buenos Aires (Hammurabi), 2014, pp. 399 ss., con otras referencias.

[25] Con cita del artículo 80 del Estatuto, que establece que «Nada de lo dispuesto (…) se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescriptas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescriptas en la presente parte (…)».

Desde otro punto de vista, más allá de los alcances interpretativos que se asignen al artículo 80 del Estatuto de Roma, no debería perderse de vista la diferente finalidad de ambos ámbitos regulatorios. Aun cuando se admita, por hipótesis, que el Estatuto prevé los delitos más graves posibles, y que, en consecuencia, ningún condenado podría estar en peor situación que lo que el Estatuto prevé, resultaría erróneo sujetar, sin más ni más, la interpretación de reglas de derecho interno, a reglas pensadas para la represión de delitos de derecho internacional, en la medida en que en ellos pueden llegar a entrar en consideración situaciones o factores muy diferentes [26]. Así, sería equivocado derivar de tratados que reprimen las ofensas al derecho internacional, consecuencias directas sobre figuras delictivas del derecho interno, pero milenarias en la cultura de casi todos los pueblos, como el homicidio, el robo o la violación. En el derecho penal internacional entra en juego la necesidad de lograr puntos de encuentro entre distintas naciones para reaccionar en forma conjunta no necesariamente frente a los hechos más graves imaginables, sino frente a aquellos que requieren de la *unión de la comunidad internacional*, para su efectiva persecución.

Desde este punto de vista, es perfectamente concebible un hecho «más grave» que, sin embargo, no requiera un tratado internacional para su efectiva persecución, y ello no constituiría, *per se*, ninguna anormalidad: existen hechos de derecho interno que sin el componente internacional o de «lesa humanidad» de todos modos son extremadamente graves: delito común vs. crimen de guerra/de lesa humanidad no son categorías vinculadas automáticamente con la mayor gravedad del ilícito. Esto es, nada obsta a que un genocidio pueda tener la misma pena que un parricidio: ambos hechos llegan al máximo de la pena, pues hay límites existenciales en la imposición del castigo [27].

Desde este punto de vista, no se puede sostener sin matices que en el Estatuto estén reprimidos los delitos más graves posibles. De antemano se advierte que en él se encuentran previstas penas temporales de 3 a 25 años de prisión; es decir, que también incluye delitos de una gravedad relativa menor. Del mismo modo, tampoco resultan convincentes otros de los argumentos sobre los cuales se apoya la conclusión de que habrían desaparecido las penas temporales superiores a los 25 años como consecuencia de la extrema grave-

[26] Así, por ejemplo, más allá de que el Estatuto prevea la igualdad de trato en materia de ejecución penitenciaria entre los condenados por delitos del Estatuto y por delitos equivalentes del derecho interno (art. 106 del Estatuto), lo cierto es que la obligación internacional de reaccionar severamente frente a este tipo de hechos restringe las posibilidades de decisión del Estado para formas de ejecución que pudieran ser consideradas «muy» benignas, al menos, en cuanto pudieran poner en tela de juicio la seriedad de la reacción punitiva como demostración del disvalor de la conducta que motivara la condena.

[27] A este respecto, *cf*. las consideraciones de Jareborg, N., 1998, *passim*.

dad de los delitos previstos en el Estatuto. En esta línea, se ha afirmado: «Si la Ley 26.200 introduce en nuestra legislación penal los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento, toda vez que es inconcebible un contenido de injusto mayor que el de un genocidio con masacre o similares, las escalas penales para estos delitos no pueden ser superadas por las de ningún otro: no es posible superar lo insuperable» [28]. Esto es cierto, pero, en todo caso, la pregunta aquí es qué es lo que entra en la categoría de «insuperable». Así, sostener que «no hay nada más grave que un genocidio con masacre» es una conclusión a la que no se llega sin antes aceptar, sin admitir discusión, que existen hechos cuya gravedad es absoluta, esto es, que ella no puede ser cuantificada, o bien, relativizada o atenuada [29]. De otro modo, la afirmación «no hay nada más grave que un genocidio con masacre», podría ser refutada sencillamente: «más grave que un genocidio son dos genocidios» [30]. Y por cierto, desde algún punto de vista, esto es así; pero lo que ocurre es que frente a algunos hechos el argumento de la «cantidad» resulta éticamente intolerable o casi ofensivo. Sin embargo, esto sucede no sólo respecto del genocidio, sino, por principio, también respecto de todos los delitos a los que les corresponde el máximo posible de pena. Alcanzada cierta gravedad de los hechos, toda «maldad» que le fuera agregada ya no podría ser reflejada en la pena [31].

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar, resulta oportuno hacer aquí alguna referencia a los efectos prácticos de esta discusión. Pues, si se atiende a la práctica judicial, bien podría pensarse que se trata de una discusión de escaso peso en la realidad de los tribunales.

En efecto, a pesar de las evidentes diferencias en cuanto a las consecuencias que tiene la calificación de un acontecimiento histórico como concurso ideal (un hecho) y concurso real (más de un hecho) a veces aplicado a situacio-

---

[28] CSJN, Fallos: 333:866 (considerando 42.º de la disidencia del Juez Zaffaroni).

[29] *Cf.* acerca de esta interpretación del sentido de las penas absolutas en la jurisprudencia argentina, CSJN, Fallos: 328:4343 (considerando 14.º).

[30] *Cf.* con relación a los límites del aporte de las escalas penales a la discusión en materia de determinación de la pena, Timpe, G., *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlín (Duncke r& Humblot), 1983, p. 69.

[31] Este problema es reflejado con claridad por Jakobs en su análisis vinculado con las «penas absolutas» aplicadas a delitos graves, en las cuales todo lo que supere el mínimo exigido para la configuración de la culpabilidad del delito ya no interesa, pues ese mínimo es concebido por el legislador como un punto más allá del cual cualquier distinción relativa a la persona del autor resulta irrelevante *(cf.* Jakobs, G., «Die gerechte Strafe», *Mehr Transparenz in der Strafjustiz*, Rehburg-Loccum, 1990, pp. 41 ss., esp., p. 45).

nes que merecerían un análisis muchísimo más profundo (ej. casos de efecto enlace o, en general, la asunción de un concurso real siempre que concurra un delito permanente con un delito instantáneo), lo cierto es que, en términos relativos, las discusiones forenses sobre estos puntos tienen un peso mucho menor que otros puntos «conflictivos» de la dogmática de la Parte general o de ciertos delitos en particular.

Sin embargo, que la discusión sobre el tema se mantenga en los márgenes, o bien, que la prudencia judicial evite una utilización desmesurada de máximos penales desproporcionados no hace desaparecer el problema. Pues, a pesar de que la práctica «mantenga bajo control» los efectos nocivos de una regulación deficiente, las objeciones teóricas no se convierten en preocupaciones de laboratorio. Por el contrario, la regulación no solo continúa funcionando como banco de prueba para la demostración de inconsecuencias sistemáticas. Además, en la discusión político criminal, ella deja expuesta la irracionalidad de decisiones legislativas que prometen soluciones mágicas por medio de aumentos desmesurados de pena –que luego los jueces deciden no aplicar–, y que, finalmente, de nada sirven al momento de generar «más seguridad ciudadana», en una espiral de aumentos de pena que, lamentablemente, parece no tener fin.

PROPUESTA DE NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONCURSOS

HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS CONCURSOS DE NORMAS Y DE DELITOS. ALGUNAS PROPUESTAS

Ángel José Sanz Morán *

I. INTRODUCCIÓN

En mi contribución al anterior libro colectivo publicado como fruto de este Proyecto de Investigación [1], resumía los planteamientos que, en relación a esta materia vengo sosteniendo desde hace varias décadas. De acuerdo con la ponencia que está en el origen de la presente aportación [2], se trata ahora de dar un paso más y formular propuestas *de lege ferenda*, con el propósito de contribuir a superar la muy cuestionable regulación actual. Es precisamente esta orientación político legislativa la que marcó ya mi primera aproximación al problema general de los concursos de normas y de delitos, que concluía apuntando a las líneas maestras de una regulación alternativa a la entonces vigente, sustancialmente coincidente con la actual [3]. Y, en fecha mucho más próxima, con motivo de los trabajos «pre-legislativos» que culminarían en la amplia

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid.

[1] Véase Sanz Morán, A. J., «Sobre el arte de contar los delitos. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*, Madrid (BOE), 2022, pp. 35-63.

[2] En esta contribución se desarrolla la ponencia presentada, con el mismo título, el día 10 de junio de 2022, en la Universidad Autónoma de Madrid, en el Seminario General del Proyecto de Investigación DER2917-86139-P «Hacia una nueva regulación de la concurrencia delictiva», financiado por AEI-MINECO-FEDER. Debo agradecer una vez más a los profesores Enrique Peñaranda Ramos y Laura Pozuelo Pérez por su amable invitación a participar no sólo en este Seminario, sino en cuantas actividades se han llevado a cabo estos últimos años en el marco del Proyecto.

[3] Véase Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos Aspectos de política legislativa*, Valladolid (Lex nova), 1986.

reforma penal de 2015, aventuré incluso la formulación de algunos preceptos concretos [4]. Será esta modesta propuesta la que utilice aquí como punto de partida, aunque sólo sea porque tuvo la amabilidad el Profesor Peñaranda de situarla también como referencia de contraste para su propio planteamiento en el Seminario del que trae causa esta publicación.

De acuerdo con lo que ahora se pretende, me limitaré a proponer una regulación de la materia, con una mínima justificación de los textos proyectados. Para una exposición más completa de los argumentos que los apoyan, me permito remitir al trabajo recordado al comienzo, en cuanto síntesis más reciente y actualizada de unos planteamientos que vengo sustancialmente manteniendo desde mi –ya lejana en el tiempo– tesis doctoral. De ahí que se reduzcan aquí sensiblemente las referencias bibliográficas [5]. Seguiré, por lo demás, el mismo esquema que en anteriores trabajos sobre la materia, ocupándome, en primer lugar, con aquellos supuestos en los que cabe concluir la existencia de un único delito, para centrarme después en el concurso efectivo de delitos y sus modalidades.

Huelga decir, por otra parte, que he tenido presentes, para lo que sigue, las muy atinadas observaciones efectuadas por los intervinientes en el reiterado Seminario, uno de los más intensos y sugestivos en los que he tenido ocasión de participar, nueva muestra de la excepcional calidad científica y humana de los compañeros de la UAM, que propiciaron este encuentro.

II. ¿DEBE RECOGER EL CÓDIGO PENAL REGLAS ALUSIVAS AL CONCURSO APARENTE DE LEYES?

Los Códigos Penales recogen, normalmente en el contexto de las reglas de determinación de la pena, el criterio a seguir en caso de que alguien sea responsable de más de un delito, diferenciando o no –de ello nos ocupamos más adelante– grupos de casos. Resulta, por el contrario, excepcional encontrar preceptos que se ocupen de concretar cuando existe un solo delito y cuándo, por el contrario, estamos ante un concurso efectivo de ellos. Ello vale, en primer lugar, para el denominado concurso aparente de leyes, en el que la

[4] Véase Sanz Morán, A. J., «Concursos de normas y de delitos», *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 283-289.

[5] Para una visión panorámica de los problemas que presenta la teoría del concurso de delitos, véase sólo, en la literatura penal más reciente en español, además de obra citada en la nota 1, las obras colectivas coordinadas por Maldonado Fuentes, F., *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Buenos Aires (Bdef), 2016 y *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021.

formal subsunción del hecho bajo varios preceptos, no obsta a la existencia de un solo delito, aplicándose sólo la ley preferente, frente a la cual quedan desplazadas las demás, si queremos evitar el sancionar dos veces lo mismo (principio *non bis in ídem*, en su acepción sustantiva). Tanto el anterior CPE (art. 68), como el vigente (art. 8), recogen, sin embargo, reglas alusivas al denominado concurso aparente de leyes penales.

Nuestra posición al respecto es clara: hemos calificado reiteradamente a la regla recogida en el artículo 8 CP, de «innecesaria» y «perturbadora». El precepto responde a un propósito meramente «didáctico» y, en cuanto tal, superfluo en un texto como el Código Penal [6]. Por más que se diga –lo que es obvio– que la ley especial desplaza a la general (núm. 1) o la principal a la subsidiaria (núm. 2), ello no resuelve el problema interpretativo central de 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. Nos movemos, además, como es sabido, en un terreno donde reina la más absoluta disparidad de criterios a la hora de decidir el número de reglas interpretativas, así como su respectivo alcance y contenido. Existen, por ejemplo, serias dudas en torno al sentido del principio de consunción –que, por otra parte, está deficientemente formulado en el número 3 de este artículo 8– y ya nadie defiende, en la doctrina extranjera, la existencia de un ámbito propio para el denominado principio de alternatividad (art. 8, núm. 4).

Pero destacan, sobre todo, en el precepto que comentamos, dos defectos fundamentales. En primer lugar, circunscribe su ámbito de aplicación a los «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77», invirtiendo así los términos del problema; pues sólo si, de acuerdo con los criterios que evoca el mismo precepto, resulta necesario aplicar todas las normas penales concurrentes, por darse un efectivo concurso de delitos, entrarán en juego las reglas de los mencionados artículos. Es decir, el «prius» lógico hay que situarlo en la existencia de un delito singular y sólo en el caso de concluir que se da efectivamente más de un delito, habrá que pasar a determinar los correspondientes

[6] De manera tajante afirmaba Rivacoba y Rivacoba, M., «Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código penal de España», *BIMJ*, núm. 1778, 15 de julio de 1996, pp. 2969-2985, poco tiempo después de la entrada en vigor del CP de 1995, que «es una muestra de entre ingenuidad y provincianismo hacerse cargo del concurso aparente de leyes en un Código» (p. 2981). Relativiza el papel que juega el artículo 8 CP en la solución de los supuestos de concurso aparente de normas penales, en la doctrina española más reciente, Sánchez-Ostiz, P., «Las normas del concurso de normas: sentido y alcance», *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín,* t. II, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, pp. 557-570.

criterios sancionadores. Y, por otra parte, consagra en su número 4.º el desafortunado criterio –tachado incluso de dudosamente compatible con los principios constitucionales– de optar, en caso de impremeditadas duplicidades legales (campo propio de la denominada «alternatividad de leyes penales»), por la norma que establezca la sanción más grave [7].

De ahí que vengamos defendiendo la supresión de toda regla referente al concurso aparente de leyes penales en el Código Penal, como la recogida en su actual artículo 8. Cabría, a lo sumo, buscar una fórmula que, en la línea de lo propuesto por el Profesor Mañalich en un Seminario anterior de este Proyecto, sirviera de mínimo elemento común de referencia a los diversos criterios interpretativos operantes en este ámbito [8], pero incluso así limitada, entiendo que sigue siendo una previsión legal innecesaria.

Párrafo aparte merece la proliferación, que además sigue creciendo exponencialmente, de cláusulas concursales específicas del Libro II del Código Penal, con las que también me ocupé críticamente hace ya algunos años [9]. No voy a detenerme ahora, sin embargo, en este problema dado que lo hace ya, de manera muy completa, la ponencia del profesor Lascuraín, en esta misma obra. Mi posición al respecto ha sido ya reiterada en diversas ocasiones [10], adhiriéndome por completo a lo que propusiera ya hace algunas décadas García Albero: «suprimir tales cláusulas, dejando al intérprete la tarea de discernir entre el concurso ideal, el real y el concurso aparente con los instrumentos habituales» [11].

III. ¿Y AL DELITO CONTINUADO?

Lo expresado en relación al concurso aparente de leyes penales vale también para el delito continuado. Entendemos, de nuevo, que es mejor dejar al criterio del intérprete la decisión, en los casos límite, de cuándo estamos ante un delito único (por comportar las sucesivas acciones homogéneas, llevadas a

---

[7] Permítasenos remitir, de manera particular a Sanz Morán, A. J., «Alternatividad de leyes penales», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela (Universidad de Santiago de Compostela), 1989, pp. 663-675.

[8] Su propuesta rezaba así: «Lo dispuesto en los artículos anteriores (=arts. 73 a 77 CP) no será aplicable cuando la condena por alguno de los delitos concurrentes deba entenderse implícita en la condena por otro de ellos, en cuyo caso el Tribunal prescindirá de imponer la pena prevista para el primer delito».

[9] Véase Sanz Morán, A. J., «Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código Penal», *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 211-225.

[10] La última ocasión, hasta la fecha, en la contribución citada en la nota 1, pp. 38 ss.

[11] Véase García Albero, R., *«Non bis in idem» material y concurso aparente de leyes penales*, Barcelona (cedecs), 1995, p. 339.

cabo en unidad de contexto, una simple intensificación cuantitativa del contenido de injusto típico, al que se añade una culpabilidad también unitaria) y cuándo, por el contrario, ante una pluralidad de delitos en concurso real. El delito continuado, correctamente entendido, constituye sólo una forma extrema de lo que impropiamente se denomina «unidad natural de acción» y, como sucede con ésta, no es preciso que el legislador se refiera expresamente al mismo, máxime si tenemos en cuenta el tratamiento que proponemos más adelante para el concurso real de delitos.

Esta fue una idea recurrente entre los intervinientes en el Seminario del que venimos ocupándonos: la existencia de una regla como la del vigente artículo 74 CP se explica, ante todo, por la pervivencia del anacrónico criterio de la acumulación material de penas como punto de partida en la determinación de la pena correspondiente al concurso real de delitos. Y, de hecho, en la presentación por el profesor Peñaranda Ramos de una propuesta alternativa a la presentada por mí hace unos años –como antes mencioné–, no se hizo referencia alguna al delito continuado. De ahí que tampoco vaya ahora a plantear una posible redacción alternativa del artículo 74 del Código Penal, que superara los problemas que suscita la actual, tal y como hice –sólo como alternativa «posibilista» a la supresión por completo del precepto– hace unos años, en la propuesta a que me refería al comienzo de esta contribución [12]

IV. TRATAMIENTO UNIFORME O DIFERENCIADO DE LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DE PLURALIDAD DE DELITOS A CARGO DE UN MISMO AUTOR

Es éste, sin duda, el problema central de la discusión, como lo fue ya en el Seminario del que trae causa la presente contribución. Y es aquí donde se separan de manera más clara el punto de vista del profesor Peñaranda Ramos y el mío, sin querer con ello personalizar el debate, sino sólo volver a la presentación que hizo de su propia posición, que también ha dejado plasmada por escrito [13].

[12] Véase Sanz Morán, A. J., 2013 a, pp. 284-285.

[13] Véase Peñaranda Ramos, E., «¿Unidad o pluralidad de "hechos" en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola "acción"? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en Orozco López, H. D./Reyes Alvarado, Y./Ruiz López, C. E. (eds.) *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2022 (de inminente publicación; agradezco al autor haberme facilitado el correspondiente pdf del trabajo), especialmente, pp. 828 ss.

Y también en la doctrina española más reciente volvemos a encontrar reflejadas las dos posiciones al respecto [14].

Siguiendo, de nuevo, el guion presentado hace unos años –y confirmando así, por lo demás, mi constante posición al respecto–, entiendo preferible el tratamiento diferenciado del concurso ideal y el concurso real de delitos [15]: en el primero, se da una única exteriorización volitiva, un único momento, por tanto, de rebelión frente al orden jurídico; por otra parte, si el concurso ideal comporta identidad, al menos, parcial de los actos típicos ejecutivos previstos en las infracciones concurrentes, el principio *non bis in ídem* obligará aquí siempre a imponer una pena menor que la prevista para el concurso real, esto es, para aquellos supuestos en los que las infracciones concurrentes no coinciden, siquiera parcialmente, en el proceso ejecutivo a ellas conducente [16]. Por lo demás, veremos a continuación cómo quienes proponen un tratamiento uniforme para todas las hipótesis de concurrencia delictiva tienen presente, ante todo, el recurrente problema de la pluralidad de resultados lesivos o mortales producidos con una misma acción y el debate en torno a su adecuado tratamiento.

Ahora bien, las grandes dificultades que se presentan, en los casos extremos, a la hora de distinguir entre unidad y pluralidad de acciones en el sentido de la teoría del concurso aconsejan que las consecuencias punitivas del concurso ideal y del concurso real no sean demasiado dispares. Una mínima atención al derecho comparado pone de manifiesto [17], por otra parte, el error que supone caracterizar, en abstracto, como más o menos ventajosa una u otra solución, sólo por el hecho de que distingan o no, a efectos penales, las diversas clases de concurso; mayor significación cobran, en este contexto, el sistema de penas previsto con carácter general en el código correspondiente, así como los

[14] Así, por ejemplo, se ratifica en su planteamiento en favor de la separación del tratamiento del concurso ideal y el concurso real de delitos Cuerda Riezu, A., «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in ídem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan Queralt Jiménez*, Barcelona (Atelier), 2021, pp. 169-177. A favor, por el contrario, del tratamiento uniforme de todos los supuestos concursales, Ortega Matesanz, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los artículos 76 y 77 CP*, Madrid (Reus), 2022, pp. 537 ss.

[15] Permítasenos remitir, especialmente, a Sanz Morán, A. J., «El concurso de delitos en la reforma penal», *Cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid (CGPJ), 1995, pp. 189-239 (pp. 213-215).

[16] Críticos con ambos argumentos, García Albero, R., 1995, pp. 272 ss. (aunque sin decantarse claramente por la solución opuesta; *cfr. ibidem*, pp. 277-278 y allí, la nota 173) y Peñaranda Ramos, E. (como en nota 14).

[17] Es muy expresiva la muestra recogida en la encuesta que se nos dirigió, unas semanas antes, a los intervinientes en el Seminario de los días 9 y 10 de junio de 2022, por parte de los organizadores del mismo.

criterios concretos de determinación de la pena acogidos en relación a la concurrencia delictiva.

Con estas aclaraciones previas, veamos en qué términos concretos podrían formularse las reglas respectivamente previstas para los concursos ideal y real de delitos, apuntando, de pasada, a algún problema conexo: regulación o no del denominado «concurso medial», fijación de límites de cumplimiento de las penas impuestas en diferentes procedimientos, etc.

Recuérdese, en cualquier caso, que los preceptos reguladores de la concurrencia delictiva trazarán el respectivo marco penal según la clase de concurso, ideal o real, de que se trate. Además de ello, deberían ofrecer pautas –que aquí vamos a obviar– para la medición concreta de la pena que, dentro de este marco, cabe imponer. A tal fin se atenderá al número y gravedad de los delitos concurrentes, su mayor o menor conexión, etc., sin menoscabo del necesario margen al arbitrio judicial. Me sumo así a la propuesta que, como nuevo artículo 73.5 CP, sugiere el profesor Peñaranda Ramos.

V. TRATAMIENTO DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

En la reiteradamente citada contribución al libro colectivo con motivo de los trabajos «pre-legislativos» conducentes a la reforma penal de 2015, proponíamos para el tratamiento del concurso ideal esta fórmula, que seguimos creyendo sustancialmente adecuada: «Lo dispuesto en el artículo anterior no es aplicable cuando una misma acción supone la realización de dos o más delitos, en cuyo caso se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, sin que pueda rebasar la suma de las penas de las infracciones en que se incurrió» [18]. Se mantendría así el actual criterio de la absorción con agravación, con el límite que supone, para cualquier supuesto de concurrencia delictiva, la suma de las penas de los delitos en que se incurre.

Resulta, sin embargo, necesaria alguna puntualización al respecto. En primer lugar, y como apuntábamos en nuestra primera contribución sobre esta materia –aunque no lo recogíamos de manera explícita en la que nos está sirviendo aquí de hilo conductor– parece apropiado, tanto en el concurso ideal como en el real, acudir a la denominada «combinación de marcos penales», en lo que respecta a la fijación del límite mínimo del marco penal final, así como de cara a la imposición de penas accesorias y medidas de seguridad, que, en consecuencia, podrán aplicarse aunque vengan previstos sólo para el delito

[18] Véase Sanz Morán, A. J., 2013 a, pp. 285-286.

menos grave de los concurrentes. De nuevo coincido aquí con lo que recomienda Peñaranda Ramos (en el artículo 73.4 de su propuesta)

Por otra parte, entendemos innecesaria la regulación del denominado concurso medial. Los supuestos que tradicionalmente vienen en consideración bajo esta denominación o son de concurso ideal por darse la intersección antes mencionada de los procesos ejecutivos que están en su base (algunos supuestos de uso de documento falso y estafa o alzamiento) o son de concurso real y, en este último supuesto, la mera existencia de una conexión subjetiva entre los hechos delictivos no justifica un tratamiento diferenciado frente a los supuestos convencionales de concurso real. Por ser suficientemente conocidas, no voy a insistir en las razones históricas –en particular, el planteamiento defendido en su día por autores como Carrara– que llevaron a la tradicional equiparación entre concurso ideal y conexión medial entre delitos [19]. Si dicha equiparación, que privilegiaba injustificadamente al concurso medial frente al real, era ya discutible, huelga todo comentario tras la desafortunada reforma del año 2015 a este respecto, sobre cuyos problemas interpretativos ya me extendí en la anterior contribución a este proyecto, por lo que no voy a insistir ahora en ello [20].

La última puntualización tiene que ver con el controvertido problema del concurso ideal homogéneo o, para ser más precisos, la acción única (dolosa o imprudente), con múltiples resultados mortales o lesivos. Como apuntaba anteriormente, en la propuesta de un tratamiento uniforme de todas las hipótesis concursales subyace la duda de cómo abordar estos casos. Baste recordar que en la regulación que ofrece Peñaranda Ramos, aunque formalmente uniforme, reaparece la separación entre concurso ideal y real en la medida en que la exasperación de la pena correspondiente al más grave de los delitos concurrentes sólo cabe en caso de haberse cometido éstos «mediante hechos distintos»; pero, a continuación, se ve en la necesidad de precisar que «tendrán la consideración de delitos cometidos mediante hechos distintos los que, de forma dolosa, aunque sea a través de un mismo curso de acción, atenten contra bienes jurídicos de carácter eminentemente personal correspondientes a diferentes personas». Ahora bien, como vengo insistiendo desde mi primera contribución al respecto, la afección de la conducta a un bien jurídico personalísimo provo-

[19] Véase Sanz Morán, A. J.,1986, pp. 216 ss.

[20] Véase Sanz Morán, A. J., 2022, pp. En la doctrina española más reciente, se adhiere todavía a la tesis de que la expresión, en el artículo 77.3 CP, «pena superior a la que habría correspondido…», puede interpretarse como la «pena superior en grado», Morillas Cueva, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, vol. II, Madrid (Reus), 2020, pp. 1361-1372 (especialmente, pp. 1370 ss.).

ca que haya tantos delitos como víctimas, excluyendo el delito único (o, en su caso, continuado), pero no prejuzga la clase de concurso, ideal o real de que se trate, lo que tiene que ver exclusivamente con la existencia o no de un único hecho (o acción, según la terminología que se utilice). Pero de la interpretación del término «hecho» que utilizan quienes defiende para estas hipótesis el tratamiento reservado para el concurso real y de los problemas que ofrece –y del escaso rigor con que es utilizado por la jurisprudencia– me he ocupado con detenimiento recientemente de forma monográfica, por lo que no voy aquí a reiterar los argumentos aducidos [21].

Por lo demás, hay que recordar que, mientras la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo busca, a través de Acuerdos en Plenos no Jurisdiccionales, como el de 20 de enero de 2015, unificar la jurisprudencia relativa a la clase de concurso ante la que aquí nos encontramos, el legislador, por su parte, sigue una línea distinta, a través de previsiones como la oscura regla del artículo 140.2 CP para el asesino múltiple (sin paralelo en el caso del homicida o autor de lesiones dolosas a diversos sujetos), o las –no menos problemáticas– de los artículos 142 bis y 152 bis, para, respectivamente, los homicidios y las lesiones imprudentes con pluralidad de víctimas. Sería, por tanto, necesario clarificar la cuestión, en el sentido de que, si se entiende conveniente una mención expresa a este problema en el contexto de la regulación del concurso, sobran todos estos preceptos a los que acabo de hacer referencia, y a la inversa.

VI. TRATAMIENTO DEL CONCURSO REAL DE DELITOS

Para el tratamiento del concurso real de delitos vengo defendiendo el criterio de la asperación o elevación de la pena del delito más grave en que se incurrió, por encima del marco penal que le es propio. El límite de esa elevación puede tomar en cuenta ese límite superior del marco penal de la pena de partida, o, por el contrario, centrarse en la pena superior a grado (y así, por ejemplo, podría elevarse «hasta en la mitad del máximo del marco penal de la pena más severa», o bien «hasta la mitad inferior de la pena superior en grado» de dicha pena más severa, etc.).

En mi anterior propuesta a la que vengo refiriéndome, utilicé esta fórmula: «Al responsable de dos o más delitos, llevados a cabo mediante otras tantas

[21] Véase Sanz Morán, A. J., «Una única acción, ¿concurso real de delitos? La última aportación jurisprudencial», *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir*, Montevideo/Buenos Aires (BdeF), 2017, pp. 865-876. Mantiene una posición distinta, en este punto, Peñaranda Ramos, E., (como en la nota 14), *passim*.

acciones u omisiones, se le impondrá la pena prevista para la infracción más grave, incrementada hasta en la mitad de su límite máximo…». Se fijará además un límite absoluto, que en aquella ocasión rezaba así: «…sin que pueda exceder la suma de las penas de las infracciones en que incurrió ni, en caso alguno, de los treinta años de prisión». Me parece, sin embargo, completamente razonable asumir la propuesta más matizada de Peñaranda Ramos en el doble sentido de apuntar, por un lado, al «límite máximo que la ley establezca para cada clase de pena» [22] y de aclarar, por otra parte, que el límite absoluto de treinta años, en caso de penas privativas de libertad, se reserva sólo para aquellos casos en los que «alguno de los delitos esté conminado con pena de hasta veinte años o de una duración superior». Coincido también, por otra parte, con la propuesta de Peñaranda Ramos –ya lo he anticipado– en atender a la idea de combinación de marcos penales para la imposición de penas accesorias y de medidas de seguridad, al igual que veíamos en el concurso ideal, así como en lo que se refiere a la necesidad de completar las reglas relativas a la fijación del marco penal resultante del concurso con otras que se refieran a la fijación final de la pena concreta, como también hemos indicado ya.

Podría, por otra parte, mantenerse también la propuesta de Peñaranda Ramos en el sentido de que «si la pena con la que se conminase el delito más grave fuera la de prisión permanente revisable, esta será la pena aplicable». Entiendo, sin embargo, que si de lo que se trata es de reformular las «reglas especiales de determinación de la pena», relativas a la concurrencia delictiva, cabría hacerlo sobre la base del vigente sistema de penas (como sucede en esta propuesta de Peñaranda Ramos), pero cabría también plantear la respuesta partiendo de una deseable –y, en este sentido, reclamada por la doctrina de modo muy mayoritario– futura supresión de la pena de prisión permanente revisable. En cualquier caso, aun partiendo del derecho vigente, no debería tener cabida, en una futura regulación de la materia que nos ocupa, una regla como la del vigente artículo 78 CP, objeto de justificada y muy generalizada crítica. Se trata de una regla absurda entendida en su literalidad, político criminalmente inadmisible, incompatible con los principios que inspiran nuestra legislación penitenciaria (que se aprobó en desarrollo del artículo 25.2 de la Constitución Española) y resulta, finalmente, incompatible también con las previsiones de tratamiento que proponemos para el concurso real de delitos.

Una última reflexión relativa a la respuesta legal para el denominado concurso real de delitos. En nuestra primera aportación al respecto señalábamos la conveniencia de considerar que las penas concurrentes pueden ser de naturale-

[22] Yo mismo planteaba ese límite ya en Sanz Morán, A. J., 1986, p. 258

za heterogénea, por ejemplo, privativas de libertad y pecuniarias. Pues bien, nos adheríamos entonces, en tal caso, al criterio seguido en la reforma penal alemana en el sentido de dejar al arbitrio del juez la imposición de una pena pecuniaria global (construida con arreglo a pautas paralelas a las expuestas en relación a la pena privativa de libertad) junto a la pena privativa de libertad, o bien unificar todas ellas en una sola, determinando la gravedad respectiva con arreglo a concretos criterios de equivalencia (por ejemplo, un día de privación de libertad equivaldría a dos días multa) [23]. Entendemos hoy, sin embargo, que de este modo se complicaría quizás en exceso la cuestión, por lo que resulta más sencillo entender que la pena privativa de libertad es siempre más grave que las penas de otra clase y partir, por tanto, de aquella en la exasperación correspondiente.

VII. EL DENOMINADO «CONCURSO POSTERIOR»

Las propuestas que, en este punto, ofrecemos el profesor Peñaranda Ramos y yo mismo [24] son sustancialmente coincidentes, por lo que bastará con recordar aquí el sentido de esta previsión. La aplicación de las reglas del concurso real supone la abstracta posibilidad de enjuiciamiento unitario de todos los delitos a cargo de un mismo autor, lo cual no excluye que dichas reglas entren en juego cuando los delitos se conocen en procesos diversos, como correctamente asumen el artículo 76.3 CP y, desarrollando su contenido, el artículo 988 LECrim. [25], Ahora bien, como es notorio, a esta última previsión (aplicación en ejecución de sentencia de los límites del artículo 76 CP en caso de delitos en concurso –por el momento de su comisión–, pero conocidos en procesos distintos), debe añadirse otra, frecuente en el derecho comparado, que prescriba la aplicación de las normas del concurso real para el caso de que un juez venga a conocer de un delito que, debido al momento de su comisión podía haber sido enjuiciado junto a otros ya sentenciados, de acuerdo con el principio general de que el autor en ningún caso resultará perjudicado por la circunstancia, ajena a él, del momento en que vienen a conocerse las infraccio-

[23] Véase Sanz Morán, A. J.,1986, p. 258.

[24] Véase Sanz Morán, A. J., 2013 a, p. 287: «No obsta a la aplicación de este límite el que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta. Si el Juez o Tribunal conoce de un hecho delictivo que, por el momento de su comisión, podría haberse enjuiciado conjuntamente con otro u otros ya sentenciados, impondrá la pena de manera que, teniendo en cuenta las ya impuestas, no se rebasen los mencionados límites».

[25] En la literatura española más reciente, destaca el completísimo estudio dedicado a estas reglas por Ortega Matesanz, A., 2022, especialmente, pp. 111 ss.

nes, o los avatares competenciales entre los órganos encargados de juzgarlas. En este caso, parece más respetuoso con el mantenimiento de la «cosa juzgada» el criterio de la «pena adicional»: el segundo juez no construirá, según esto, una nueva pena global, sino que impondrá una pena adicional que, sumada a la ya impuesta, no rebase los límites que resultarían si todos los delitos hubieran sido sentenciados de manera simultánea. Y, frente a mi propuesta de hace algunos años, creo que se ajusta mejor a este propósito la que ahora matiza Peñaranda Ramos en el siguiente sentido: se debe determinar, en primer lugar, la pena correspondiente al hecho ahora juzgado, para fijar, a continuación, «teniendo en cuenta las penas previamente expuestas», la que corresponda cumplir, de acuerdo con los límites máximos previstos para el concurso real de delitos.

HACIA UNA REGULACIÓN RACIONAL DE LA CONCURRENCIA DELICTIVA: CONCLUSIONES

Enrique Peñaranda Ramos *

I. INTRODUCCIÓN

1. El proyecto de investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva», cuyas conclusiones me propongo presentar en las siguientes páginas, tuvo como punto de partida la constatación de un hecho que, con el paso del tiempo, se ha ido haciendo cada vez más patente: la regulación actual de la concurrencia delictiva, cuyas líneas maestras quedaron fijadas ya en el Código Penal de 1848, se ha tornado sumamente inestable en estos últimos años [1].

---

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid, financiado por AEI-MINECO-FEDER. Agradezco a J. A. Díaz López y B. Fernández Ogallar su valiosa colaboración en la recopilación de las fuentes de Derecho comparado utilizadas en este capítulo.

[1] Este es también el diagnóstico que ha efectuado recientemente Ortega Matesanz, A., en su excelente estudio histórico *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*, Madrid (Reus), 2022a, p. 251, si bien este autor atribuye la desestabilización del sistema a un solo factor: la alteración por la LO 1/2015 de la tradicional equiparación en su tratamiento de las modalidades del concurso ideal y medial de delitos. Según Ortega Matesanz, la ruptura de esa tradicional equiparación punitiva «es el cambio más importante que se detecta al analizar la evolución de la normativa que regula en España los concursos de delitos». *Vid*., también en este sentido Ortega Matesanz, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: estudio de las reglas limitativas de los artículos 76 y 77*, Madrid (Reus), 2022b, pp. 512 ss., donde advierte además que, pese al «error manifiesto» de instituirla tan solo como un «sistema sancionador particular para una clase de concurso material de delitos», a saber, el del concurso medial, diferenciándolo de un modo incoherente tanto del previsto para el concurso

A esta inestabilidad han contribuido diversos factores que, al irse sumando, han puesto en evidencia los graves problemas que, ya desde el principio, aquejaban a dicha regulación.

2. No está de más comenzar con una breve descripción del tratamiento que el Derecho vigente dispensa a la concurrencia delictiva. 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 notorio, 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 que se denomina «absorción agravada»: de acuerdo con ella, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, aunque 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 debe sancionarlas por separado. En cambio, en el segundo supuesto (el del llamado concurso «real»), la solución es, en principio, la de la «acumulación material» *(quot delicta, tot poenae)*: se parte aquí 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); no obstante, tal acumulación se reduce, a su vez, si se cumple el criterio de «conexidad» (actualmente meramente «cronológica») establecido en el artículo 76.2 CP, en virtud del principio de «acumulación jurídica», pues operan entonces los límites máximos de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 CP.

---

ideal como del correspondiente al concurso, y pese a necesitar, por lo tanto, «de un mayor perfeccionamiento», la regla penológica establecida en el nuevo artículo 77.3 CP, no iría, «como formulación, […] del todo desencaminada a lo que debe ser un sistema sancionador moderno, porque permite tener en cuenta, entre otros aspectos, el número de delitos cometidos, así como su gravedad, y la personalidad del autor, y se aleja al tiempo de una determinación encorsetada y puramente matemática de la pena». En esta valoración Ortega Matesanz se adhiere expresamente a Obregón García, A. S., «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código Penal», en Bustos Rubio, M./Abadías Selma, A. (Dirs.), *Una década de reformas penales*, Barcelona (Bosch), 2020, pp. 123 ss., 125 y138 s., quien había señalado que, aun con algún desacierto, por el carácter limitado de la reforma, y con evidentes «errores técnicos», el legislador había tenido una «plausible intuición penológica» y una «intención loable» al establecer esta novedosa fórmula punitiva.

Hasta la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al tratamiento legalmente dispuesto para el concurso «ideal» de delitos se sometía también el llamado «concurso medial», esto es, el caso de que uno de los delitos perpetrados por el sujeto fuera «medio necesario para cometer el otro». Ello era así, a pesar del generalizado entendimiento de que nos hallamos en este supuesto más bien ante una hipótesis especial del concurso «real» de delitos que el legislador habría decidido sin embargo sustraer a sus propias reglas para remitirlo, por discutibles y discutidas razones, al régimen más benigno del concurso «ideal» [2].

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, casi aleatorio, en el delito continuado) respecto de lo que supondría la ilimitada aplicación de la regla *tot poenae quot delicta*, a la que intuitivamente parecería tener que orientarse en principio la regulación de la concurrencia delictiva, ha sido objeto de controversia en la doctrina, pero se hallaba hasta hace poco bien asentado en la legislación y la jurisprudencia españolas. Únicamente era algo más frágil –y, por ende, más discutido– el tratamiento jurídico específico dispensado en el artículo 74 CP a la figura, inicialmente de creación doctrinal y judicial y luego legalmente reconocida, del delito continuado, con su variante del llamado «delito masa», pues tal trata-

[2] *Vid*., en este sentido, entre otros, Vives Antón, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia (Universidad de Valencia), 1981, p. 18; Sanz Morán, A. J., *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1986, p. 217; Id., «El concurso de delitos en la reforma penal», en Calderón Cerezo A. (Dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid (CGPJ), 1995, pp. 227 s.; Id., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en Cerezo Mir, J., *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada (Comares), 1999, p. 515; Id., «Sobre el «arte de contar los delitos». Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (Coords.), *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2022, p. 47; Guinarte Cabada, G., «El concurso «medial» de delitos», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 13, 1988-1989, p. 162; Joshi Jubert, U., «Unidad de acción y concurso medial de delitos», *ADPCP*, t. 45, 1992, p. 632; Escuchuri Aisa, E., T*eoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica,* Granada (Comares), 2004, p. 440; Roig Torres, M., *El concurso ideal de delitos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 21; Obregón García, A. S., 2020, pp. 126 s.; y Vizueta Fernández, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código penal español», *RGDP* 35 (2021), p. 53. *Vid*., también González Rus, J. J., «Comentario a los artículos 73 y 75 al 78», en Cobo del Rosal, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Madrid (Edersa), 2000, pp. 1030 ss.; y Morillas Cueva, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», en De Vicente Remesal, J., *et al.* (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, Madrid (Reus), 2020, vol. II, pp. 1362 ss., ambos con otras referencias.

miento parecía hallarse ya desde hace tiempo a punto de ser modificado, reducido en su alcance o, incluso, completamente suprimido [3].

3. Como ya se ha anticipado, diversos factores vinieron a alterar en los últimos años ese 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 Sanz Morán [4], uno de los miembros del equipo de trabajo de este proyecto y consumado especialista en la materia.

a) Por un lado, el legislador de 2015 no sólo suprimió la tradicional equiparación del concurso medial de delitos con el concurso ideal, sino que lo hizo de un modo paradójico. Aunque, según se entiende generalmente [5], el propósito de la reforma habría sido 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 de delitos, lo cierto es que, objetivamente, con la solución dispuesta en el nuevo artículo 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, tempranamente advertido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2015, de 13 de julio, de que con la nueva redacción de dicho precepto «los hechos pueden ser sancionados con una pena inferior a la que correspondería conforme a la regla penológica prevista para el concurso ideal».

---

[3] Sobre «la tortuosa singladura del "delito continuado"» y la «crisis» de su «plasmación legislativa» en el Derecho español, vid. la apretada y atinada síntesis que ofrece Sanz Morán, A. J., 2022, pp. 43 ss.

[4] Sanz Morán, A. J., «Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 44, 2016, pp. 15 ss.

[5] *Vid*., ya en este sentido el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013 al Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2012, antecedente de la LO 1/2015, de 30 de marzo; y, en la doctrina, entre otros, Morillas Cueva, L., 2020, pp. 1370 ss.; Vizueta Fernández, J., *RGDP* 35 (2021), p. 52; y Sanz Morán, A. J., 2022, p. 47. *Vid*., también, con otras referencias, Obregón García, A. S., 2020, pp. 129 ss. Este autor discrepa sin embargo de ese entendimiento general, pues, a su juicio, «el prelegislador (y el legislador en el caso del concurso medial) simplemente se proponía asegurar que la pena final fuera superior a la de la infracción más grave (determinada exactamente) y con ello al menos reflejar con certeza que la 'reiteración delictiva' tiene incidencia penológica» *(ibídem,* pp. 131 s.).

Abundando en esa misma idea, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mostró también enseguida, en su sentencia 688/2016, de 27 de julio, su perplejidad por la consecuencia que en ese aspecto había tenido la reforma, pues, a su juicio:

> «todo permite entrever que el nuevo texto legal va a conseguir en un importante número de casos un efecto inverso [sc. al que supuestamente se había propuesto conseguir el legislador], al distanciar al concurso medial del propiamente ideal, pero en dirección contraria a la que se pretendía» [6].

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo percibió inmediatamente también otra de las inesperadas repercusiones que había traído consigo dicha reforma: una ampliación muy sensible de las facultades discrecionales concedidas a los jueces y tribunales en la concreta asignación de la pena, respecto de las que tienen a su disposición en las hipótesis del concurso real o ideal de delitos [7]. Esta apreciación es correcta, pues la regla penológica establecida en el nuevo artículo 77.3 CP permite, por un lado, imponer ciertamente una pena situada en la mitad inferior de la pena prevista para el delito más gravemente penado, con tal de que resulte algo más elevada que la que a este hubiese correspondido en el caso concreto, pero, por otro lado, consiente asimismo en sentido opuesto que puedan imponerse penas que rebasen el límite máximo de la pena abstractamente establecida para dicho delito, siempre que no excedan «de la suma de las penas que hubiesen sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos» concurrentes, ni de los límites de cumplimiento previstos en el artículo 76 CP [8].

---

[6] No obstante, un sector minoritario de la doctrina española ha sostenido que sería posible evitar tal efecto interpretando la expresión contenida en la regla penológica del artículo 77.3 CP «una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave» en el sentido de «la pena superior en grado a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave»: vid. a favor de esta interpretación Morillas Cueva, L., 2020, pp. 1370 ss., adhiriéndose a la tesis y a los argumentos ofrecidos previamente por Díez Ripollés, J. L., Derecho Penal Español. Parte General en esquemas, 4.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 761. Morillas no deja de reconocer en ese lugar (p. 1372) que la «interpretación abierta o sistemática» por él propugnada se halla en conflicto con el significado gramatical de los términos en los que está redactada la ley. Sin embargo, a mi juicio, la interpretación literal seguida por la jurisprudencia y la doctrina dominante es, además, la única sistemáticamente admisible pues, en las reglas generales establecidas en el Código penal para la aplicación de las penas, las superiores o inferiores en grado se definen siempre por referencia a un marco penal abstracto y, de ningún modo, a una pena concretamente determinada como sucede en el artículo 77.3 CP.

[7] Así ya en la STS 316/2016, de 2 de febrero, se señala que la «fórmula tan novedosa como intrincada; casi críptica» del nuevo artículo 77.3 CP, «[s]e interprete como se interprete, no cabe duda [de] que amplia enormemente el margen de discrecionalidad depositado en el juzgador».

[8] Acerca de la amplitud del marco penal establecido para el concurso medial tras la reforma de 2015, vid. también Obregón García, A. S., 2020, pp. 127 ss. y 137 s; y Vizueta Fernández, J., RGDP 35 (2021), pp. 47 ss. (ambos con otras referencias).

La amplitud de ese marco penal abre a los jueces y tribunales un ámbito de discrecionalidad que contrasta particularmente con el que se les concede en el caso del concurso real, en el que el margen de apreciación judicial se limita a la fijación de las penas individuales de los delitos concurrentes, siendo en lo demás la determinación de las penas en definitiva aplicables el resultado de simples operaciones aritméticas (de adición y, en su caso, para la determinación del límite máximo de esta suma, de multiplicación: «el triple de la más grave»). Pero, aun en un grado menor, ese contraste se produce también con respecto a lo que ocurre en las hipótesis del concurso ideal de delitos, en las que el campo de apreciación se reduce, a lo sumo, al espacio situado entre los límites mínimo y máximo de la mitad superior de la pena del delito más grave. Pese a esa ampliación del margen de apreciación discrecional concedido, el artículo 77.3 CP no ofrece otra pauta para orientar el ejercicio del arbitrio judicial en la determinación de la sanción aplicable en los casos del concurso medial de delitos que la de que «el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66», lo que evidentemente conlleva el peligro de que se dicten a este respecto decisiones insuficientemente fundadas o, acaso, vulneradoras incluso del principio *ne bis in idem* por la aplicación reiterada de los mismos criterios para la determinación de las penas individuales y para la fijación de la pena concursal [9].

En relación con esto último, en la citada STS 688/2016, de 27 de julio, se pudo decir, con razón, 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».

[9] Sobre los problemas que en una u otra dirección comporta la remisión del artículo 77.3 CP a «los criterios expresados en el artículo 66», vid. Obregón García, A. S., 2020, pp. 134 ss., quien observa que el contenido de aquel precepto habría mejorado sensiblemente si en él se hubiesen explicitado criterios de determinación de la pena exacta específicamente referidos a la hipótesis concursal en él contemplada. *Vid*., también en un sentido semejante Vizueta Fernández, J., RGDP 35 (2021), pp. 50 ss., quien, por su parte, apunta la necesidad de que, en adelante, «doctrina y jurisprudencia [vayan] descubriendo […] elementos conectados con la mayor o menor gravedad del complejo concursal y con las circunstancias personales del delincuente que [sirvan] para individualizar la pena dentro del marco penal del concurso medial», como podrían ser, entre otros, el del mayor o menor grado de conexión de los delitos vinculados en la relación medial o instrumental y el del número de los delitos así conectados.

En resumen: fueran cuales fuesen las intenciones del legislador, lo cierto es que la nueva regulación del concurso medial de delitos ha venido a desajustar las relaciones internas entre las distintas modalidades del concurso de delitos, volviéndolas en gran medida caprichosas e incongruentes.

Cabría entonces pensar que la búsqueda de una solución adecuada del problema apuntado pasase simplemente por regresar al estado de cosas precedente a la reforma de 2015. Más razonable nos parece, sin embargo, que, en línea con la que, como luego veremos, es la tendencia dominante en la evolución más reciente del Derecho comparado, esa solución se pueda encontrar en una aproximación de los regímenes jurídicos de las distintas formas concursales o, acaso, en su unificación, así como en el establecimiento de criterios específicos de determinación de la pena capaces de captar las diferencias que, por lo demás, puedan resultar relevantes en los distintos casos particulares de concurso para graduar la penalidad aplicable en atención a la magnitud de los delitos concurrentes, la relación existente entre ellos y otras circunstancias presentes en su perpetración. Por este motivo, desde su inicio, pretendimos que la presente investigación se orientase a la formulación de una propuesta alternativa de regulación de los concursos de delitos y que tal propuesta fuese acompañada de orientaciones suficientemente precisas para la individualización judicial de la pena en los supuestos de concurrencia delictiva.

b) La inestabilidad de los límites entre las formas básicas del concurso («ideal» y «real») ha sido propiciada también por determinados acuerdos y resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En esta línea no solo cabe señalar que, como ha sucedido en otros ordenamientos jurídicos, nuestra jurisprudencia ha ido efectuando o asumiendo determinadas construcciones mediante las que se concluye la existencia de una unidad «natural», «típica» o «jurídica» de acción para «ampliar el concurso ideal a costa del concurso real» y evitar el tratamiento punitivo más severo por el que este se rige [10].

La inestabilidad de la distinción entre ambas formas de concurso también se ha producido en nuestro país en la dirección opuesta. Desde la segunda mitad de los años noventa del pasado siglo, aunque con precedentes judiciales más remotos y el apoyo de un relevante sector de la doctrina española, que aducía para ello, entre otras cosas, que el elemento distintivo del concurso

[10] *Cfr.*, a este respecto, en relación con el Derecho alemán, el juicio crítico que expresa Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General*, t. II, Especiales formas de aparición del delito (trad. y notas de D.-M. Luzón Peña [Dir.], J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), Cizur Menor, Navarra (Civitas), 2014, § 32/9.

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 había ido 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), puede constituir una pluralidad de hechos delictivos consumados (o intentados) entre los que, consiguientemente, cabría apreciar un concurso real de delitos [11].

Dando un paso más en esta dirección, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Pleno No Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, acordó 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» [12]. 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», lo que aquí se hacía equivaler a de un modo más severo, determinadas formas de criminalidad múltiple o reiterada. Ni este reproche, ni las restantes críticas que le ha dirigido un importante sector de la doctrina [13] han impedido que al Acuerdo de 20 de enero se hayan

---

[11] Acerca de esta evolución jurisprudencial y de las razones que la impulsaron vid. Peñaranda Ramos, E., «¿Unidad o pluralidad de «hechos» en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola «acción»? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en Orozco López, H. D./Reyes Alvarado, Y./Ruiz López, C. E. (eds.) *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2022, pp. 807 ss. [= en esta obra, pp. 189 ss.].

[12] Abiertamente lo reconoce Ferrer García, A., «La aplicación de la concurrencia delictiva por parte del Tribunal Supremo», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (Coords.), *Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional*, Madrid (Boletín Oficial del Estado), 2022, p. 106.

[13] *Vid*., ante todo las críticas expuestas por 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 Puig*, Buenos Aires-Montevideo (BdeF), 2017, pp. 872 ss.; e Id., 2022, pp. 50 ss.

atenido hasta ahora, con muy contadas excepciones, tanto el propio Tribunal Supremo, como la jurisprudencia menor [14].

Es dudoso sin embargo que quepa explicar la adhesión de nuestros tribunales al criterio establecido en el mencionado acuerdo solamente por la pretensión de obtener una respuesta más drástica al fenómeno de la violencia terrorista. Con independencia de ello, la evolución de nuestra jurisprudencia es indicativa de la dificultad a la que se enfrenta la concepción dominante en la teoría del concurso de delitos para resolver de un modo convincente a partir de distinciones meramente naturalistas los problemas de orden normativo que afectan a la asignación adecuada de la responsabilidad criminal en ciertos supuestos de comisión de una pluralidad de delitos en un mismo curso de acción. Al menos cuando esa pluralidad delictiva atenta contra otros bienes altamente personales se percibe en la jurisprudencia más reciente la tendencia a extender a estos supuestos la misma regla de tratamiento acordada para las correspondientes hipótesis de concurso en los delitos dolosos contra la vida [15].

Y así vino a confirmarlo otro acuerdo de un Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al que no se ha prestado tanta atención, el de 31 de mayo de 2016, expresamente referido al siguiente asunto:

> «Si el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 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.»

Pese a tener la cuestión en él planteada tal formulación literal, este nuevo acuerdo no se ha limitado a resolverla en el segundo sentido indicado, sino que ha venido además a precisar la regla de tratamiento penológico aplicable al concurso de delitos así resultante, proclamando que:

> «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* [16].»

---

[14] Para una referencia más detallada al seguimiento del Acuerdo de 20 de enero de 2015 en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la praxis de los demás tribunales me remito a lo expuesto en Peñaranda Ramos, E., 2022, p. 811, notas 24 s. [= en esta obra, p. 202].

[15] Así lo advierte claramente Ferrer García, A., 2022, p. 107: «el acuerdo [sc. de 20 de enero de 2015] proyecta su efectividad en general sobre los delitos que afecten a bienes eminentemente personales».

[16] Énfasis añadido.

Este acuerdo sería aplicado poco después en las SSTS 538/2016, de 17 de junio, y 807/2016, de 27 de octubre. En esta última significativamente se adujo para fundamentar su decisión en ese sentido 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». En esa misma línea se ha pronunciado posteriormente el Tribunal Supremo en otras sentencias [17], en las que con frecuencia se apunta también la congruencia existente entre el acuerdo de 2015 y el de 2016 por estar implicados en los casos a los que ambos se refieren bienes jurídicos de carácter altamente personal, como son la dignidad, la libertad y la vida.

A la vista de ello, no es sorprendente por tanto que en la jurisprudencia española más reciente se haya planteado igualmente la posibilidad de apreciar, más allá del estricto tenor literal de los dos citados acuerdos, un concurso real de delitos cuando en un mismo curso de acción puedan resultar afectados otros intereses de naturaleza altamente personal, como pueden ser también la salud y la integridad corporal, la libertad o la intimidad, siempre que estos bienes jurídicos correspondan a una pluralidad de víctimas [18].

4. La inestabilidad de la regulación general de los concursos de delitos en los artículos 73 ss. CP a la que me vengo refiriendo se debe también a la técnica, cada día más habitual en nuestro Código Penal, de establecer regulaciones concursales específicas en su Parte Especial para un determinado delito o grupo de delitos, cuyo sentido no siempre está claro, pero que en ocasiones implican indudablemente un apartamiento de la solución a la que, en principio, habría de conducir la aplicación de las reglas generales de tratamiento de las correspondientes clases de concurso de delitos.

Así sucede, por citar solamente algunos ejemplos, con las reglas establecidas en los artículos 173.2, párrafo 1.º, inciso último, y 177 CP 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 en que aquel atentado se materialice. Esas reglas parecen dar a entender que a tales casos ha de asignarse, independientemente de que materialmente se trate o no de supuestos de concurso real de delitos, el tratamiento previsto para esta forma de

[17] *Vid*., entre otras, las SSTS 538/2016, de 17 de junio, 807/2016, de 27 octubre, 196/2017, de 24 marzo, 132/2018, de 20 marzo, 77/2019, de 12 febrero, 396/2019, de 24 julio, 63/2020, de 20 febrero, y 306/2020, de 12 junio.

[18] Sobre las dispares decisiones a las que ese planteamiento ha dado lugar, vid. nuevamente Peñaranda Ramos, E., 2022, p. 812 [= en mi contribución a esta obra pp. 102 s.].

concurso; y así viene interpretándolo también la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sin que la STC 77/2010, de 19 de octubre, haya apreciado, por cierto, que con ello se produzca quebrantamiento de derecho fundamental alguno, ni, en particular, del principio *ne bis in idem)* [19].

Otras reglas concursales específicamente previstas en el Libro II del Código penal que tienen especial interés desde esta misma perspectiva son, desde luego, las contenidas en los artículos 142 bis y 152 bis CP

En un proyecto orientado precisamente a propiciar una regulación racional de los concursos de delitos, la proliferación de esta clase de cláusulas hace preciso discernir si se trata de reglas superfluas o meramente reiterativas de la solución que ya en general resultaría aplicable si ellas o si, por el contrario, se trata de excepciones o modulaciones de las reglas concursales generales; y dilucidar en tal caso si la modulación o excepción que de tales cláusulas pudiese derivar tiene o no un fundamento razonable.

II. PRESUPUESTO GENERAL DE LA REGULACIÓN PROPUESTA: LA EXCLUSIÓN DE LA ACUMULACIÓN MATERIAL COMO PRINCIPIO BÁSICO O PUNTO DE PARTIDA DEL TRATAMIENTO PUNITIVO DEL CONCURSO DE DELITOS

La investigación desarrollada en el marco de este proyecto ha venido a confirmar que la regulación del concurso de delitos en el Derecho español está aquejada de muy graves defectos que, como ha señalado acertada e insistentemente Sanz Morán [20], tienen en gran medida, o, incluso, «en su mayor parte», su raíz en el hecho de haberse situado al comienzo y como base de tal regulación, en el vigente artículo 73 CP, un modelo de determinación de la pena respecto del llamado concurso real de delitos que, con toda razón, califica de «arcaico y perturbador», «totalmente erróneo» y «completamente obsoleto [21].

Este sistema, que parte de la acumulación material o aritmética de todas las penas correspondientes a cada uno de los delitos concurrentes para su cumplimiento simultáneo o sucesivo cuando aquella simultaneidad no sea posible (arts. 73 y 75 CP), y luego limita únicamente las consecuencias más extremas

[19] *Vid*., críticamente a este respecto Sanz Morán, A. J., 2022, p. 40.

[20] *Vid*., por última vez en este sentido Sanz Morán, A. J., 2022, p. 54; y ya anteriormente Id., 1986, pp. 234 ss. y 254 ss.; Id., 1995, pp. 228 ss.; Id., 1999, pp. 516 ss.; e Id. «Concursos de normas y de delitos: Artículos 74, 76 y 77 CP», en Álvarez García, F. J. (Dir.)/Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, p. 287.

[21] Las expresiones citadas corresponden asimismo, respectivamente, a Sanz Morán, A. J., 1999, p. 516; Id., 1986, p. 257; e Id., 2013, p. 287.

que derivarían de ese criterio, estableciendo (en el art. 76) ciertos topes al «cumplimiento efectivo» de las penas que hubiesen de ser sucesivamente ejecutadas [22], no solo destaca, respecto de otros posibles modelos normativos, por su especial severidad, sino también por la forma sumamente arbitraria e incluso aleatoria con la que opera. A causa de ello ha sido objeto, con razón, de una crítica generalizada en la literatura especializada y también en la praxis jurídico-penal de nuestro país.

1. El generalizado rechazo del sistema de «acumulación jurídica» en la doctrina española

Para no extenderme innecesariamente en la crítica de este sistema de acumulación material limitada, que se conoce también entre nosotros con el nombre de sistema de «acumulación jurídica», cabe recordar las objeciones que contra el mismo han vertido muchos de los penalistas españoles más destacados en estas últimas décadas.

Gran parte de esos reparos habían sido ya expresados por Mir Puig en 1981 [23], cuando, tomando como referencia el tratamiento del concurso de delitos en el

[22] A saber: el triplo de la pena más grave de aquellas en las el sujeto hubiese incurrido y un máximo absoluto general de veinte años de duración, aunque sujeto a su vez a excepciones cuando se trata de penas privativas de libertad, pues –aparte de la hipótesis singular a la que se refiere desde la LO 1/2015, de 20 de marzo, el art. 76.1.e) de que «el sujeto haya sido condenado a por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable»– dicho máximo se eleva respecto de las penas de prisión de carácter temporal a veinticinco, treinta o (desde la reforma introducida por la LO 7/2003, de 30 de junio) cuarenta años, en atención a la especial gravedad de las penas de esa clase con las que alguno o algunos de los delitos concurrentes estuviesen conminados.

[23] *Vid*., para lo que sigue en el texto Mir Puig, S., en H.-H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción y Adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. II, Barcelona (Bosch), 1981, pp. 1032 s. Acerca de esas consideraciones críticas y su validez respecto de la regulación de CP vigente, vid. también Cardenal Montraveta, S., «Dogmática creadora, política criminal y determinación de la pena del concurso real de delitos», en Silva Sánchez, J.-M., *et al.* (Coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires-Montevideo (BdeF), 2017, pp. 915 ss. Esta mención específica a la posición de Mir Puig no implica desconocer que críticas parecidas a las formuladas por dicho autor o por otros penalistas posteriores habían sido anticipadas por otros destacados penalistas españoles. *Vid*., por muchos otros Antón Oneca, J., *Derecho Penal, t. I, Parte General*, Madrid, 1949, pp. 473 s, quien había ya señalado contra el principio de acumulación material, entre otras cosas, que «las penas no son entidades abstractas, números que puedan sumarse sin que la suma sin que la suma contenga nada más que lo contenido en los sumandos», y que «la mejor crítica de la acumulación de penas nos la dan sus resultados. Una serie de pequeños delitos en delincuentes todavía redimibles pueden dar lugar prácticamente a una condena perpetua o sea más grave que la impuesta a un asesino o parricida. Una serie de penas pecuniarias pueden dar lugar a la confiscación de todos los bienes del penado. […] Y no dejan de parecer ridículos, con el consiguiente descrédito de la Justicia, las condenas a varias penas de muerte o privativas de libertad de duración superior a la vida». Pero tampoco el remedio de la llamada acumulación jurídica consagrada por el legislador español de 1870, ni su plasmación en los Códigos posteriores le parecían satisfactorios, pues «la fórmula adoptada (y conservada con leve varia-

Proyecto de Código penal de 1980, advirtió que el sistema de acumulación tradicionalmente acogido por nuestros sucesivos Códigos penales desde el de 1848, adolecía de «importantes defectos», que el Proyecto no había sabido corregir.

El primero de esos defectos era, a juicio de Mir Puig, «una de las manifestaciones más graves de la tan criticada concepción aritmética de la determinación de la pena que caracteriza a nuestros Códigos» y consistía en que, por la rigidez impuesta por tal concepción, el juez no disponga del margen de arbitrio en la determinación de la pena a cumplir por el condenado que sería imprescindible para atender la «enorme variedad de supuestos» que pueden presentarse en los supuestos del concurso real de delitos; frente a ello, «ni el número de las infracciones, que puede ser elevadísimo, ni su naturaleza o relación recíproca, ni las exigencias de prevención especial o general, nada en suma de lo que el juez debería tomar en consideración para determinar la medida de cumplimiento de las penas procedente en el caso concreto, se le permite valorar al juzgador».

Un segundo defecto del sistema vigente derivaba, en opinión de Mir Puig, de haberse tomado para establecer el límite de tal cumplimiento un criterio, el del triple de la pena del delito más gravemente penado, «que opera de forma muy desigual injusta según los casos». Mir admitía que, en principio, el establecimiento de dicho límite podría estar guiado por un razonable propósito, pues «posiblemente responda a la idea de que, cualquiera que sea la cantidad de las infracciones, la pena debe encontrar un límite dependiente de su gravedad, de suerte que infracciones de poca monta no puedan nunca determinar una pena gravísima aunque concurran en abundancia» [24]; pero consideraba

ción: la reducción del límite, que en el Código de 1870 era de cuarenta años, a treinta años, que operó la reforma de 1932) es incompleta y nada justa. Sin duda presidió la idea única de evitar esa condenas irreales a más años que los de la vida de un hombre y por ello sólo preocupó el número de delitos superior a tres y la duración más allá de los treinta años. Lo primero significa injustificado privilegio de quien cometió más de tres infracciones sobre el que cometió dos. Lo segundo a castigar con la misma sanción un asesinato que veinte y tiene todos los inconvenientes de la absorción», a saber, el de «dar carta blanca al autor de un delito grave para cometer otros de menor [o igual] gravedad».

[24] En este mismo sentido se señala en la STS 367/2015, de 11 de junio (FD 4.º), que «la regla legal establecida en el artículo 76 CP que limita el tiempo de cumplimiento efectivo al triple de la pena más grave, trata de evitar que quien solamente ha cometido delitos menores pueda sufrir, como consecuencia de la aplicación draconiana del sistema de acumulación matemática, una pena desproporcionada, que le mantenga en prisión durante un período tan prolongado de su vida que impida definitivamente su eventual rehabilitación. Y, al mismo tiempo, se trata de evitar que la acumulación de numerosos delitos menores acabe determinando el cumplimiento de una pena superior a la eventual comisión de delitos de mayor entidad, por ejemplo contra la vida humana». La necesidad de «corregir», mediante los límites previstos en el artículo 76 CP, «los excesos punitivos que pudieran resultar de la aplicación estricta del modelo de acumulación matemática que establece el art 73 CP, unido al sistema de cumplimiento sucesivo establecido en el art 75 CP», se haría particularmente evidente, «en concreto, cuando se trata de una multiplicidad

errada la forma en que se había tratado de evitar tal efecto, por cuanto «la limitación sólo opera en este sentido cuando todos los hechos son de la misma gravedad», mientras que «en los demás casos el condicionar el límite del cumplimiento de todas las penas a la impuesta por un solo hecho, el más grave, resulta arbitrario al no tener en cuenta la gravedad de los demás hechos concurrentes». Ello podría conducir a «los efectos más extraños», como sería, por ejemplo, el de que «quien ha cometido dieciséis delitos contra la propiedad que merecían cada uno la pena de un año de privación de libertad, puede contar con una pena máxima de tres años y la impunidad de los trece delitos sobrantes, pero si a continuación comete otro delito, aunque sea de naturaleza absolutamente distinta, cuya pena sea de ocho años, «resucitan» los trece delitos hasta entonces impunes (pues el triplo de ocho años son veinticuatro), con lo cual el último delito viene a suponer no ocho años, como correspondería a su gravedad, sino ¡veintiún años!» [25].

El tercer y último defecto de este sistema estribaba, a juicio de Mir Puig, en que «la regulación española del concurso real no permite al juez superar el límite del triplo de duración de la pena más grave, por muy elevado que sea el número de las infracciones concurrentes», lo que «obliga a imponer la misma pena a quien ha cometido tres delitos de un año que a quien los ha cometido en número de veinte», y, puesto que «ello opera automáticamente, el delincuente ya puede saber previamente con seguridad que después de aquellos tres primeros delitos puede seguir cometiendo impunemente todos los que quiera de la misma o inferior gravedad».

La fórmula propuesta por Mir Puig para evitar los problemas del sistema de acumulación jurídica en que cabría resumir las deficiencias señaladas, a saber, su rigidez, su aleatoriedad y su automatismo, no ofrecía sin embargo una solución completa de tales problemas, pues, al no prescindir plenamente de la lógica de la acumulación material, se conformaba simplemente con «conceder un cierto margen de discrecionalidad al juez» y con hacer depender el

---

de delitos menores cometidos por el acusado en un determinado período de su juventud, en ocasiones vinculados al consumo de estupefacientes, o a otras circunstancias vitales».

[25] Hay que advertir que el ejemplo propuesto por Mir Puig estaba referido a un régimen penológico del concurso real de delitos, el del CP de 1973, que establecía un límite uniforme de treinta años para el cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad de cualquier clase y duración. Una adaptación del mencionado ejemplo a los límites escalonados de cumplimiento máximo previstos en el artículo 76 CP vigente puede verse en Choclán Montalvo, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: una reforma necesaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2006, pp. 188 s., quien señala este carácter aleatorio con el que opera el vigente sistema de acumulación material en el concurso real de delitos como uno de los principales motivos que justificarían su sustitución por un sistema de exasperación inspirado en el modelo de «pena global» del Derecho alemán.

límite máximo de cumplimiento del número de las infracciones concurrentes, así como del volumen global de las penas a ellas correspondientes [26].

Como ya se ha indicado, entre los críticos del sistema de «acumulación jurídica» actualmente vigente ocupa un lugar prominente Sanz Morán, que es, sin duda, nuestro máximo especialista en la materia. Desde sus primeras contribuciones al estudio de la regulación del concurso de delitos, este autor ha venido insistiendo en que dicho sistema es absolutamente rechazable por su unilateral vinculación a una visión retributiva de la pena y por el «olvido de que en definitiva no se juzgan solo delitos, sino a un hombre por sus delitos», así como por su tendencia a conducir en su aplicación práctica a «consecuencias desmesuradas» y hasta a «resultados grotescos», con la «imposición de penas totalmente imaginarias» que terminan redundando en un desprestigio de los Tribunales de justicia [27].

En sus últimas aportaciones a todas esas críticas fundamentales se añade, en línea con lo planteado por Cuerda Riezu [28], a quien Sanz Morán expresa-

---

[26] Algunas de esas ideas fueron incorporadas en la Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal presentada por el Grupo Parlamentario Comunista como artículo primero de la enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica de reforma parcial del Código Penal de 26 de febrero de 1982, publicada en CPC núm. 18 (1982), pp. 609 ss., con una Nota introductoria del propio Mir Puig y de Muñoz Conde. El artículo 60 de la Propuesta Alternativa (frente al artículo 87 del Proyecto de 1982) contenía una previsión (coincidente con la que ya había planteado el mencionado Grupo Parlamentario, en la Enmienda 923 al Proyecto de 1980), Dicha previsión era la siguiente:

«Artículo 60 (87):

Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán respecto a ellas las reglas siguientes:

1.º En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido.

2.º El cumplimiento ininterrumpido de las penas correspondientes al responsable de varias infracciones, impuestas en la misma o en distintas sentencias, no podrá resultar inferior al tiempo correspondiente a la suma de las tres penas más graves en su caso concurrentes, ni superar la duración que resulte de la mitad de la suma de todas las impuestas, cuando esta cantidad exceda de aquel primer límite, según determine el Tribunal, dejando de cumplir las que procedan desde que las ya extinguidas cubrieron el total del tiempo predicho, que no podrá exceder de quince años.

Excepcionalmente cuando el sujeto estuviere condenado por dos o más delitos a los que la ley señala la pena de prisión de hasta quince años aquel límite se ampliará hasta los veinte años.»

Una crítica de esta propuesta en la línea indicada en el texto efectuó ya Sanz Morán, A. J., 1986, pp. 254 s., con n. 35, quien se lamentaba con razón de que en ninguna de las enmiendas al Proyecto de 1980 (tampoco en la citada Enmienda 923) se hubiera puesto en tela de juicio el sistema de acumulación aritmética como punto de partida de regulación del concurso real de delitos, sino exclusivamente «los límites dentro de los cuales opera dicha acumulación». Sanz Morán tenía también razón en reprochar la «gran complejidad» de que adolecía la fórmula escogida en la referida enmienda y que con ella se siguiese obligando al juzgador a realizar «complicadas operaciones aritméticas».

[27] *Vid*., ya en este sentido Sanz Morán, A. J., 1986, pp. 28 s., 234 ss., 254 ss., 257 s. y *passim.*

[28] *Cfr.,* Cuerda Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid (Tecnos), 1992, pp. 36 ss.; e Id., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», en *ADPCP*, t. 44, fasc. 3, 1991, pp. 851 ss.

mente se ha adherido en este punto, que «la acumulación de las penas correspondientes a los delitos concurrentes provoca una distorsión de los fines de las penas singulares, que, particularmente en el caso de las penas privativas de libertad, puede entrar en conflicto tanto con la prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), como con la exigencia de orientar la ejecución de esas penas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE)», sin que tales problemas puedan resolverse por la vía de fijar límites máximos a la acumulación de penas, pues tales límites, aparte de ser «a todas luces excesivos» en su monto absoluto, producen, en su dimensión relativa (del triple de la más grave de las penas en que se incurrió) «desigualdades en relación al número de infracciones necesarias para que operen» y tienen «efectos aleatorios», ya que benefician al reo si las penas individuales son de idéntica gravedad y lo perjudican en caso contrario. En su opinión «resulta, en suma, completamente inexplicable la insensibilidad del legislador frente a lo que es hoy opinión pacífica en la doctrina: la necesidad de abandonar de una vez este arcaico y perturbador modelo de respuesta a la pluralidad delictiva» [29].

Con muy contadas excepciones [30], la doctrina española actual comparte, en efecto, ese diagnóstico y propone, en consecuencia, *de lege ferenda* prescindir de ese modelo para las hipótesis del concurso real de delitos y sustituirlo por otro basado en la agravación o exasperación de la pena correspondiente

[29] Así Sanz Morán, A. J., 1999, p. 516. *Cfr.,* también Id., 1995, pp. 228 ss.; 2013, p. 287: 2022, pp. 54 ss. y 63; e Id., «Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas» (contribución a esta obra), pp. 279 ss.

[30] Posiblemente la excepción más señalada sea la de González Rus, J. J., 2000, pp. 995 ss., para quien la valoración del sistema de nuestro CP vigente «debe ser […] más ponderada de lo que es usual» porque, a su juicio, sin dejar de ser «censurable» en alguno de sus aspectos, los inconvenientes que se achacan a la acumulación material y a la acumulación jurídica solo afectan plenamente a dichos principios cuando operan aisladamente, pero lo hacen en un grado menor cuando ambos se combinan, como sucede en nuestro Derecho; y porque tales inconvenientes se darían también de forma semejante en otros sistemas que se ofrecen como alternativos a aquellos, como son el de pena única o los de combinación de marcos penales y asperación o exasperación, ya que «para el castigo del concurso real al legislador no se le ofrece otra posibilidad que la de buscar un compromiso entre la retribución, la prevención general y la prevención especial», en búsqueda de «un equilibrio que, por definición, dejará aspectos sin respuesta satisfactoria». La posición de Gonzalez Rus se distingue además por su valoración particularmente favorable de la acumulación material como principio penológico básico del concurso real de delitos: en su opinión, este sería «el sistema más común con el Derecho comparado, que como ocurre con el Derecho español», lo habría tomado «generalmente […] como base de la regulación del concurso real, disponiendo principios complementarios que tratan de limitar las consecuencias más inadmisibles del mismo» *(ibídem,* p. 992). Además ese sería el sistema prima facie más adecuado tanto a una concepción retributiva de la pena, conforme a la cual «cada delito debe ser castigado con la pena que le corresponda, y si son varios, con la suma de las que correspondan a cada uno de ellos», sin que «en principio» quepa establecer «limitación alguna, porque no tendría sentido que la comisión de varias infracciones pudiera determinar la extinción o atenuación de algunas penas» (p. 992), como a una concepción preventivo general (p. 998); y, con la concesión a la prevención especial que supone el establecimiento de límites máximos de cumplimiento, «la acumulación jurídica resulta, en principio, coherente con el mandato del artículo 25.2 CE» (p. 998).

a la infracción más gravemente penada en atención a las demás infracciones penales concurrentes [31].

Una mención especial merece a este respecto la excelente monografía recientemente publicada por Ortega Matesanz sobre la penalidad del concurso de delitos en el Derecho español, en la que se presenta probablemente, aparte de una completa panorámica del estado actual de cuestión, la valoración crítica más profunda y detallada de la normativa vigente acerca del tratamiento punitivo de las distintas modalidades del concurso de delitos.

También este autor atribuye en última instancia las deficiencias que observa en el régimen jurídico del concurso de delitos a la adopción, como principio regulador básico del mismo, de un criterio, el de acumulación, «que responde en exceso a una finalidad retributiva del castigo» [32], y que, a pesar de hallarse legalmente mitigado y de haber sido objeto de una «interpretación flexible y favorable al reo» por parte del Tribunal Supremo, sigue presentando, particularmente en el tratamiento del concurso real de delitos, «importantes inconvenientes», como son, a su juicio, «el carácter mecánico de la regla de acumulación jurídica, la operatividad imperativa de los límites numéricos y la ausencia del más mínimo margen de discrecionalidad de los tribunales en la individualización de la pena». En definitiva, ello se traduce, a su juicio, en «un tratamiento jurídico-penal excesivamente rígido, que, en muchos casos, no se corresponde adecuadamente con la culpabilidad del responsable de los hechos ni con el mal causado por sus delitos» [33]. Precisamente con esa rigidez y con la ausencia de cualquier discrecionalidad judicial relaciona Ortega Matesanz «el efecto distorsionador de los fines de la pena» que, según ha denunciado reiteradamente nuestra doctrina, provoca «la simple adición de las penalidades» [34].

---

[31] *Vid*., en este sentido, entre otros, aunque con notables diferencias en cuanto a las concretas soluciones ofrecidas, Cuerda Riezu, A., *ADPCP*, 1991, pp. 852 s.; Id., 1992, pp. 272 s.; Suárez López, J. M., *El concurso real de delitos*, Madrid (Edersa-Instituto de Criminología de la UCM), 2001, pp. 110 y 118 ss.; Morillas Cueva, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en Díez Ripollés, J. L. (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 472 y ss., 479 ss. y 481 ss.; y Choclán Montalvo, J. A., *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2006, pp. 188 s. *Cfr.,* también Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III, Teoría jurídica del delito/2*, Madrid (Tecnos), 2001, pp. 311 ss.

[32] *Vid*., Ortega Matesanz, A., 2022b, p. 469.

[33] *Ibidem,* p. 470. La conclusión de que, en su configuración legal vigente, el sistema de acumulación aritmética no deja margen alguno a la individualización de la pena resultante del concurso real de infracciones, es inevitable –según advierte Ortega Matesanz– «incluso si se defiende que del régimen de acumulación jurídica surge una pena nueva y distinta de las individuales, en la cuantía resultante del límite correspondiente», de modo que «el problema, en definitiva, está en la ley, y es ahí donde debe actuarse», procediendo a su reforma *(ibídem,* p. 474).

[34] *Cfr., ibídem*, pp. 471 s. y 474.

Ortega Matesanz se adhiere asimismo al reproche que la doctrina mayoritaria ha dirigido a los límites de cumplimiento establecidos en el artículo 76 CP y ofrece en su documentada exposición abundantes datos en los que apoyar su propia apreciación de que esos límites operan «de manera desigual y arbitraria en cuanto al número de infracciones que han de hacerse presentes para que entren en juego» e, incluso, en el caso del límite relativo del triple de la pena mayor, que esos límites se comportan «de forma aleatoria» [35]. Y particularmente detenidas y argumentadas son las reflexiones críticas que este autor despliega sobre el carácter excesivo de los límites absolutos de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 CP, que, en su opinión, carecen, ante todo en el caso de los máximos de treinta y hasta de cuarenta años, de toda justificación, especialmente si se tienen en cuenta tanto la duración máxima de las penas privativas de libertad en los países de nuestro entorno, como el impacto que en nuestro Derecho ha tenido la introducción en 2015 de la pena de prisión permanente revisable [36]. Ortega Matesanz considera que la decisión de incluir la prisión permanente revisable en nuestro sistema de penas sería una «opción de política criminal legítima» [37], pero, una vez tomada tal decisión, el legislador «debería haber compensado esa maniobra con una rebaja sustancial de los límites máximos de efectivo cumplimiento del concurso real, así como con la supresión del artículo 78 CP», pues «la convivencia de ambas instituciones lleva a situaciones difíciles de explicar», como lo es ciertamente que «el cumplimiento íntegro de la condena resultante de las reglas de acumulación jurídica fijado en 30 o 40 años puede ser más severo que la propia cadena perpetua revisable, incluso en supuestos de pluralidad de infracciones» [38].

La posición de Ortega Matesanz concuerda ampliamente hasta aquí con el punto de vista actualmente dominante en la doctrina española sobre la necesidad de revisar el tratamiento punitivo de los concursos de delitos en nuestro Derecho. Hay, no obstante, dos aspectos de su consideración crítica sobre el vigente sistema de acumulación jurídica que, sin ser exclusivos de este autor, le dotan sin embargo de una mayor originalidad y resultan en todo caso de especial interés para los objetivos de nuestro proyecto.

El primero de esos aspectos, de singular interés para este proyecto, estriba en su decidida toma de posición a favor del principio de pena concursal

---

[35] *Cfr., ibídem,* pp. 471 ss.

[36] *Cfr.,* ampliamente *ibídem,* pp. 478, con múltiples referencias.

[37] Es esta una interpretación que personalmente no comparto: vid. Peñaranda Ramos, E., «Prisión permanente revisable, merecimiento, proporcionalidad y legitimidad de las penas», en Lascuraín Sánchez, J. A./Peñaranda Ramos, E. (Coords.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid (UAM Ediciones), 2023, pp. 549 ss.

[38] *Ibídem,* pp. 486 ss.

única. A juicio de Ortega Matesanz, uno de los grandes defectos del sistema vigente estriba en que los límites punitivos que en él se establecen, aunque en ocasiones se apliquen ya en la sentencia, operan tan solo «en vía ejecutiva o en fase de liquidación» y no en la propia imposición del castigo, lo que obliga a distinguir en nuestro Derecho entre la «pena de imposición» y la «pena de cumplimiento» o, en la terminología propuesta por Manzanares Samaniego [39], entre el «valor facial» y el «valor real» de la pena [40]. En su opinión, «en lugar de seguir el arcaico sistema acumulativo» vigente, sería preferible imponer «una sola consecuencia penal […] como se hace en otros ordenamientos jurídicos, sin duda más avanzados en este aspecto» [41]. En consecuencia, Ortega Matesanz sostiene, al resumir las líneas maestras de su propuesta *de lege ferenda*, que «el legislador debe optar por la previsión de límites a la imposición misma de la penalidad y no al cumplimiento de las penas impuestas» e «inclinarse por aproximar no la pena de cumplimiento a la pena nominal», como se pretende hacer en el vigente artículo 78 CP –o como se intentó, por vía jurisprudencial, en la llamada «doctrina Parot»–, «sino la pena de imposición a la pena de cumplimiento, para evitar llegar a cifras de condena nominal irreales». Ello habría de conducir «a la aplicación de una pena única global en cuya fijación tenga un margen amplio el arbitrio judicial», pero respetando unos «límites máximos que no supongan un obstáculo insalvable a la rehabilitación del delincuente, al tiempo que se conserve la eficacia de la pena y se armonice la intimidación con el resto de los fines del castigo» [42].

---

[39] Manzanares Samaniego, J. L., «La pena concursal única», en *Diario La Ley*, núm. 8228, Sección Doctrina, 14 de enero de 2014, Año XXXV, Ref. D-14 (LA LEY 11116/2013), pp. 2 y 9.

[40] Ortega Matesanz, A., 2022b, p. 504, se inspira expresamente en el punto de vista de Manzanares Samaniego. Hay que señalar sin embargo una importante diferencia entre la posición de ambos autores en lo que a la interpretación del Derecho vigente respecta. Para Manzanares Samaniego, J. L., *Diario La Ley*, núm 8228, 2014, p. 1, ya *de lege lata*, «la única [sc. interpretación] compatible con el sistema de individualización científica para el cumplimiento de las penas privativas de libertad» es la de que en los supuestos del concurso real de delitos las penas individuales de estos no subsisten por separado, sino que «se refunden en otra nueva y única con su correspondiente duración máxima», y así habría venido a reconocerlo incluso la propia Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que tenía precisamente el sentido de exceptuar de tal principio algunos supuestos delictivos concretos *(ibídem,* p. 8). En cambio Ortega Matesanz, A., 2002b, pp. 507 s. –aun compartiendo los argumentos expuestos por aquel autor en favor del principio de unidad de ejecución, «porque el tratamiento penitenciario no puede operar de forma troceada» y «debe hacerlo sobre la personalidad del penado, aunque sus responsabilidades sean plurales»– considera que «con la normativa vigente […] las penas incluidas en la limitación {sc. establecida en el artículo 76.1 CP] no pierden su carácter particular», por lo que *de lege lata* a la pena única se llega solo «a través de una ficción jurídica o penitenciaria», de modo que para que el principio de pena única concursal fuese plenamente realizado sería necesaria «una reforma legal» como la que él mismo propone. No siendo oportuno extenderse ahora sobre este particular, me limitaré a decir que me parece mejor fundada en este punto la opinión de Manzanares Samaniego.

[41] *Ibídem,* p. 504.

[42] *Ibídem*, pp. 506 s.

El segundo aspecto del planteamiento de Ortega Matesanz que me parece especialmente oportuno destacar se refiere a la consideración, relativamente crítica, que este autor también efectúa del requisito cronológico establecido en el apartado 2.º del artículo 76 CP para la aplicación de los límites de cumplimiento previstos en el apartado 1.º de dicho artículo. Como este autor inicialmente advierte, el requisito de una conexión temporal para la aplicación de los límites máximos de cumplimiento establecidos en dicho precepto tiene en principio un propósito razonable, pero, a su entender, la incidencia de tal requisito «no deja de ser un tanto aleatoria» y conduce a consecuencias problemáticas, en la medida en que las penas impuestas por hechos cometidos con esa separación o cesura temporal «deberán cumplirse de forma sucesiva sin límite alguno» [43]. Con ello, Ortega Matesanz señala acertadamente un problema de nuestro Derecho vigente, el de las «penas eternas», que merece una atenta consideración y la búsqueda, al menos, de algún paliativo en el marco de este proyecto.

2. Las críticas al vigente sistema de acumulación jurídica en la jurisprudencia española

Las críticas hacia el modelo vigente de determinación de la pena en el concurso real de delitos no han quedado reducidas a la doctrina, sino que han llegado también a hacerse explícitas en algunas resoluciones del Tribunal Supremo español. Para no extenderme excesivamente, me referiré a continuación tan sólo a algunas de ellas.

En la STS de 3 de noviembre de 1995 (Roj. 5498/1995), de la que fue ponente el magistrado Martínez-Pereda Rodríguez, se postuló, frente al sistema de acumulación material seguido por nuestro Código, la conveniencia de una solución diferente, como la ofrecida por el Derecho comparado «en regímenes jurídicos muy próximos» al nuestro, en los que no se busca «una refundición, sino más bien la fijación o determinación de una única pena», que «absorbe la totalidad de las sanciones impuestas» y a la que «accede el Tribunal tomando en ponderación las concurrentes condiciones en los diferentes delitos y la personalidad del sujeto, así como otras variadas circunstancias, para conseguir así una punición correlativa y adecuada a la culpabilidad en una debida proporción y con la mira puesta en su resocialización».

[43] *Ibídem*, p. 503.

En la ya mencionada STS 367/2015, de 11 de junio [44], con ponencia del Magistrado Conde-Pumpido Tourón, se manifiesta también un punto de vista favorable a la imposición en los supuestos de concurso real de delitos de una pena única de carácter global para el conjunto de los delitos concurrentes, siguiendo el modelo de exasperación que rige en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en lugar de partir, como ocurre en nuestro sistema de «acumulación jurídica», de la adición de las correspondientes penas individuales A este sistema se reprocha que en la citada sentencia que «puede conducir en caso de multiplicidad de condenas a la vulneración del principio de proporcionalidad, alcanzando la suma de todas las penas legalmente correspondientes a los delitos cometidos, aun cuando fuesen delitos menores o menos graves, cantidades desorbitadas, reñidas en su cumplimiento total y sucesivo con el principio constitucional de rehabilitación de las penas, e incluso con la duración de la vida del penado».

Por su parte, en la STS 44/2019, de 1 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Del Moral García, se advierte asimismo de forma muy crítica que «el sistema del artículo 76 CP acaba por equiparar penológicamente, por la misma naturaleza de las cosas, supuestos de intensidad muy diversa» y que la rígida aplicación de la regla del triplo de la pena más grave, junto a la de los máximos absolutos de cumplimiento, puede terminar siendo «singularmente perjudicial y generadora de agravios comparativos».

Esto es precisamente lo que, en opinión del Alto Tribunal, había sucedido en el caso examinado en esta última sentencia. En ´los hechos que se declararon probados la Audiencia de instancia había apreciado un concurso real de tres tentativas de homicidio, a cada una de los cuales, según su criterio, correspondería imponer una pena de siete años de prisión. El Tribunal Supremo advirtió que estas penas individualmente consideradas se hallaban en efecto dentro de los marcos penales legalmente disponibles por el tribunal sentenciador, pero señaló también que, al ser tres los delitos cometidos y de un monto tan elevado las penas individualmente impuestas, «la regla del triplo apenas si reporta[ba] recorte alguno» en ese caso particular, pues, en él, «el total a cumplir derivado de esa regla [sería] de veinte años», casi igual a los veintiuno que habrían correspondido a la pura y simple adición de las tres penas impuestas. Y no solo eso: ese habría sido «exactamente el mismo tiempo de penalidad efectiva que si no concurriese una atenuante de reparación del daño, cuya presencia queda así minimizada. Y, el mismo tiempo que si uno de los homicidios hubiese alcanzado el grado de consumación. Y el mismo también que si los

[44] *Vid*., *supra,* n. 24.

tres arrollados [sc. que habían sido víctimas del ataque homicida] hubiesen fallecido como consecuencia de la embestida. Y el mismo que si hubiesen sido embestidas cinco personas y todas hubiesen fallecido, etc., etc....».

Ciertamente, en esa ocasión el Tribunal Supremo encontró, pese a todo, algún «margen legal» para atender la dispar gravedad que, de forma «patente», mostraban el caso concretamente sometido a su enjuiciamiento y aquellas otras hipótesis más graves a las que en su propia sentencia se hacía alusión y evitar de ese modo una inadecuada equiparación de su respectivo tratamiento penal. Una atenta consideración de las concretas circunstancias concurrentes en el caso [45] permitió así a ese Alto Tribunal concluir que el supuesto enjuiciado merecía «una respuesta más moderada» que la que le había dispensado el tribunal de instancia y que tal respuesta resultaba, por otro lado, posible si se admitía que, en atención a tales circunstancias, habría sido «más proporcionada» para cada uno de los homicidios cometidos en grado de tentativa la imposición de una pena de prisión de sólo cinco años de duración –y no de siete, como había resuelto el Tribunal de instancia–, lo que, en virtud del límite relativo del triplo de la más grave previsto en el artículo 76 CP, terminaría por arrojar como resultado final una pena total de cumplimiento de quince años de prisión.

Esta sentencia es por lo demás ilustrativa, dicho sea de paso, de cuán atinada resulta la observación efectuada por Cardenal Montraveta de que, aunque «la regulación española vigente conserva la rigidez que tan acertadamente criticaba el Profesor Mir», los jueces o tribunales, al concretar la pena que individualmente corresponda a cada uno de los delitos concurrentes, pueden modularla hasta cierto punto tomando en consideración el impacto que esas penas individuales hubiesen de tener en la aplicación de los límites del artículo 76 CP [46]. Como acabamos de ver, esta no es una mera ocurrencia, ni una pura divagación teórica de aquel autor, sino un criterio que orienta efectivamente la praxis de nuestros tribunales a fin de paliar, en cierta medida, aunque de un modo manifiestamente insuficiente, la característica inflexibilidad del sistema de «acumulación jurídica» que rige en nuestro Derecho.

---

[45] Tales circunstancias eran fundamentalmente, a juicio de la Sala: a) que el sujeto no había actuado con dolo directo, sino meramente eventual; b) que la apreciación de que nos encontraríamos ante un supuesto de concurso real de delitos se basaba en una construcción que, aun habiendo sido asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, la propia Sala reconoce que «conduce a resultados penológicos muy rigurosos» (hasta el punto de que la doctrina tiende en general a evitarlos apreciando, en hipótesis como la enjuiciada en que el curso de acción es unitario, aunque sean plurales sus posibles resultados, un concurso ideal de delitos); y c) que los autores se hallaban todavía en una edad juvenil.

[46] Cardenal Montraveta, S., 2017, p. 921.

Las posibilidades de moderación de esa característica rigidez del sistema de acumulación jurídica de nuestro Derecho vigente son, sin embargo, como se acaba de apuntar, excesivamente limitadas y así lo reconocen incluso quienes desde el interior del Poder judicial han reflexionado con especial intensidad sobre los problemas que suscitan en su aplicación práctica las reglas concursales del vigente Código penal en orden a lograr una determinación justa y razonable de la pena y postulan por tanto la necesidad de una reforma legal para poder superarlos plenamente. Como muestra de ello cabe mencionar que unos años antes de dictarse la última sentencia citada, quien habría de ser su ponente, el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Antonio Del Moral García había ya manifestado lúcidamente, en el prólogo a una obra dedicada a examinar precisamente el funcionamiento práctico del sistema de acumulación jurídica de nuestro Derecho vigente, que «por vía interpretativa se pueden paliar algunas fuentes de agravios comparativos [sc. que son inherentes a dicho sistema] implementando criterios unitarios y racionales que pongan orden en la pura aleatoriedad», pero «la opción legal por el triplo de la pena más grave se antoja un tanto caprichosa y genera injusticias o paradojas que solo está en manos del legislador resolver» [47].

3. La «lógica» que supuestamente subyace al criterio de la acumulación de las penas como principio general del concurso de delitos

A primera vista, el hecho de que la ley tome como punto de partida del tratamiento punitivo del concurso de delitos el principio *quot delicta, tot poenae* parece tener un poderoso fundamento. A la «lógica» que, en principio, parecería inspirar el criterio de acumulación material plasmado en el artículo 78 del Código penal español de 1848 se refirió el gran penalista y comentarista de dicho Código Juan Francisco Pacheco en los siguientes términos:

> «Desde luego, abstracta y generalmente considerado, lo que dice la ley es lo mismo que inspira la lógica. Si la penalidad es la consecuencia del delito, si se merece la primera desde que se ha cometido el segundo, si hay entre el uno y la otra ese lazo moral indestructible que nos inspira la conciencia, y nos señala el Código, no puede haber la menor duda en que cada vez que se delinquió se hubo incurrido en el correspondiente castigo legal, y en que cada cual que delinquiere debió padecer por aquel hecho todas las consecuencias que la ley tuviese determinadas. Supongamos que A ha cometido un robo, B una falsedad, C una tenta-

[47] Del Moral García, A., «Prólogo» a García San Martín, J., *La acumulación jurídica de penas*, Madrid (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias), 2016, p. 11.

> tiva de homicidio: cada uno de ellos habrá incurrido en la pena que para el conato de muerte, que para la falsedad, que para el robo fijen los artículos correspondientes. ¿Por qué, pues, si estas tres penas son las consecuencias de las tres acciones y si han de ser padecidas por los tres reos; por qué, decimos, no lo serán por uno solo, A, si fue A quien las cometió todas? La lógica, como hemos anunciado, aprueba completa y abstractamente el principio en cuestión.» [48]

Y a una lógica semejante sigue apelando, desde distintas perspectivas, un sector de la doctrina española actual para justificar o, al menos, explicar, el principio de acumulación del que aún parte la regulación del tratamiento los concursos en nuestro Derecho vigente. Gonzalez Rus, por ejemplo, ha apuntado la conexión de dicho principio con una concepción retributiva de la pena, de la que vendría a constituir, a su juicio, su «reflejo más exacto», pues, conforme a ella, «cada delito debe ser castigado con la pena que le corresponda, y si son varios, con la suma de las que correspondan a cada uno de ellos. En principio no cabe establecer limitación alguna, porque no tendría sentido que la comisión de varias infracciones pudiera determinar la extinción o atenuación de algunas penas» [49].

Aunque este autor no participa plenamente de una concepción retributiva de la pena, parece asumir también personalmente una valoración de partida no muy diferente, cuando, poco después, sostiene que «desde una estricta perspectiva de retribución o de prevención general lo más coherente sería la simple acumulación material», de modo que «el establecimiento de límites de cumplimiento máximo» sólo podría explicarse como «una cierta concesión a la prevención especial» [50]. A su juicio, lo único que cabría discutir es si la forma en que se ha hecho tal concesión en nuestro ordenamiento jurídico es la más adecuada posible, pero entiende que, para valorar en sus justos términos el equilibrio que el legislador español ha pretendido lograr entre las distintas finalidades de la pena, se debería tener presente que, como inevitablemente le ocurre a cualquier legislador, el nuestro se encontraba aquí ante una difícil disyuntiva: «o se opta por evitar la impunidad, primando el castigo efectivo, o se da preferencia al logro de objetivos resocializadores, lo que inevitablemente conlleva limitar el máximo de cumplimiento efectivo de las condenas» [51].

---

[48] Pacheco, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, 3.ª ed., Madrid, 1867 (reimpresión de 2000, Madrid (Edisofer), con un Estudio preliminar y anotaciones de A. Téllez Aguilera, por la que se cita), p. 409.

[49] González Rus, J. J., 2000, p. 992.

[50] *Ibídem*, p. 998.

[51] *Ibídem*, pp. 998 s.

En opinión de González Rus, lo más cuestionable de la solución adoptada en nuestro Código penal sería el monto excesivamente elevado que tienen en nuestro Derecho los límites máximos absolutos de cumplimiento de las penas que sean objeto de esa acumulación, cuando alcanzan una duración superior a veinte años. Este autor censuraba pues los límites de veinticinco e, incluso, de treinta años dispuestos entonces para los supuestos más graves en el artículo 76 CP (todavía no se habían introducido el límite máximo aún más severo de cuarenta años, ni la pena de prisión permanente revisable), pero, a su modo de ver, la crítica habría que dirigirla, más que a las reglas de punición del concurso real, al propio sistema de penas del Código penal español, «en el que no es precisamente inusual que un solo delito se castigue con pena de prisión de hasta treinta años» [52].

La conclusión de González Rus era, pues, que el legislador español no había tenido en realidad un margen de maniobra muy amplio para tomar una opción diferente de aquella por la que optó y que, a salvo de esos límites máximos de cumplimiento, excesivamente elevados, habría conseguido alcanzar un equilibrio satisfactorio entre los distintos fines de la pena a los que se debe atender en la regulación del concurso real de delitos [53].

Por su parte, Feijoo Sánchez explica en esta misma obra de un modo relativamente similar la lógica que, a su juicio, podría subyacer, en su caso desde una visión preferentemente preventivo-general positiva de la pena, a la vigente regulación del concurso real de delitos en el Derecho penal de adultos:

> «En el ámbito de los adultos el concurso real no es más que un supuesto de varias puestas en entredicho de normas penales mediante infracciones diferenciadas. La regla pasa a ser la acumulación material o absoluta de penas (art. 73 CP), si bien limitada en cuanto a su cumplimiento (acumulación jurídica). Se imponen diversas penas proporcionales a cada uno de los delitos *(quot delicta, tot poenae)* estableciendo un máximo de cumplimiento efectivo (unidad de cumplimiento) por razones ajenas a la prevención general y a la proporcionalidad por el hecho para limitar las consecuencias negativas de un sistema puro de acumulación con cumplimiento sucesivo de todas las penas. *La opción del Código Penal español con respecto al concurso real es que cada pena estabiliza por separado cada norma vulnerada. Tantas penas como delitos, aunque luego se establezcan máximos de cumplimiento.»* [54]

---

[52] *Ibídem*, p. 998.

[53] *Ibídem*, p. 999.

[54] Feijoo Sánchez, B., «Responsabilidad penal de adolescentes, prevención especial y pluralidad de infracciones. comparaciones con el Derecho penal de adultos» (contribución a esta misma obra), p. 66 (sin cursivas en el original). Hay que hacer notar, sin embargo, que, a diferencia de González Rus, Feijoo Sánchez no cree que la lógica así descrita deba mantenerse también *de lege ferenda*. En su opinión, el tratamiento futuro de los supuestos de concurso real de delitos no debería partir de la acumulación de las penas, sino –como aquí se propone– de una pena conjunta o global (en su opinión con asperación potesta-

Pese a estas autorizadas opiniones, lo cierto es que la adecuación del criterio de la acumulación material o aritmética de las penas para constituir el punto de partida del tratamiento punitivo del concurso de delitos dista mucho de estar racionalmente justificada. Y así lo había advertido también muy tempranamente el propio Pacheco cuando, distinguiendo con claridad estos dos planos –lo que, por una parte, parece imponer la «lógica abstracta» de la respuesta penal al delito y, por otra, lo que exigen «el buen sentido, la prudencia, la moderación» y la «oportunidad práctica»–, añadió a sus iniciales observaciones, antes transcritas, la siguiente reflexión:

> «¿No es digno de consideración que por ese medio podrán de tal modo acumularse las penas que en realidad se las desnaturalice? ¿No es digno de consideración que el que haya cometido tres o cuatro delitos, tal vez de una misma especie, tal vez de los que solo son consecuencia de una misma disposición de ánimo, puede caer en una penalidad perpetua de hecho y de seguro superior a la que merecerían los autores de un crimen más grave? ¿No hay un instinto de buen sentido que nos aconseja no seguir rigurosamente la lógica cuando esta extrema sus ilaciones y conduce a consecuencias exageradas y peligrosas? ¿Y no hay exageración y no hay peligro en imponer diez veces la pena del robo al que diez veces robó, diez veces la pena de falsedad al que falsificó diez documentos o acuñó moneda falsa en diez noches seguidas?» [55]

Estas interesantes y «modernas» consideraciones de Pacheco se cerraban con el siguiente colofón: «indudablemente el buen sentido, la prudencia, la moderación y de otro lado la lógica, nos darán en este punto diversas conclusiones. La rigidez de la última no podrá menos de ser modificada por la suavidad y la oportunidad prácticas, hijas legítimas de las primeras» [56].

---

tiva), flexibilizándose así su tratamiento aunque por razones diferentes a las que deben conducir también a su juicio a la flexibilización del régimen de los concursos en el Derecho Penal de los adolescentes, donde esa necesaria flexibilidad obedece a la orientación preventivo-especial de las medidas que a ellos se aplican y, más concretamente, a sus finalidades fundamentalmente educativas.

[55] Pacheco, J. F., 1867 (reimpresión de 2000), p. 409.

[56] *Ibídem*. Es interesante señalar que, según Pacheco, una solución más aceptable que la derivada de la simple de todas las esa ello podría lograrse, *ya de lege lata*, mediante la admisión de la simultaneidad en su cumplimiento, incluso en el caso de las penas privativas de libertad *(vid., ibídem*, pp. 410 s.), aunque habría preferido que «en la reiteración de crímenes» se hubiese «tomado por regla general para castigarlos la aplicación de la pena mayor, agravándola aún, según ciertas reglas», esto es, un criterio de asperación, como había ya «vislumbrado» el Código de 1822, en su artículo 114, «aunque quizá no acertadamente en sus detalles. Pero si los detalles eran malos, y se debían abandonar, el camino podía ser bueno, y en este caso merecería seguirse» *(ibídem,* p. 411)

4. **Excurso: una mirada al Derecho comparado**

La suposición de que es «lógico» que el tratamiento del concurso de delitos tome como punto de partida la acumulación material de las penas de los delitos en los que el reo hubiese incurrido es probablemente lo que lleva a González Rus a afirmar que este sería también «el sistema más común en el Derecho comparado, que como ocurre con el Derecho español», lo habría tomado «generalmente […] como base de la regulación del concurso real, disponiendo principios complementarios que tratan de limitar las consecuencias más inadmisibles del mismo» [57].

Esta afirmación no se compadece, sin embargo, con la imagen que en la actualidad ofrece el Derecho comparado en esta materia. Más acertada me parece la constatación que con respecto a él efectúa Cuello Contreras: el principio de acumulación tiende a estar «prácticamente descartado en las regulaciones actuales por su dureza» y a ser sustituido por los de absorción, exasperación o combinación, por más que todavía se conserven en ellas algunos «vestigios» de aquel viejo principio [58]. Un examen del tratamiento que recibe actualmente la concurrencia delictiva en los diferentes ordenamientos así viene en efecto a confirmarlo.

1. En los ordenamientos iberoamericanos, muchos de ellos influidos por la regulación establecida en los Códigos españoles desde el de 1848 [59], el principio que mayoritariamente se toma como punto de partida sigue siendo todavía, ciertamente, el de la acumulación material o aritmética, pero ni siquiera en ese ámbito geográfico ese es ya el criterio unánimemente aceptado.

Los Códigos penales argentino, boliviano, colombiano, cubano, paraguayo y uruguayo disponen que al responsable de una pluralidad de infracciones en relación de concurso real se le imponga una pena única, dentro de un marco penal global o conjunto que no ha de ser necesariamente agotado y para cuya

---

[57] González Rus, J. J., 2000, p. 992

[58] *Cfr.,* la exposición de este autor en Cuello Contreras, J./Mapelli Caffarena/Colina Ramírez, E. I., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Madrid (Tecnos), 2022, pp. 221 s.

[59] Aunque en algún caso la relación pudo ser la inversa, ya que fueron probablemente la legislación brasileña y, más concretamente, el artículo 61 del Código penal del Brasil de 1830 los que inspiraron la redacción del artículo 76 del CP español de 1848: vid. al respecto Ortega Matesanz, A., 2022a, pp. 69 s. Sobre las particularidades de la, aparentemente sencilla, pero en el fondo compleja y severa regulación del Código penal brasileño puedo remitirme a Greco, L./Leite, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)» (contribución a esta obra, pp. 97 ss.). Una visión de conjunto de la regulación de los concursos de delitos en los códigos penales latinoamericanos puede verse *supra* en Cantard, N., «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria» (contribución a esta obra), pp. 45 y 47 ss.

constitución se sigue un criterio de asperación [60]. En dichos ordenamientos jurídicos, la acumulación material cumple meramente la función de constituir uno de los posibles límites máximos a los que tal asperación puede llegar [61]. Y, en el caso de los Códigos colombiano y paraguayo, a ese régimen de asperación se someten uniformemente tanto el concurso real como el concurso ideal de delitos.

2. En la Europa continental, el desplazamiento del principio de acumulación material por los de absorción o asperación constituye ya la regla general. En efecto, en los países de nuestro entorno más próximo solo Bélgica e Italia mantienen un tratamiento punitivo para el concurso de infracciones penales que tome la acumulación de las penas correspondientes a los delitos concurrentes como punto de partida.

Prescindiendo aquí de examinar en detalle el régimen jurídico de los concursos en la legislación belga, que, por su carácter prolijo e «inútilmente complicado», ha sido objeto de una crítica muy severa incluso en su propio país [62] y, por tanto, difícilmente podría tenerse por un modelo a seguir para el nuestro, me referiré brevemente a la regulación establecida en el Código penal italiano, que tiene un particular interés para nosotros, en la medida en que, como con razón se ha señalado, el tratamiento que en él se dispensa al concurso real de delitos constituye, aunque sin coincidir exactamente los respectivos máximos de cumplimiento, «uno de los sistemas que más se acercan al caso español […] porque en ambos casos se parte, respecto de las penas temporales, del cúmulo material para introducir después frente a tan riguroso criterio límites punitivos con los que evitar resultados excesivos o desproporcionados» [63].

La regulación del concurso real actualmente vigente en los artículos 71 ss. CP italiano se basa, en efecto, en la acumulación material de todas las penas en las que el reo hubiese incurrido por los delitos concurrentes, aunque tal acumula-

---

[60] *Vid*., en este sentido, con otras muchas referencias, Ortega Matesanz, A. «La punición del concurso de delitos en el Derecho comparado», *RGLJ,* 2022, núm. 3, pp. 498 ss., 503 s.(respecto del caso de la República Argentina), 517 ss. (Colombia), 520 s. (Cuba), 524 s. (Paraguay), 525 s. (Uruguay) y 526 s. (Bolivia). Respecto de la regulación argentina, *vid.* también Ziffer, P. S., «Algunos aspectos problemáticos de la regulación del "concurso real" en Argentina» (contribución a esta obra), pp. 255 ss.

[61] Acerca del funcionamiento de la acumulación en este sentido «limitador» de la determinación de la pena concursal a partir de otros principios vid. ya Sanz Morán, A. J., 1995, p. 237, quien integra precisamente la acumulación material a esos solos efectos de límite en su propuesta *de lege ferenda* para el tratamiento del concurso real e ideal de delitos, en atención, respectivamente, a los principios de asperación obligatoria o de absorción agravada.

[62] *Cfr.,* al respecto ya Sanz Morán, A. J., 1986, pp. 85 s. Hay que hacer notar que las reformas introducidas en el Código penal belga desde que este autor se refiriese a su regulación no han alterado sustancialmente sus rasgos generales, ni pueden evitar por tanto que las críticas que sobre ella se han vertido sigan estando justificadas.

[63] Ortega Matesanz, A., *RGLJ,* 2022-3, pp. 492 s.

ción viene luego a ser mitigada o atemperada por la existencia de determinados límites máximos a la pena que resultaría de su simple adición cuando de penas privativas de libertad o de carácter pecuniario se trata. Esta regulación se ha mantenido intacta en sus líneas generales desde la redacción inicial del Código Rocco de 1930 hasta nuestros días y, antes de la reforma de dicho Código en 1974, era asimismo aplicable al concurso ideal de delitos [64]. A partir de esa fecha, el concurso ideal (o «formal» como se denomina en el Código italiano) se somete al mismo régimen jurídico de asperación dispuesto en el artículo 81 CP de ese país para el delito continuado, muy riguroso también, pero algo menos severo que el de acumulación jurídica que se dispensa en Italia al concurso real [65].

En este momento, en el que nos preguntamos por la «lógica» que supuestamente subyace al principio de acumulación material, es oportuno recordar, sin embargo, como hiciera Sanz Morán en su momento, que el Código penal anteriormente vigente en Italia, el Código Zanardelli de 1889, no había tomado dicho principio como punto de partida para el tratamiento del concurso real de delitos, salvo en el caso de las penas pecuniarias. En todo lo demás, aquel Código, de inspiración mucho más liberal que el Código Rocco, había dispuesto un régimen de asperación de la pena del delito más grave con determinados límites máximos [66].

3. Por su parte, en el Derecho actualmente vigente en Portugal, Austria y Suiza se establece un tratamiento uniforme para todas las clases del concurso de delitos, que sigue en lo esencial un criterio de asperación, teniéndose la acumulación material simplemente por un límite que en ningún caso puede ser superado.

---

[64] Sobre la evolución del Derecho italiano en esta materia, los motivos de sus sucesivas reformas y su estado actual, vid. con amplias referencias, Sanz Morán, A. J., 1986, pp. 73 ss.; y Ortega Matesanz, A., *RGLJ*, 2022-3, pp. 487 ss. *Vid*., también *supra* Cantard, N. (contribución a esta obra), pp. 46 s..

[65] El artículo 81 CP italiano, bajo la rúbrica *«Concurso formal. Delito continuado»* dispone en sus tres primeros párrafos lo siguiente:

«Será castigado con la pena que debería ser infligida por la infracción más grave, aumentada hasta el triplo, quien con una sola acción u omisión infrinja diversas disposiciones legales o cometa más de una infracción de la misma disposición legal.

A la misma pena quedará sujeto quien con varias acciones u omisiones, realizadas en ejecución de un mismo plan delictivo, cometa, incluso en momentos diferentes, varias infracciones de la misma o de distintas disposiciones legales.

En los casos previstos en este artículo, la pena no podrá ser superior a la que sería aplicable de acuerdo con los artículos precedentes».

[66] Como recuerda Sanz Morán, A. J., 1986, p. 77, en la *Relazione Ministeriale* de 1888 que acompañó al Proyecto definitivo del Código penal Zanardelli la opción por ese sistema de asperación, prescindiendo tanto de la acumulación como de la absorción, se justificaba por el propósito de que «cada delito, aunque sea en forma mínima, pese siempre en la balanza de la justicia y comporte, donde sea posible, un aumento de pena».

El tratamiento común que el Código penal portugués establece para el concurso ideal y real de delitos en su artículo 77 [67] es caracterizado por la doctrina portuguesa como un sistema de pena global, a la que se llega a través de un procedimiento, que se califica como de «acumulación» o de «cúmulo jurídico», en el que se toman como referencia las penas concretamente aplicables a los delitos concurrentes. El extendido uso de esta terminología no debe llevar sin embargo a entender que nos hallaríamos pues ante un sistema similar al de «acumulación jurídica» previsto en el Código español. En realidad, las diferencias entre uno y otro modelo son muy notables. Al contrario que nuestro Código, el portugués no prescribe la imposición de todas las penas correspondientes a los delitos concurrentes para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, sino la de una sola pena global para todos los delitos en concurso, a la que corresponde un marco penal que, según ya se ha indicado, tiene, eso sí, como uno de sus posibles límites máximos el de la suma de las penas concretamente aplicables a los delitos cometidos y como límite mínimo la mayor de esas penas. Y a diferencia de nuestro Código, en el Derecho portugués, dentro del marco así trazado, el juez dispone para determinar la pena única del concurso de un amplio margen de arbitrio.

Por ello sería quizá más exacto decir que en Portugal se sigue un sistema de asperación facultativa de la pena más grave que incorpora elementos del sistema de combinación de marcos penales y en el que la acumulación material sólo opera como límite máximo. Si algún parecido cupiese señalar con lo que nuestro Derecho dispone, el parangón debería establecerse, más bien, con lo que rige actualmente para el concurso medial de delitos en el artículo 77.3 CP [68]. La explicación de que la doctrina portuguesa califique el

---

[67] Bajo la rúbrica «Reglas para la punición del concurso», el artículo 77 CP portugués dispone lo siguiente:

«1. Cuando alguien haya cometido varios delitos antes de que la condena por alguno de ellos sea firme, se le impondrá una única pena. En la medida de la pena, se considerarán en su conjunto los hechos y la personalidad del agente.

2. La pena aplicable tendrá como límite máximo la suma de las penas concretamente aplicadas a los distintos delitos, que no podrá exceder de 25 años en el caso de la pena de prisión y de 900 días en el caso de la pena de multa; y como límite mínimo la más elevada de las penas concretamente aplicadas a los distintos delitos.

3. Si las penas aplicadas a los delitos en concurso fueren unas de prisión y otras de multa, se mantendrá la diferente naturaleza de las mismas en la pena única que resulte de la aplicación de los criterios establecidos en los números anteriores.

4. Las penas accesorias y las medidas de seguridad se aplicarán siempre al autor del delito, aunque sólo las prevea una de las leyes aplicables.»

[68] Señala también ese paralelismo entre el tratamiento general de los concursos de delitos en el Código portugués y lo dispuesto para el concurso medial de delitos en el artículo 77.3 CP español Ortega Matesanz, A., *RGDP*, núm. 30, 2018, p. 49. *Vid*. no obstante también *supra* Cantard, N. (contribución a esta obra), pp. 43 ss..

sistema unitario vigente en su país como de «cúmulo jurídico» se encuentra únicamente en que en Portugal el nombre de asperación o exasperación se reserva para el sistema que entre nosotros comúnmente se conoce como de absorción agravada, esto es, aquel en el que la asperación de la pena del delito más grave no puede exceder del límite máximo legalmente establecido para dicha pena [69].

Los Códigos penales de la Confederación Helvética y de la República Federal de Austria disponen también un tratamiento uniforme para el concurso ideal y real de delitos, pero la pena unitaria en ellos prevista se concreta en cada uno de una manera diferente: el artículo 49 del CP suizo de 1937 somete en términos generales a ambas formas de concurso a un régimen de asperación limitada [70], mientras que el § 28 del CP austriaco de 1974 establece un sistema de absorción agravada [71]. Por lo demás, ambos ordenamientos jurídicos coinciden en conceder a la acumulación de sanciones penales un papel marginal en

[69] Para confirmarlo puedo remitirme ahora a las referencias que Ortega Matesanz, A. R., *RGDP*, núm. 30, 2018, pp. 4 ss., hace al uso que de los términos «agravación» y «exasperación» se hace en las obras de Figueiredo Días, Maia Gonçalves o Pinto de Alburquerque allí citadas como si fueran sinónimos o intercambiables.

[70] El artículo 49.1 del Código Penal suizo de 21 de diciembre de 1937 dispone lo siguiente:

«1. Si el autor ha cumplido por medio de una o de varias acciones los presupuestos para la imposición de varias penas de la misma clase, el Tribunal lo condenará a la pena correspondiente al delito más grave, aumentándola adecuadamente. No obstante, no se podrá superar el límite máximo de la correspondiente conminación penal en más de su mitad. Asimismo, el Tribunal quedará vinculado por el máximo legalmente establecido para la clase de pena de que se trate».

Se ha de tener en cuenta que la duración máxima de la pena de privación temporal de libertad es en el Código penal suizo de 20 años (art. 40.2) y la de la pena de multa de 180 cuotas diarias (art. 34.1).

[71] El § 28 del Código penal austriaco de 23 de enero de 1974 (en vigor desde el 1 de enero de 1975) establece lo siguiente:

«(1) Si alguien ha cometido por un solo hecho o por varios hechos independientes varias acciones punibles de la misma o distinta naturaleza y estas acciones se juzgan al mismo tiempo, se impondrá una sola pena privativa de libertad o de multa cuando las leyes concurrentes sólo establezcan penas privativas de libertad o sólo penas de multa. Esta pena se determinará de acuerdo con la ley que conmine la pena más alta. Sin embargo, salvo que sea procedente una atenuación extraordinaria, no podrá imponerse una pena inferior a la mayor de las penas mínimas previstas en las leyes concurrentes.

(2) Cuando una de las leyes concurrentes prevea una pena privativa de libertad y otra una pena pecuniaria, o aunque sólo una de ellas prevea conjuntamente penas privativas de libertad y penas de multa, se impondrá una pena privativa de libertad y una pena de multa si ambas se prescriben de forma imperativa. Si una de ellas no es conminada imperativamente, podrá ser impuesta. Lo mismo rige para las penas de distinta naturaleza que se conminen junto a una pena privativa de libertad o a una pena de multa. Lo dispuesto en el apartado 1 se aplicará a la determinación de la pena privativa de libertad y de la pena de multa.

(3) Si de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 se hubiera de imponer una pena privativa de libertad y una pena de multa, solo se impondrá una pena de multa de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 cuando en lugar de una pena privativa de libertad se aplique una pena pecuniaria (§ 37).

(4) Se ordenará el cumplimiento de medidas de seguridad cuando se cumplan los requisitos para ello respecto de una o varias de los acciones punibles que se juzguen simultáneamente.»

sus respectivos sistemas: por un lado, la acumulación opera implícitamente como uno de los límites máximos de la pena única concursal; y, por otro, la acumulación tiene también una limitada eficacia cuando se trata de combinar sanciones de diferente naturaleza (v. gr. privativas de libertad y pecuniarias) que se hallen legalmente previstas para las infracciones concurrentes [72].

4. Una solución muy peculiar, en la que el tratamiento penológico más o menos severo del concurso de delitos depende de la forma sucesiva o simultánea en que tenga lugar su enjuiciamiento, prevé el vigente Código penal francés de 1992 en sus artículos 132-2 a 132-7 [73]. En caso de conocimiento simultáneo de una pluralidad de delitos en un mismo proceso, el tratamiento del concurso de delitos es similar al previsto en el Derecho austriaco: si se trata de penas de la misma naturaleza, se impone una pena única hasta el límite máximo que tuviera la pena individual más elevada, mientras que si las penas son de naturaleza diferente se permite, aunque no resulta imperativa, su acumulación [74]. En cambio, en los supuestos de enjuiciamiento separado de los delitos concurrentes en distintos procedimientos, las penas en ellos impuestas se ejecutan en principio de forma cumulativa hasta el límite máximo legalmente establecido para la pena más grave, pero se puede ordenar la «confusión» total o parcial de las penas que fuesen de la misma naturaleza [75].

---

[72] Acerca de la regulación vigente en los ordenamientos austriaco y suizo *vid.* también *supra* Cantard, N. (contribución a esta obra), pp. 42 s. Sobre la relación entre los principios de acumulación y de combinación vid. Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín-Nueva York (Walter de Gruyter), 1991, 31/9.

[73] Una visión de conjunto de la regulación de los concursos de delitos en el Derecho penal francés puede verse también en Ortega Matesanz, A., *RGLJ,* 2022-3, pp. 466 ss.; y *supra* en Cantard, N. (contribución a esta obra), pp. 41 s.

[74] El artículo 132-2 del Código penal francés contiene una definición general del concurso de infracciones, sin establecer distinción alguna entre el concurso ideal y el real: «Hay concurso de infracciones cuando una persona comete una infracción antes de haber sido condenada definitivamente por otra». A continuación, el artículo 132-3, en su párrafo 1.º, dispone que «cuando, en el curso de un mismo procedimiento, la persona procesada sea declarada culpable de varias infracciones concurrentes, podrá imponerse cada una de las penas en las que haya incurrido. No obstante, cuando se haya incurrido en varias penas de la misma naturaleza, no podrá imponerse más que una pena de esa naturaleza con el límite del máximo legal más elevado». El párrafo 2.º de este artículo añade a ello, significativamente, que «cada pena impuesta se considera común a las infracciones concurrentes dentro del límite del máximo legal aplicable a cada una de ellas». Sobre el origen y el sentido de esta última previsión vid. Ortega Matesanz, A., *RGLJ,* 2022-3, p. 467 s.

[75] Según el artículo 132-4 CP francés «cuando, en el curso de procedimientos separados, la persona procesada haya sido declarada culpable de varias infracciones concurrentes, las penas impuestas se ejecutarán cumulativamente dentro del límite del máximo legal más elevado. Sin embargo, puede ser ordenada la confusión total o parcial de las penas de la misma naturaleza, ya sea por el último tribunal llamado a pronunciarse, o en las condiciones previstas por el Código de Procedimiento Penal».

5. El Derecho alemán actualmente vigente distingue el tratamiento del concurso ideal y real de delitos, sometiéndolos a distintos principios penológicos, sin que en ninguno de esos dos casos se tome como punto de partida el criterio de acumulación, sino los principios de absorción y asperación, respectivamente. El concurso ideal se rige principalmente, en efecto, en el § 52 StGB [76], por el principio de absorción, que se complementa, cuando de un concurso heterogéneo se trata, por el de combinación de marcos penales [77]. Al concurso real se aplica en cambio fundamentalmente, en los § 53 ss. StGB [78], un régimen de asperación complementado también en sus márgenes por el principio de combinación de marcos penales y, aunque de un modo aún más marginal, cundo concurren penas heterogéneas, de privación de libertad y de multa, por una acumulación limitada de penas de una y otra índole [79].

Esta regulación de los concursos de delitos en el Derecho alemán es el resultado de una larga evolución. Sus líneas generales proceden del Código penal prusiano de 1851, que ya tempranamente, con la reforma de su § 56

---

[76] Bajo la rúbrica «Unidad de hecho» («Tateinheit»), el § 52 StGB dispone lo siguiente:

«(1) Si la misma acción infringe varias leyes penales o la misma ley penal varias veces, solo se impondrá una pena.

(2) Si se han infringido varias leyes, la pena se determina de acuerdo con la ley penal que conmina la pena más grave. Esa pena no podrá ser más leve que lo que permitan las demás leyes aplicables.

(3) El tribunal podrá imponer separadamente una pena de multa junto a una pena privativa de libertad si se cumplen los requisitos del § 41.

(4) Se deberá o podrá imponer penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas (§ 11, párrafo 1, número 8), si una de las leyes aplicables así lo prescribe o permite.»

[77] *Vid*., este sentido Roxin, C., 2014, § 33/109 ss. (especialmente 113).

[78] Bajo la rúbrica «Pluralidad de hechos« («Tatmehrheit») el § 53 dispone lo siguiente:

«(1) Si alguien ha cometido varios hechos punibles, que son enjuiciados simultáneamente e incurre por ello en varias penas privativas de libertad o en varias penas de multa se le impondrá una pena global.

(2) Si concurre pena privativa de libertad con pena de multa, se impondrá una pena global. Sin embargo el tribunal también podrá imponer separadamente pena de multa; si en estos casos debe imponerse por varios delitos pena de multa, se impondrá en esa medida una multa global.

(3) Los párrafos 3 y 4 del § 52 se aplican por analogía.»

El § 54 establece por su parte el procedimiento de «formación de la pena global» del siguiente modo:

«(1) Si una de las penas individuales es una pena de privación de libertad perpetua, se impondrá como pena global la pena de privación perpetua de libertad. En todos los demás casos se formará la pena global mediante la elevación de la pena más alta de aquellas en que se hubiese incurrido. Para ello se valorarán en conjunto la persona del autor y los delitos individuales cometidos.

(2) La pena global no puede alcanzar la suma de las penas individuales. No podrá exceder en el caso de las penas temporales de privación de quince años, ni de setecientas veinte fracciones diarias en el caso de la pena de multa.

(3) Si se ha de formar una pena global a partir de penas de privación de libertad y de multa, en la determinación de la suma de las penas individuales una fracción diaria de multa equivale a un día de privación de libertad.»

[79] De este modo interpretaba ya Schmitt, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Erster Teil», *ZStW* 75 (1963), p. 56, los criterios penológicos establecidos para el concurso ideal y real de delitos en los §§ 73 y 74 StGB entonces vigentes.

en 1853 [80], había prescindido del principio *quot crimina, tot poenae* para el tratamiento del concurso real de delitos, sustituyéndolo por una regla de asperación que anticipaba el modelo actualmente vigente [81]. Pese a las objeciones que inicialmente se alzaron contra el tratamiento del concurso real plasmado en dicho precepto, por dejar en la práctica al arbitrio del juez la opción entre una completa absorción de todas las penas por la más grave (como en el concurso ideal), la adición de todas ellas o alguna solución intermedia, la fórmula establecida en Prusia en 1853 inspiró la regulación del concurso real de delitos en el § 74 del Código penal del Imperio alemán de 1871 (en adelante RStGB), en la que se ordenaba ya la imposición de una pena global, formada a partir de la elevación de la pena individual más grave, hasta un máximo que no podría alcanzar el monto total de las penas individualmente aplicables, ni exceder de ciertos máximos absolutos, según la clase de pena de que se tratase. Por su parte, el § 73 RStGB, siguiendo asimismo el modelo del Código prusiano, dispuso que en el concurso ideal la pena prevista para el delito más grave absorbiese las penas de los delitos de menor gravedad [82].

El régimen jurídico de los concursos real e ideal de delitos establecido en 1871 se mantuvo prácticamente intacto en el StGB hasta los años 70 del siglo pasado y, con algunas variaciones puntuales, que afectaron casi exclusivamente a detalles menores en la redacción y en la ubicación sistemática de los correspondientes preceptos, sus líneas maestras perduran aún en la regulación actualmente vigente tras la promulgación y entrada en vigor de las dos Leyes

---

[80] Sobre la evolución del Derecho alemán, *cfr.* en lo que sigue El-Ghazi, M., *Revision der Konkurrenzlehre,* Tubinga (Mohr Siebeck), 2020, pp. 31 ss., 34 ss., 39 ss. y 45 ss.

[81] *Cfr.* El-Ghazi, M., 2020, p. 34. En su redacción inicial, de 1851, el Código penal de Prusia había establecido un régimen de pura absorción respecto del concurso ideal (§ 55) y otro de acumulación mitigada respecto del concurso real de delitos (§ 56), pero dos años después el legislador prusiano vino a dar a este último precepto una nueva redacción, conforme a la cual se facultaba al tribunal a reducir las penas privativas de libertad resultantes de tal acumulación hasta un mínimo coincidente con el correspondiente a la pena individual más grave, abriéndose de este modo entre ambos límites un amplio espacio de juego a la decisión judicial.

[82] Ello no impidió, sin embargo, que el Reichsgericht interpretase tempranamente que todos los delitos cometidos en unidad de hecho habrían de figurar en el fallo de la sentencia, ni que, al menos desde su decisión plenaria de 22 de marzo de 1939 (RGSt 73, 148 ss.), en la que resolvió adoptar la perspectiva más concreta para la comparación de la gravedad respectiva de tales delitos, se estableciese que la pena a imponer no podría quedar por debajo del límite mínimo más alto previsto para los delitos idealmente concurrentes y que deberían o podrían imponerse asimismo otras penas principales (en particular, de multa) o accesorias, así como consecuencias accesorias y medidas de seguridad, previstas con carácter obligatorio o potestativo para los delitos de menor gravedad. Con ello, el principio de pura absorción al que para el tratamiento del concurso ideal de delitos remitía el tenor literal del § 73 RStGB había quedado derogado de facto y sustituido por un «principio de combinación con pena unitaria»: vid. en este sentido Schmitt, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Erster Teil», *ZStW* 75 (1963), p. 54, con otras referencias.

de Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969 (en vigor desde el 1 de abril de 1970) y de 4 de julio de 1969 (en vigor desde el 1 de enero de 1975) [83].

En el origen del temprano desplazamiento en Alemania del principio de acumulación material incluso para el tratamiento del concurso real de delitos se encuentran los reparos que contra dicho manifestó y sigue manifestando, de forma muy generalizada, la doctrina germana y cuya expresión más conocida se halla en la famosa Anotación de Mittermaier a la edición del Tratado de Feuerbach de 1847:

> «Lo cierto es que un sistema de acumulación difícilmente puede ser realizado de un modo plenamente consecuente. Una suma de todas las penas privativas de libertad en que hubiese incurrido el sujeto sería injusta porque por la adición de todos los padecimientos merecidos por él en diferentes momentos aumentaría la intensidad del mal que penalmente se le inflige no en una progresión aritmética, sino geométrica.» [84]

Aunque no siempre se justifique de este modo, es patente la aversión que por el «primitivo principio de la acumulación» [85] se siente en Alemania [86]. Seguramente es tal aversión, asumida por el propio legislador alemán, lo que explica que, al regular el procedimiento a seguir para la formación de la llama-

---

[83] En la 1.ª Ley de Reforma del Derecho Penal se dispuso expresamente que la regulación del § 73 StGB comprendía tanto el concurso ideal heterogéneo como el homogéneo, así como que, aunque la pena a aplicar se hubiese de tomar de la ley más severa, nunca se podría imponer una pena menor que la que resultaría individualmente aplicable por alguna de las restantes leyes infringidas (el llamado efecto de bloqueo o de cierre de la leyes penales más benignas) y que deberían o podrían ser aplicadas también otras penas o consecuencias accesorias y determinadas medidas cuando alguno de los correspondientes preceptos así lo prescribiera o permitiera. La 2.ª Ley de Reforma del Derecho Penal desplazó el contenido de los antiguos §§ 73 ss. a los nuevos §§ 52 ss. StGB sin alterar sustancialmente su contenido. Hay que hacer notar que la 1.ª Ley de Reforma prescindió definitivamente del criterio de acumulación aritmética respecto de las penas de multa, sometiendo a partir de entonces la formación de la pena global del concurso real también a este respecto al criterio general de asperación. Más notable es aún que la razón que para ello adujo el legislador alemán fuese el efecto progresivo (no lineal, sino geométrico) que en la intensidad de mal irrogado con la pena se produciría al menos en este caso: «Mientras que respecto de las penas privativas de libertad puede ser dudoso en el caso concreto si y hasta qué punto su acumulación conduce a [una] multiplicación del sufrimiento penal irrogado, cabe tener por seguro que en el caso de la pena de multa siempre se produce un efecto de esa clase. Pues si la multa solo impide por lo pronto la satisfacción de necesidades más o menos secundarias, con su incremento se acerca cada vez más al mínimo existencial y se hace con ello progresivamente más sensible» (BT-Drs. IV/650, p. 193). *Cfr.* sobre todo ello El-Ghazi, M., 2020, p. 47.

[84] Feuerbach, J. A. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von C. J. A. Mittermaier, Giessen (Georg Friedrich Heyer's Verlag), 1847, p. 216, Anotación IV. Sobre lo extendido de esta idea en la doctrina y la jurisprudencia de la época y también en la literatura más reciente, así como las objeciones que contra ella se dirigen, vid. El-Ghazi, M., 2020, p. 19, con n. 27; y lo que *infra* se dice en el texto.

[85] Así lo calificaba ya Jescheck, H.-H., «Die Konkurrenz», *ZStW* 67 (1955), pp. 529 s.

[86] *Cfr.,* recientemente a este respecto Rostalski, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2019, p. 329, con otras referencias en n. 451.

da «pena global» *(«Gesamtstrafe»),* el § 55 II StGB establezca que «la pena global no puede *alcanzar* la suma de las penas individuales» y no meramente, como sucede en otros ordenamientos que acogen asimismo como principio básico del concurso de delitos el criterio de asperación, que la pena del concurso no puede *exceder* de tal suma [87].

Ciertamente, está cada vez más extendida en Alemania la opinión de que la regulación de los concursos de delitos del StGB no es del todo satisfactoria y son muchas, por tanto, las propuestas que se han venido formulando y siguen planteándose actualmente para modificarla, pero de todos modos es altamente significativo que en ninguna de ellas se proponga regresar a un modelo que tome como principio general la acumulación de las penas individuales de los delitos concurrentes o que conceda un peso decisivo a tal principio en la determinación de la pena del concurso. Bien al contrario, la discusión se centra en la cuestión de si podría ser oportuno introducir en lugar del sistema vigente de pena global, basado en la exasperación de la pena individual más grave, para el concurso real de delitos y de absorción para el concurso ideal uno de pena unitaria y en la de si, en tal caso, la supresión del tratamiento diferenciado del concurso ideal y real de delitos debería comportar asimismo la eliminación de la distinción entre ambas formas de concurso [88].

Estas cuestiones se han convertido en la «manzana de la discordia» [89] de un debate sobre la reforma de la normativa concursal que dura ya más de cien años (desde que el Proyecto de Código Penal de Gustav Radbruch de 1922 se inclinara hacia el modelo de la pena unitaria) y cuyo final no parece estar todavía a la vista. No obstante, resulta en todo caso llamativo que uno de los argumentos que de forma recurrente se aducen precisamente a favor del sistema de pena unitaria –y no en contra de él, como desde la «lógica» de la acumulación cabría esperar– sea que con dicho sistema cabría evitar la perplejidad que, en una opinión pública carente de formación jurídica, inevitablemente provoca el contraste, a menudo patente, entre la suma de las penas que individualmente fijan de manera ritual los tribunales para los distintos delitos concurrentes y

[87] Acerca del criterio de acumulación como «límite» de la asperación (o de la «absorción agravada») *vid., supra,* n. 61.

[88] *Cfr.,* al respecto ampliamente Rissing-van Saan, R., Comentarios previos a los §§ 52 ss., núm. marg. 4, y § 53 (Entstehungsgeschichte), en Cirener-Radtke-Rissing-van Saan-Rönnau-Schluckebier (eds.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar (LK)*, 13.ª ed., t. IV, §§ 38 bis 55, Berlín-Bonn (De Gruyter), 2020; y v. Heintschel-Heinegg, W., Comentario previo al § 52, núms. margs. 1-7, en Erb-Schäfer (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB,* t. II, 4.ª ed., Munich (C. H. Beck), 2020.

[89] Así ya Schmitt, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. Zweiter Teil», *ZStW* 75 (1963), p. 194.

la pena global, relativamente reducida, que es finalmente impuesta y que los legos en Derecho tienden por tanto a considerar como una injustificada e incomprensible «rebaja» [90].

6. Es digno finalmente de resaltar que muchos de los ordenamientos del *common law* se han apartado asimismo desde hace tiempo y de forma muy notable de la acumulación material como principio básico de la punición de una multiplicidad de delitos imputables a un mismo infractor.

En el Derecho de Inglaterra y Gales y de otros países del *common law* existen dos instrumentos para el tratamiento de estos casos que permiten a los tribunales evitar la acumulación de las penas correspondientes a todos los delitos cometidos. Tales instrumentos son, por una parte, la posibilidad que se les reconoce de elegir si la ejecución de las penas aplicables a los delitos concurrentes, aun siendo de la misma naturaleza (particularmente cuando se trata de penas de prisión), se habrá de producir de forma «consecutiva» (sucesiva) o «concurrente» (simultánea); y, por otra, el «principio de totalidad» *(«totality principle»),* acuñado inicialmente por la jurisprudencia e incorporado posteriormente al Derecho estatutario y a las *Sentencing Guidelines* vigentes en distintas jurisdicciones, con el que se pretende garantizar que el infractor reciba una respuesta globalmente adecuada al grado de criminalidad conjunta de las infracciones cometidas, así como a la culpabilidad en que aquel hubiese incurrido al cometerlas y a otros factores personales relevantes para su punición [91].

---

[90] *Cfr.,* en este sentido, Erb, V., «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen«, *ZStW* 117 (2005), pp. 53 s.; e Id., «Konkurrenzen 2.0: Der Weg aus der Sackgasse«, en Cirener-Jahn-Radtke (eds.), *Bild-Ton-Dokumentation und «Konkurrenzlehre 2.0», Neue Impulse für die strafprozessuale Revision beim BGH und für das Strafzumessungsrecht? Referate und Diskussionen auf dem 7. Karlsruher Strafrechtsdialog am 21. Juni 2019,* Colonia (Carl Heymanns Verlag), 2020 p. 69. *Vid*., también MüKoStGB[4]-v. Heintschel-Heinegg, 2020, Comentario previo al § 52, núm. marg. 3.

[91] Acerca del principio de totalidad y su relación con la imposición de las penas para su cumplimiento «consecutivo» o «concurrente» vid., entre otros, Jareborg, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en Ashworth, A./Wasik, M. (Eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford (Clarendon Press), 1998, pp. 134 s.; Lovegrove, A., *Sentencing the Multiple Offender: Judicial Practice and Legal Principle,* Research and Public Policy Series, núm. 59, Canberra (Australian Institute of Criminology), 2004, pp. 120 ss. y *passim*; Lippke, R., «Retributive Sentencing, Multiple Offenders and Bulk Discounts», en White, M., *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, Oxford (Oxford University Press), 2011, pp. 214 ss.; Wasik, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», en Zedner, L./Roberts, J. V., *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford (Oxford University Press), 2012, p. 286; Frase, R., *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, New York (Oxford University Press), 2013, pp. 205 s.; Bagaric, M./Alexander, T., «Rehabilitating Totality in Sentencing: From Obscurity to Principle», *UNSW Law Journal*, Vol. 36(1), 2013, pp. 139 ss., 142 s.; Roberts, J. V./Ryberg, J./de Keijser, J. W., «Sentencing the Multiple Offender. Setting the Stage», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), *Sentencing Multiple Crimes*, New York (Oxford University Press), 2018, pp. 3 ss.; Ashworth, A./Wasik, M., «Sentencing the Multiple Offender. In search of a 'Just and Proportionate' Total Sentence», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, pp. 211 ss. *Cfr.,* asimismo Dürr, A., *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law*, Tubinga (Mohr Siebeck), 2019, pp. 99 ss.; y Couso Salas, J., «¿Se

El principio de totalidad fue identificado y definido en los años setenta del siglo pasado por David Thomas al comentar los criterios seguidos por la Corte de Apelaciones para Inglaterra y Gales en sus decisiones acerca de la determinación de la pena en las condenas impuestas a un mismo sujeto por una pluralidad de delitos. Según Thomas en estos casos la Corte solía seguir un patrón secuencial de actuación del siguiente estilo: en primer lugar señalaba la pena que individualmente sería adecuada para cada una de las infracciones; en segundo término decidía si esas penas se deberían cumplir de forma concurrente o consecutiva –lo que en general dependía, aunque no exclusivamente, de si la pluralidad de infracciones había surgido o no de «una sola operación» *(«a single transaction»,* de ahí el nombre de *«one transaction rule»* con que se conoce esa regla general de aplicación concurrente de las penas correspondientes a los delitos cometidos en una sola operación); y, finalmente, terminaba por ajustar la pena a imponer mediante una consideración de «totalidad» o de conjunto, tratando de asegurar con ella que la pena global a ejecutar no fuese demasiado severa y resultase globalmente «justa y proporcionada» a la gravedad de los delitos sancionados [92]. Significativamente, la conclusión que en la jurisprudencia referida por Thomas se extrae de todo ello es que, «cuando … se presentan casos de multiplicidad de delitos ante el Tribunal, este no debe contentarse con hacer la suma aritmética y dictar la condena que la aritmética produce. Debe examinar la totalidad del comportamiento delictivo y preguntarse cuál es la condena apropiada para todos los delitos» [93].

Tradicionalmente se consideró el principio de totalidad como un principio meramente limitador de la responsabilidad para el caso de imposición de una serie de penas para su aplicación consecutiva, cuyo efecto sería precisamente el de evitar que de su acumulación pudiese resultar una penalidad agregada que no fuese proporcionada a la gravedad global o conjunta de los delitos enjuiciados. Así lo entendía el propio Thomas, quien por ello afirmaba que el «el deber último del tribunal sentenciador es asegurar que la totalidad de las penas consecutivas no sea excesiva» [94].

Esta comprensión inicial del principio de totalidad ha ido sin embargo girando hacia su entendimiento como un principio informador determinante

---

justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través de su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas y en perspectiva comparada», en MALDONADO FUENTES, F. (Ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 329 ss. y 340 s.

[92] THOMAS, D. A., *Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division,* Londres (Heinemann), 2.ª ed., 1979, pp. 52 ss.

[93] *Cfr.,* THOMAS, D. A., 1979, p. 57.

[94] *Ibídem*.

de todo el sistema de fijación de las penas aplicables en caso de múltiples delitos, tanto si esas penas se imponen para su ejecución consecutiva como si se decide que su cumplimiento se produzca de forma concurrente [95]. En esta dirección, la *Sentencing Guideline* de 2012, que reguló en Inglaterra y Gales hasta el 1 de julio de 2023 la aplicación del principio de totalidad [96], comenzaba señalando que dicho principio «comprende dos elementos:

1. Todos los tribunales, cuando condenan por más de un delito, deben dictar una pena total que refleje todos los comportamientos delictivos que tienen ante sí y que sea justa y proporcionada, independientemente de si las condenas están estructuradas como concurrentes o consecutivas. Por lo tanto, las condenas concurrentes normalmente serán más largas que una sola condena por un solo delito.
2. Por lo general, es imposible llegar a una condena justa y proporcionada para delitos múltiples simplemente sumando penas individuales hipotéticas. Es necesario referir el comportamiento delictivo, junto con los factores personales, al infractor como un todo».

Según se advertía en la mencionada *Guideline*, «no hay una regla inflexible que imponga si las condenas deben ser estructuradas como componentes concurrentes o consecutivos» (sc. de la condena global) y sólo se apuntaban a este respecto algunos criterios generales, susceptibles sin embargo de admitir excepciones en el caso particular, siendo en todo caso el criterio decisivo *(«the overriding principle»)* el de que, de un modo u otro, «la condena conjunta tiene que ser justa y proporcionada» [97]. A tal efecto, la Guía precisaba que «[c]uando se dicten condenas concurrentes, la pena debe reflejar la criminalidad total involucrada» y «agravarse adecuadamente por la presencia de los

[95] *Vid*., en este sentido en relación con la praxis de los tribunales australianos ya Wells, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, Research Report no. 6, Nedlands (University of Western Australia),1992, pp. 34 s.; y, más recientemente, respecto del Derecho inglés, Ashworth, A./Wasik, M., 2018, p. 211.

[96] Sentencing Council (England and Wales), *Offences Taken into Consideration and Totality. Definitive Guideline*, 2012 (vigente desde el 21 de junio de 2012 hasta el 1 de julio de 2023). Disponible en www.sentencingcouncil.org.uk (última fecha de consulta: 30 de diciembre de 2022)

[97] De este modo se venía a matizar la aplicación de la tradicional «one transaction rule», señalándose que «de ordinario» serían apropiadas condenas concurrentes cuando los delitos enjuiciados surjan de «un mismo incidente» o de los mismos «hechos» o cuando se trate de «una serie de delitos de la misma o similar especie, especialmente si se han cometido contra la misma persona». En cambio, serían normalmente apropiadas condenas consecutivas: a) cuando los delitos surjan de «hechos o incidentes no relacionados» *(«of unrelated facts or incidents»);* b) cuando se trata de delitos de la misma o similar especie, pero cuya criminalidad conjunta «no sería suficientemente reflejada por penas concurrentes»; y c) cuando una o más de esos delitos tenga legalmente prevista una pena mínima y la imposición de penas concurrentes «socavaría de un modo inadecuado ese mínimo».

delitos conexos»; mientras que, «[c]uando se dicten condenas consecutivas», se deben «sumar las penas impuestas por cada delito y considerar si la duración agregada es justa y proporcionada», y, en caso de que no sea así, alcanzar una pena que cumpla estos requisitos. Ello se podía lograr de distintas maneras: por ejemplo, reduciendo proporcionalmente las penas de todos los delitos o fijando sin modificación la pena del delito principal, el más grave, y reduciendo adecuadamente las penas de los restantes, entre otras posibilidades.

Por lo demás, la Guía sobre totalidad detallaba especialmente, junto a los criterios a observar en otras hipótesis [98], un procedimiento general de fijación de las penas privativas de libertad de duración determinada *(«Determinate Custodial Sentences»)* en caso de enjuiciamiento simultáneo de una pluralidad de delitos, que había de desenvolverse en cuatro pasos sucesivos: 1) en primer término, se debía considerar qué pena sería procedente para cada delito individual atendiendo a las *«Sentencing Guidelines»* que en cada caso corresponda aplicar; 2) en segundo lugar, se habría de determinar si el caso requiere la imposición de penas «concurrentes» o «consecutivas»; 3) después se tenía que comparar la pena (o las penas) globalmente impuesta(s) con el requerimiento de que esa(s) pena(s) sea(n) justa(s) y proporcionada(s); y 4) se había de prestar, por último, atención a si la condena queda estructurada de tal modo que pueda ser bien entendida por todas las personas concernidas por ella [99].

---

[98] Se preveían también en la Totality Guideline de 2012 disposiciones específicas para la aplicación el principio de totalidad a otros supuestos particulares: p. ej. al caso de que, al juzgarse el delito, existan ya previamente sentencias condenatorias a penas privativas de libertad de duración determinada (distinguiéndose, entre otras posibilidades, según que el delincuente haya cometido los delitos que ahora se juzgan antes o después de la condena previamente dictada) o cuando se trate de la imposición de penas privativas de libertad de duración indeterminada o de penas de multa, en combinación o no con penas de otra naturaleza

[99] Respecto del procedimiento establecido en la Guía de 2012 se pronunciaron críticamente Ashworth, A./Wasik, M., 2018, pp. 218 ss., 220 ss. y 222, precisamente por entender que, con la secuencia así formulada, se subvertiría el papel que debe corresponder al principio de totalidad como criterio determinante del modo general de proceder a la punición de las infracciones múltiples y no solo como un principio limitador de la penalidad aplicable en algunas de ellas. *Vid*., no obstante a este respecto Bottoms, A., «Exploring an Institutionalist and Post-Desert Theoretical Approach to Multiple-Offense Sentencing», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, pp. 50 s. El punto de vista de aquellos autores se relaciona con la idea (avanzada ya por Wasik, M., 2012, p. 289).de que la opción entre condenas consecutivas o concurrentes en este contexto constituye, «en su mayor parte, una cuestión de presentación (al acusado, a la víctima y al público en general) de la condena total», en la que, sin desdeñar la importancia de tal significado comunicativo, no está propiamente implicada una exigencia de proporcionalidad (así Ashworth, A./Wasik, M., 2018, p. 219). En definitiva, lo que estos autores sostienen es que ambas posibilidades son, salvo por las aludidas razones comunicativas, en gran medida intercambiables. Y, ciertamente, cabe ver de este modo las cosas, pues, materialmente, resulta indiferente que se opte por penas «consecutivas» que, sin embargo, terminan por ajustarse a la baja (reduciendo la extensión de todas o algunas de ellas para mantener globalmente su proporcionalidad) o por penas «concurrentes», pero incrementando, con el mismo propósito, la más grave de ellas en atención a la condena por los demás delitos cometidos. *Cfr.,* también en este sentido Couso Salas, J., 2021, pp. 341 s.

Tras un cuidadoso proceso de reforma [100] se ha aprobado en 2023 una nueva *Totality. Guideline*, en vigor desde el día 1 de julio del mismo año, que no modifica sin embargo sustancialmente, sino tan solo en algunas cuestiones de detalle, los principios inspiradores, las líneas generales, ni las reglas particulares de la Guía anteriormente vigente [101].

En la práctica, pues, los ordenamientos del *common law* en que se ha impuesto el llamado principio de totalidad tienden a adoptar, como claramente se percibe en las Guías para Inglaterra y Gales de 2012 y, más claramente aún, de 2023, un esquema que ya no es de simple acumulación aritmética, ni siquiera cuando las penas se imponen «consecutivamente», ni tampoco de mera absorción, aunque se apliquen de forma «concurrente» [102]. Por ello, Lippke ha podido afirmar que con la asunción de dicho principio han quedado descartados dos modelos extremos de tratamiento para los supuestos de multiplicidad delictiva: el del «consecutivismo fuerte», basado en la acumulación material de las penas individualmente aplicables a todos los delitos cometidos para su cumplimiento sucesivo, y el del «concurrentivismo fuerte» (equivalente a lo

[100] En 2021 el Sentencing Council publicó un informe acerca de la percepción que, sobre la utilidad y corrección de la Guía de 2012, tenían los jueces y magistrados encargados de su aplicación, titulado *«Exploring sentencers' views of the Sentencing Council's Totality Guideline»* (disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2021-09-17-Totality-guideline-report.pdf En 2022 se elaboró el documento (Consultation paper) *«Revisions to the Totality Guideline»* (disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Totality-consultation-FINAL.pdf), con el objetivo de efectuar una actualización de esa Guía, «sin cambiar esencialmente su contenido». Este documento fue sometido a consulta entre distintos sectores interesados o implicados en la aplicación de las directrices. Tras recibir sus observaciones se elaboró en junio de 2023 un nuevo documento titulado *«Revisions to the Totality guideline. Response to Consultation»*, que incorporaba las propuestas que el Sentencing Council había decidido asumir como propias y las razones por las que otras fueron rechazadas. Este documento está también disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/totality-response-paper-Final.pdf. Todos los documentos mencionados en esta nota y en la siguiente fueron consultados por última vez el día 3 de octubre de 2023.

[101] La *Totality Guideline* de 2023 está disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/totality/. Agradezco a Nicolás Cantard, miembro del equipo de trabajo de este proyecto, las valiosas indicaciones sobre las novedades que esta Guía contiene en relación son su antecedente de 2012. Resumidamente, las principales innovaciones por lo que aquí interesa son las siguientes. Por una parte, se han precisado los aspectos que se han de tener en cuenta en la búsqueda de la pena justa y proporcionada: mientras que las directrices del 2012 se limitaban a mencionar a este respecto el comportamiento del autor y sus condiciones personales, las de 2023 incorporan la referencia al daño y la culpabilidad globales del autor *(«overall harm and culpability»),* junto a los factores que agraven o atenúen sus circunstancias personales. Por otra parte, a la hora de decidir si se aplican penas simultáneas o consecutivas se indica la posibilidad de combinar ambas opciones cuando los delitos concurrentes sean tres o más. En tercer lugar, se señala para el caso de la imposición de penas concurrentes la posibilidad exasperar hasta cierto punto la más grave de ellas, incluso por encima del rango de pena que habría correspondido aplicar si se tratase de un supuesto de unidad delictiva. Y, por último, en las nuevas directrices se hace un especial énfasis en la necesidad de estructurar la sentencia y explicar la determinación de la condena en ella establecida de un modo que resulte comprensible al acusado, a la víctima y a los demás interesados en el caso.

[102] *Vid*., asimismo Couso Salas, J., 2021, pp. 340 ss.

que en el continente europeo denominamos absorción), en el que el responsable de una pluralidad de delitos solo ha de cumplir la pena de la infracción más grave, quedando con ella simultáneamente cumplidas las penas correspondientes a las demás infracciones. Frente a ambos modelos, el principio de totalidad impulsa soluciones intermedias, como serían la del «consecutivismo moderado», en el que el infractor ha de cumplir sucesivamente las penas de todos los delitos de los que es responsable, pero no en toda su extensión, sino con alguna rebaja de mayor o menor grado, y la del «concurrentivismo moderado», en el que la pena del delito más grave se incrementa, aunque de forma limitada y cada vez en menor medida, en atención a las penas de los restantes delitos. A juicio de Lippke, este último sistema sería el más congruente con el principio de totalidad y, por eso mismo, también el preferible, en la medida en que dicho principio pueda ser racionalmente justificado [103].

De un modo similar ha señalado Wasik que, allí donde el principio de totalidad opera, los sistemas del *common law,* aun con todas sus peculiaridades, no difieren en el fondo de lo que sucede en otros sistemas penales o, acaso, en la mayor parte de ellos [104]. Esta apreciación me parece fundamentalmente correcta y cabe incluso señalar la existencia de similitudes con lo que en la práctica sucede en sistemas mucho más formalizados, como el del Derecho alemán, en el que, pese a la minuciosa regulación del procedimiento de conformación de la pena global que el StGB establece, los tribunales tienden también a efectuar finalmente (o, a veces, como punto de partida del proceso de determinación de la pena concursal) una valoración de totalidad o de conjunto de la pena que en definitiva les parezca globalmente adecuada al caso enjuiciado y a ajustar al resultado de tal evaluación el resto de las operaciones legalmente prescritas [105]. Según hemos visto, eso es también lo que en algunas ocasiones hacen los tribunales españoles cuando las consecuencias a las que en principio conduciría la rígida «acumulación jurídica» de penas prevista en el Derecho español para el concurso real de delitos les parecen particularmente desproporcionadas.

---

[103] Lippke, R., 2011, pp. 214 ss. *Vid*., también Id., «Parsimony and the Sentencing of Multiple Offenders», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, pp. 104 ss. Una comparación de los modelos del *common law* y del Derecho continental europeo en una dirección semejante puede verse ya en Jareborg, N., 1998, pp. 132 ss.

[104] Wasik, M., 2012, p. 287.

[105] *Vid*., en este sentido ya en su momento Jescheck, H.-H., *ZStW* 67 (1955), pp. 532 s.; y Schmitt, R., *ZStW* 75 (1963), p. 56; y, ahora, Roxin, C., 2014, § 32/8.

No obstante, es necesario advertir que el principio de totalidad ha tenido una desigual acogida en los países del *common law* [106] y que, en particular, dicho principio no informa el tratamiento del concurso de delitos en los Estados Unidos de América, donde existe, por tanto, una mayor tendencia a una estricta acumulación de las penas que la que se observa en otras jurisdicciones. Jareborg llegó por ello afirmar que la acumulación de condenas constituye una «especialidad de las jurisdicciones americanas» [107]. Más recientemente, Wasik ha dado cuenta de que aún se dan con frecuencia en los tribunales estadounidenses decisiones en las que la idea de totalidad es completamente ignorada y se siguen imponiendo penas de privación de libertad que pueden alcanzar, por efecto de su acumulación, «cientos de años, muy por encima de la vida natural de cualquier persona» [108]. Y Bagaric y Alexander constatan también que los Estados Unidos representan todavía el caso más notorio, entre las jurisdicciones del *common law*, de una imposición generalizada de penas de privación de libertad a ejecutar de forma efectivamente consecutiva [109].

Lo cierto es, sin embargo, que también en los Estados Unidos de América los jueces disponen, en el marco del complejo sistema de determinación de la pena que rige tanto a nivel federal, como en el Derecho de los diferentes Esta-

---

[106] Una apretada e instructiva visión de conjunto de estas diferencias puede verse en Tonry, M., «Solving the Multiple Offense Paradox», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, p. 246. El principio de totalidad opera por ejemplo de un modo similar a como lo hace en Inglaterra en el case law y en el Derecho estatutario de los distintos territorios de Australia: vid. al respecto Lovegrove, A., 2004, pp. 120 ss.; y Bagaric, M./Alexander, T., *UNSW Law Journal*, Vol. 36(1), 2013, pp. 139 ss., 140, n. 6 y *passim*. En cambio, en Canadá el principio de totalidad *sensu stricto* solo opera, de conformidad con lo previsto en la sección 718.2(c) del Criminal Code, como un criterio corrector de la decisión del tribunal de ordenar el cumplimiento consecutivo de las penas correspondientes a una pluralidad de delitos, a fin de evitar que en tal caso que la pena acumulada termine siendo «indebidamente larga o severa». Al margen de ello, el principio general de proporcionalidad, del que el de totalidad se considera uno de sus «componentes» –así R. v. Sidwell (K. A.), 2015 MBCA 56 [16]– y «de aplicación subsidiaria» –R. v. May, 2012 ABCA 213 [7]–, puede ya previamente conducir al tribunal a ordenar que la ejecución de las penas sea concurrente, aunque eventualmente con alguna agravación, si su imposición consecutiva excedería de la que sería adecuada a la culpabilidad global del infractor. Según la jurisprudencia canadiense, constituye una razón no vinculante para que el tribunal tome en consideración esta posibilidad de imposición concurrente de las penas que los delitos hayan surgido del mismo evento o serie de eventos, particularmente si también la víctima es la misma. Sobre el régimen aplicable al concurso de delitos en el Derecho canadiense vid. en detalle Dürr, A., 2019, pp. 130 ss.

[107] Según Jareborg, N., 1998, p. 134, «las soluciones basadas en el principio de acumulación … han sido una especialidad de las jurisdicciones americanas y a veces lectores de periódicos en otros países ven con asombro que infractores [sc. en los EEUU] son condenados a cientos de años de prisión a cumplir de forma consecutiva».

[108] Wasik, M., 2012, p. 287.

[109] Bagaric, M./Alexander, T., *UNSW Law Journal*, Vol. 36(1), 2013, p. 140. Estos autores se remiten para justificar tal afirmación al estudio de Kwon, S.-R., Solter, A. e Isaac, D. M., *Cruel and Unusual: US Sentencing Practices in a Global Context*, San Francisco (University of San Francisco School of Law, Center for Law and Global Justice), 2012, pp. 36-42. En la p. 37 de este estudio se mencionan algunos casos particularmente llamativos de la tendencia a la que se hace referencia en el texto.

dos [110], de un amplio margen de arbitrio para imponer las penas de forma consecutiva o concurrente, percibiéndose incluso una preferencia por esta segunda opción, al menos cuando la condena por varios delitos se produce en el seno de un mismo proceso [111].

Por otro lado, las *Sentencing Guidelines* federales y las de los Estados prevén cada vez más frecuentemente soluciones intermedias entre la pura imposición consecutiva o concurrente de las penas. Richard S. Frase [112] se ha referido a este tipo de soluciones con el nombre de *«"concurrent plus" sentencing»* y advierte que pueden presentarse en distintas formas. Así, entre otras posibilidades, se permite a los tribunales: «(1) agregar el importe en dólares o en cantidades de drogas de múltiples delitos concurrentes, tratándolos como un delito único, pero más grave (aunque con una severidad total más baja que si los delitos fueran penados separada y consecutivamente); (2) aplicar una fórmula similar a la usada en las *U. S. federal guidelines*, bajo las que múltiples títulos de condena añaden incrementos de severidad continuamente decrecientes que llegan eventualmente a desaparecer […] [113]; o (3) imponer las penas concurrentemente, pero autorizando a añadir cada delito objeto de condena al historial criminal del infractor en la sanción de los restantes delitos» [114].

A fin de evitar que la discrecionalidad característica del sistema de determinación de la pena vigente en los Estados Unidos de América desemboque en «dramáticas disparidades en la punición de casos similares», el propio Frase ha abogado por el establecimiento de estándares adicionales para el tratamiento por los tribunales de la concurrencia de múltiples delitos. En su influyente obra de 2013 «Just Sentencing», este autor propuso partir de una presunción general favorable a la imposición de penas de ejecución simultánea o concurrente (en su caso, en la forma «concurrent-plus»), presunción que en supues-

[110] *Cfr.,* ampliamente Dürr, A., 2019, pp. 186 ss.

[111] Así, por ejemplo, en el Título 18 del Código de los Estados Unidos se establece que «[s]i se imponen varias penas de prisión a un acusado al mismo tiempo, o si se impone una pena de prisión a un acusado que ya está sujeto a una pena de prisión aún no extinguida, las penas pueden discurrir simultánea o consecutivamente […]. Varias penas de prisión impuestas al mismo tiempo se ejecutan simultáneamente a menos que el tribunal o la ley ordenen que las penas se ejecuten consecutivamente. Varias penas de prisión impuestas en diferentes momentos se ejecutan consecutivamente, a menos que el tribunal ordene que las penas se ejecuten de forma simultánea» [18 U. S. Code § 3584(a)].

[112] *Vid*., Frase, R., 2013, pp. 204 s. *Cfr.,* también Id., «Principle and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, pp. 205 s.

[113] Frase se refiere aquí especialmente a las reglas establecidas en USSG § 3 D (Multiple Counts), para la fijación del nivel de gravedad individual y combinado de los delitos concurrentes, y USSG § 5 G, para la determinación de la pena global *(total punishment)* correspondiente.

[114] Este último es el criterio establecido en algunas *Sentencing Guidelines* estatales (Frase, R., 2013, p. 205, cita en esta línea las de Minnesota y Washington). Acerca de otras tendencias en el Derecho positivo particular de los Estados norteamericanos, vid. Dürr, A., 2019, pp. 198 ss.

tos excepcionales podría ser derrotada si el tribunal motivadamente justificase tanto el merecimiento como la necesidad de que las penas se cumplan de un modo total o parcialmente consecutivo [115]. No obstante, salvo en presencia de circunstancias verdaderamente extraordinarias, la pena total aplicable en razón de la imposición de penas de ejecución consecutiva no debería exceder del doble de la pena máxima permitida para la infracción más grave [116].

Por su parte, el Código Penal Modelo *(Model Penal Code*, en adelante MPC) elaborado por el American Law Institute ha dado pasos también en esa dirección. En su redacción original, de 1962, dicho Código contenía en su sección 7.06 *(«Multiple Sentences; Concurrent and Consecutive Terms»)* solamente algunas previsiones relativas a la imposición de penas privativas de libertad por una pluralidad de delitos en el mismo o en diferentes procesos, en las que remitía a la discreción de los tribunales la decisión acerca de su cumplimiento simultáneo o sucesivo. En la versión revisada del MPC, aprobada en 2007, se añadió a tales previsiones, como ya habían hecho las *Sentencing Guidelines* de algunos Estados, una «fuerte presunción» en contra de la imposición de penas de cumplimiento consecutivo que excedan del doble del máximo de la pena que quepa imponer por el delito concurrente más grave [117].

En mayo de 2017 se aprobó por los miembros del *American Law Institute* el proyecto de *Model Penal Code: Sentencing* (MPCS) en el que se ha dado una nueva redacción a las disposiciones del MPC de 1962 (y de 2007) en materia de determinación de la pena, con el propósito de introducir un mayor grado de equidad y transparencia en los sistemas vigentes y ofrecer asesoramiento a los legisladores estatales para su modernización y reforma, todo ello en un contexto de fuerte expansión de las sanciones penales y, en particular, de encarcelamiento masivo, muy diferente del existente en los años 60 del siglo pasado [118].

---

[115] Frase, R., 2013, pp. 203 ss. y 206 ss. En su opinión, por ejemplo, una punición consecutiva debería estar sólo excepcionalmente permitida cuando la pluralidad de delitos surja de un único incidente («a single behavior incident») en el que el número de delitos objeto de condenas separadas dependa de circunstancias que quedan completamente al margen del control del infractor (como sería el caso de haberse producido tres homicidios por imprudencia grave en la conducción de un vehículo), mientras que, a la inversa, la imposición de penas consecutivas resultaría tan merecida como justificada por razones utilitarias, cuando se tratase de crímenes violentos cometidos intencionalmente o en incidentes separados *(ibídem,* pp. 207 s.)

[116] Frase, R., 2013, pp. 203 y 206. *Vid*., las cinco propuestas que para mejorar el sistema de determinación de la pena por múltiples delitos vigente actualmente en los Estados Unidos formula Frase, R., 2018, pp. 199 ss.

[117] *Cfr.,* Frase, R., 2013, p. 206.

[118] Sobre el contenido, el propósito y el significado general del MPCS, así como acerca del contexto en que fue elaborado, vid. Reitz, K./Klingele, C., «Model Penal Code: Sentencing. Workable Limits on Mass Punishment», *48 Crime & Just* (2019), pp. 255 ss.

En el § 6B.08 *(«Multiple Sentences; Concurrent and Consecutive Terms»)* del MPCS [119] se mantiene la previsión de que en las *Sentencing Guidelines* que en adelante se dicten se debería establecer una «fuerte presunción» en contra de que la extensión total de las penas que se impongan para su cumplimiento consecutivo exceda del doble del máximo indicado para el delito más grave por el que el infractor sea condenado [120], pero se propone además que se establezca también una presunción general «en favor de la aplicación de penas concurrentes» [121], así como que se requiera en tal caso al tribunal que, al imponer al acusado la pena del delito más grave, tenga en cuenta la existencia de los restantes delitos que son igualmente objeto de la condena [122].

En el comentario a esta sección del MPCS se efectúan, por lo demás, algunas consideraciones sumamente interesantes para el tema que nos ocupa. En ellas se viene a constatar que, aunque no existe un consenso completo acerca de cómo deberían tratar los tribunales estos casos, hay un amplio acuerdo en que un sujeto que sea hallado responsable de dos o tres delitos de la misma o semejante índole no debería recibir en general un castigo «simplistamente aditivo» de dos o tres veces la penalidad que habría correspondido a cada uno de esos delitos y en que la solución para estos casos se ha de hallar en algún espacio intermedio entre el extremo de proceder a esa simple acumulación de las penas y el de no efectuar incremento punitivo alguno pese a que la condena sea por más de un delito. Según los autores de este comentario, la presunción en favor de la imposición de penas concurrentes prevista en la subsección (2) del § 6B.08 del MPCS se basa en la idea, avalada por la praxis, de que en la mayor parte de los casos es posible alcanzar una pena proporcionada a la gravedad de todos los delitos que son objeto de la condena dentro del rango máximo de la penalidad prevista para el delito más grave. Sin embargo, con tal previsión no se pretende excluir por completo que se puedan imponer varias penas para su cumplimiento sucesivo, sino garantizar que ello sólo suceda cuando el tribunal tenga razones que fundamenten materialmente tal decisión y las haga explícitas, de modo que puedan ser a su vez objeto de una revisión posterior [123]. Por

[119] Este § 6B.08 MPCS complementa las previsiones establecidas en la sección 7.06 MPC, que figuran en el Anexo D del MPCS, con una redacción revisada y una numeración diferente, ahora como sección 7.04 (*Sentences upon Multiple Convictions):* vid. American Law Institute (ed.), 2017, *Model Penal Code: Sentencing, Proposed Final Draft,* Philadelphia (ALI), 2017 (aprobado el 24 de mayo), p. 670.

[120] American Law Institute (ed.), 2017, § 6B.08(7), p. 380. Sobre esta recomendación y su propia propuesta en tal sentido, vid. Frase R., 2018, p. 204.

[121] American Law Institute (ed.), 2017, § 6B.08(2), p. 379. Sobre esta recomendación incluida en el MPC revisado en 2017 por el ALI y coincidente también con la que este mismo autor viene proponiendo desde hace tiempo, vid. Frase R., 2018, p. 200.

[122] American Law Institute (ed.), 2017, § 6B.08(3), pp. 379 s.

[123] American Law Institute (ed.), 2017, § 6B.08, *Comment*, sub b), pp. 381 s.

otra parte, en el citado comentario se aclara que la presunción general favorable a la imposición de penas concurrentes puede ir acompañada, según lo dispuesto en la subsección (3), de previsiones que permitan realizar «ajustes apropiados en la severidad de las penas para tener en cuenta los múltiples actos delictivos del infractor». La forma en que tales ajustes tengan lugar queda calculadamente abierta, pero el principio general a observar es que las infracciones adicionales no salgan completamente «gratis», debiéndose por tanto disponer para ellas «alguna» penalidad adicional [124].

5. ¿Están justificados los «descuentos» o las «rebajas» punitivas que comporta la eliminación del criterio de acumulación aritmética o material como presupuesto básico de la regulación del concurso de delitos? Una referencia a la discusión más reciente, particularmente en el ámbito angloamericano

La propuesta de eliminar el criterio de acumulación aritmética como solución básica o por defecto para el tratamiento del concurso de delitos, que, en línea –según hemos visto–con las tendencias actualmente dominantes en el Derecho comparado, aquí vamos a efectuar, ha de seguir enfrentándose no obstante a aquella «lógica abstracta» a la que se refiriese Pacheco y que podría resumirse en la idea, aparentemente cargada de «sentido común», de que quien ha cometido un delito por el que merece, conforme a la ley, una determinada pena, no debería recibir por ese delito una pena menor porque haya cometido además otro u otros delitos de los que sea igualmente responsable [125]. Puesto que lo mismo cabría decir respecto de todos y cada uno de los delitos por él cometidos, parecería pues que la regla general de tratamiento del concurso no podría ser otra que la de la acumulación de todas las penas individualmente les correspondan *(tot poenae quot delicta)* y que cualquier desviación de tal regla implicaría la concesión de «rebajas» o «descuentos punitivos» en sí mismos «inmerecidos» y necesitados, por tanto, de alguna justificación especial.

Es este, como vimos, el punto de vista asumido entre nosotros por González Rus cuando propuso que el tratamiento del concurso de delitos se siga

[124] American Law Institute (ed.), 2017, § 6B.08, *Comment*, sub c), p. 382.

[125] Como recuerda Couso Salas, J., 2021, p. 337, ya Maggiore había expresado esta comprensión «de sentido común» favorable a la acumulación aritmética de las penas en los casos de concurso real de delitos argumentando que con ella «se evita el absurdo de convertir una multiplicidad de acciones criminales en una circunstancia de atenuación de la pena». Acerca de la aparente lógica encerrada en este argumento vid. también, entre nosotros, Sanz Morán, A. J., 1986, p. 28.

ateniendo a la regla general de acumulación material, justificada a su juicio en consideraciones tanto retributivas como de prevención general, y que esa regla simplemente sea corregida en cuanto a los límites máximos de ejecución de las penas así acumuladas, como una concesión a la prevención especial, a fin de evitar que un tiempo de cumplimiento excesivo desde este punto de vista impida la resocialización del condenado [126].

Como pudimos también comprobar, otros autores han sostenido a lo largo el tiempo una opinión muy diferente. Cabe recordar nuevamente el caso de Pacheco, quien a pesar de admitir que el criterio de la acumulación material parecería estar, «abstracta y generalmente considerado», fundado en la «lógica», sostuvo que el legislador español debería haber prescindido de un criterio tan «rígido» y optado por otro que, en la terminología actual, llamaríamos de asperación; siendo quizá lo más llamativo de todo que Pacheco justificase tal preferencia apelando precisamente al «buen sentido», a la «prudencia», la «moderación», la «suavidad» y la «oportunidad prácticas»; que llamase a evitar la «exageración» en el castigo que podría suponer la adición de las penas; y que adujese además otros argumentos que siguen pereciéndonos hoy muy «modernos», como el de que el cumplimiento sucesivo de las penas correspondientes a una pluralidad de delitos «tal vez de una misma especie, tal vez de los que solo son consecuencia de una misma disposición de ánimo», podría dar lugar a «una penalidad perpetua de hecho y de seguro superior a la que merecerían los autores de un crimen más grave» [127].

Las razones ofrecidas por Pacheco contra el principio de acumulación así como las originales fórmulas que propuso para evitar su aplicación (que *de lege lata* consistían en la ejecución simultánea de las penas –incluso de las privativas de libertad impuestas a un mismo sujeto por una pluralidad de deli-

[126] González Rus, J. J., 2000, p. 998. Una posición aún más radicalmente favorable al criterio de acumulación material como principio general del concurso de delitos se encuentra en la insólita propuesta de Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de política criminal. Tomo III. Proyecto alternativo de Código penal español*, Barcelona (J. M, Bosch Editor). 2007, pp. 75 s. en cuyo artículo 74.2 se propone la aplicación de tal criterio a todos los casos del «concurso de infracciones» (comprensivo tanto de lo que en general se designa como concurso real de delitos como del concurso ideal) sin más límite a la acumulación de las penas de todos los delitos concurrentes que el de los máximos establecidos en esa misma propuesta para cada clase de pena. Según ese artículo 74.2 del «Proyecto Alternativo» de este autor: «El concurso de infracciones se resolverá aplicando todos los preceptos infringidos por cada realidad fáctica, y sumándose aritméticamente las penas cuando sean de la misma naturaleza. En estos casos, la suma resultante no podrá exceder del límite máximo genérico previsto para las penas privativas de libertad y privativas de otros derechos conforme a los artículos 58.2 y 59.2 de este Código». Hay que tener en cuenta que, según los artículos 61.2 y 62.2 del mencionado «Proyecto Alternativo» (¡no los artículos 58.2 y 59.2 que por error se citan!), «la prisión tendrá una duración mínima de un mes y una máxima de cuarenta años» y «las penas privativas de derechos tendrán una duración mínima de un mes y una máxima de cuarenta años».

[127] *Cfr.,* Pacheco, J. F., 1867 (reimpresión de 2000), pp.409 ss.

tos) cayeron durante mucho tiempo en el olvido [128], pero siguen teniendo interés en la actualidad y muestran una llamativa similitud con muchos de los argumentos que se han seguido aduciendo en la discusión más reciente sobre la justificación de «descuentos de pena» en las hipótesis de concurso de delitos.

Como enseguida veremos, esa discusión ha tenido lugar especialmente en el ámbito angloamericano. En Alemania no ha habido, en cambio, un debate tan intenso y ello se explica por el hecho de que en ese país quedó pronto excluido el criterio de acumulación material como principio básico del tratamiento punitivo del concurso de delitos. Dicho criterio, según se expuso en el excurso sobre el Derecho comparado, fue tempranamente desplazado, también para el caso del concurso real de delitos, por un régimen de tratamiento (en ese caso, el de la pena global) que explícitamente se basaba en la idea, expresada por Mittermaier en sus anotaciones a la edición del Tratado de Feuerbach de 1847, de que «la suma de todas las penas privativas de libertad en que hubiese incurrido el sujeto sería injusta, porque por la adición de todos los padecimientos merecidos por él en diferentes momentos aumentaría la intensidad del mal que penalmente se le inflige no en una progresión aritmética, sino geométrica» [129].

Aquella idea fue acogida en la motivación de los proyectos oficiales que dieron lugar a la actual regulación de los concursos en Alemania y aún hoy sigue siendo asumida por amplios sectores de la doctrina de ese país [130]. Y el hecho de que la justificación señalada no sea unánimemente admitida no ha cambiado sustancialmente las cosas, pues como advierte Sanz Morán de todos modos «el principio de acumulación material de penas como punto de partida

---

[128] Couso Salas, J., 2021, pp. 331 ss., ha recordado sin embargo la posición de Pacheco, así como el tratamiento del concurso de delitos en los países del *common law*, como antecedentes de su propia propuesta, respecto del Derecho chileno, de permitir ya *de lege lata* el cumplimiento simultáneo o «concurrente» de una pluralidad de penas privativas de libertad impuestas por un concurso real de delitos.

[129] Feuerbach, J. A. von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von C. J. A. Mittermaier, Giessen (Georg Friedrich Heyer's Verlag), 1847, p. 216 (Anotación IV). El penalista argentino Sebastián Soler, remitiéndose a una intuición que había explicitado ya el austriaco Jenull, resumió de este modo el mecanismo psicológico que, a su juicio, podría hallarse en la base de esa idea de la progresión geométrica del sufrimiento penal: «Si todos los males que uno debe soportar en el curso de toda la vida le alcanzaran de un solo golpe, seguramente que a ellos sucumbiría; solo cuando le alcanzan sucesivamente está en situación de soportarlos todos. Por eso la misma cantidad de mal debe considerarse mayor, cuando viene de un solo golpe que cuando se presenta interrumpidamente» (Soler, S., Derecho Penal Argentino II, 10.ª reimpresión total, Buenos Aires: TEA, 1992, p. 363).

[130] Así, entre otros, LK-Rissing-van Saan, 2020, § 53, núm. marg. 2; y Sternberg-Lieben, D./Nikolaus Bosch, N. en Eser, *et al.* (eds.), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30.ª ed., Munich (C. H. Beck), 2019, Comentarios previos a los §§ 52 ss., núm. marg. 4. *Vid*., otras referencias en El-Ghazi, M., 2020, p. 19, núm. 27.

para la concurrencia delictiva aparece totalmente descartado en la doctrina alemana» [131].

Ciertamente hay muchos autores que consideran que la razón aducida por Mittermaier constituye una simple «especulación», carente de cualquier demostración empírica [132]. Por otra parte también se ha apuntado que un eventual incremento de la aflictividad de las penas de prisión por su acumulación ininterrumpida podría quedar compensado por la habituación al sufrimiento que el paso del tiempo frecuentemente trae consigo [133]. Además, muchos consideran que es también muy discutible un segundo argumento empleado a menudo en Alemania contra el criterio de la acumulación aritmética y estrechamente relacionado con el anterior: el de que tal acumulación vendría a comprometer el carácter temporal de las penas privativas de libertad, hasta el punto de convertirlas en potencialmente perpetuas respecto de delitos para los que la pena de prisión no está prevista con ese carácter. A este argumento se objeta que no alcanza a las penas de otra naturaleza, ni tampoco a las penas privativas de libertad en tanto se impongan dentro de límites temporales suficientemente alejados de cualquier nota de perpetuidad [134]. Y es patente, por último, que los reparos hasta aquí aducidos contra el principio de acumulación presentan en todo caso una común debilidad y es que, aunque estuviesen materialmente fundados, tampoco se hallarían específicamente limitados a la acumulación de las penas que se produce en las hipótesis propiamente concursales, sino que afectarían igualmente a otros casos en los que ni siquiera es posible plantear la aplicación de las reglas del concurso de delitos, por faltar el requisito temporal que, también en el Derecho alemán, se exige a tal efecto: el de que entre los hechos constitutivos de los delitos en cuestión no medie la cesura de una sentencia condenatoria por alguno de ellos.

Sin embargo, como ya se ha avanzado, nada de esto impide que en la doctrina alemana se haya consolidado una opinión radicalmente contraria al

---

[131] Sanz Morán, A. J., 1986, p. 28, n. 30.

[132] Así, entre otros, Geerds, F., *Zur Lehre von der Konkurrenzen im Strafrecht*, Hamburgo (Hansischer Gildenverlag, Joachim Hettmann & Co.), 1961, p. 455; Jakobs, G., 1993, 33/14; Bohnert, J., «Warum Gesamtstrafenbildung?«, *ZStW* 105 (1993), pp. 846, 847 ss.; Erb, V., *ZStW*, 117 (2005), pp. 51 s.; Frister, H., en Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U., *Nomos Kommentar (NK) StGB*, t. 1, 5.ª ed., Baden-Baden (Nomos), 2017, § 53, núm. marg. 2; y MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 2020, § 53, núm. marg. 6

[133] *Vid*., en este sentido ya Jescheck, H.-H., *ZStW* 67 (1955), p. 530;. Ambas consideraciones contra el argumento de la progresión geométrica se hallan también extendidas fuera de Alemania: cfr. por lo que a la doctrina española se refiere ya Antón Oneca, J., 1949, p. 473; y Sanz Morán, A. J., 1986, p. 26, con otras referencias.

[134] Sobre el mencionado argumento y su crítica vid. nuevamente Jakobs, G., 1993, 33/14; y NK- Frister, H., 2017, § 53, núm. marg. 2.

criterio de acumulación material como principio básico del tratamiento del concurso de delitos. De este modo, ni siquiera el sector de la doctrina alemana que se muestra más crítico con los referidos argumentos [135] considera por ello injustificada o inmerecida la «rebaja por cantidad» *(«Mengenrabatt», «Strafrabatt bei Mehrbezug»)* [136] que trae consigo la renuncia en el StGB a dicho principio. Muy al contrario, también desde ese sector doctrinal se valoran en general positivamente esa renuncia y las «rebajas» de penas que la misma conlleva por razones diferentes [137].

Erb, por ejemplo, justifica su propia valoración positiva de dicha renuncia en consideraciones pragmáticas. A su juicio, el «aspecto decisivo» a tomar en cuenta sería «la limitada duración de la vida humana», que hace que sea también limitada la posibilidad de extender la duración de las penas privativas de libertad en las hipótesis concursales [138]. Otros autores consideran más relevantes en cambio ciertas consideraciones normativas referidas a la función de la pena y, más concretamente, a la constatación de que para una eficaz prevención del delito en las hipótesis concursales no sería necesaria la acumulación de todas las penas correspondientes a los delitos cometidos por un mismo sujeto. Así, desde una visión preventivo general positiva de la pena se ha sostenido reiteradamente que para que la sanción penal cumpla adecuadamente su función de reafirmar la vigencia de las normas y el orden jurídico infringidos no es preciso que se acumule sobre el infractor el sufrimiento correspondiente a las penas de cada uno de los delitos concurrentes, sino que basta con que la pena que globalmente se le imponga exprese la desaprobación que en conjunto merecen los hechos delictivos por él cometidos [139].

---

[135] O con otros argumentos frecuentemente aducidos en el mismo sentido, como el de la menor culpabilidad que supuestamente mostraría quien cometa sucesivamente una pluralidad de delitos sin mediar entre ellos sentencia condenatoria por los anteriores: cfr., por ejemplo, en contra de tal suposición Bohnert, J., *ZStW* 105 (1993), pp. 851 s.; Erb, V., *ZStW* 117 (2005), p. 51; y NK- Frister, H., 2017, § 53, núm. marg. 3.

[136] La expresión «rebaja de pena por cantidad» *(«Strafrabatt bei Mehrbezug»)* se remonta al menos a un artículo de Dohna fechado en 1910: vid. al respecto Jescheck, H.-H., *ZStW* 67 (1955), p. 530. Como advirtiera Antón Oneca, J., 1949, p. 473, ya Enrico Ferri había calificado incluso la moderación de la pena derivada de la regla de acumulación jurídica como una «rebaja a los delincuentes que delinquen al por mayor».

[137] La única excepción podría ser la de Bohnert, J., *ZStW* 105 (1993), pp. 859 ss., quien no encontraba ningún fundamento normativo para estas rebajas de pena (tampoco en los casos de concurso ideal) y solo ofrecía para ellas una explicación puramente psicológica: la tendencia natural de los seres humanos a ver las cosas de forma comparativa o en perspectiva.

[138] Erb, V., *ZStW* 117 (2005), pp. 51 s.

[139] Así ya Jakobs, G., 1993, 33/14. En este sentido se pronuncian también Deiters, M., *Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit. Studien zur Ratio der §§ 52-55 StGB*, Baden-Baden (Nomos), 1999, pp. 32 ss., 38 ss. y 60 ss.; NK- Frister, H., 2017, § 53, núm. marg. 5 s.; y MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 2020, § 53, núm. marg. 6.

Con unos u otros argumentos, se entiende pues, de forma prácticamente unánime en Alemania, que no solo es oportuno, sino que está también racionalmente justificado prescindir, como ha hecho el legislador de ese país, de la acumulación de las penas como principio general del tratamiento punitivo del concurso de delitos.

Aunque con una mayor disparidad de opiniones, a una conclusión parecida se ha terminado por llegar generalmente también tras el prolijo e intenso debate suscitado a este respecto en los ordenamientos del *common law*. Un debate en el que ha jugado un papel muy importante lo que se ha dado en llamar «la paradoja de los delitos múltiples» *(«multiple-offense»* o *«multiple-conviction paradox»).*

Esta paradoja se refiere al diferente tratamiento que también en esos ordenamientos jurídicos se asigna, según vimos en su momento, a la punición de un mismo sujeto por idénticos delitos según que estos se penen conjunta o «simultáneamente» (esto es, en uno o varios procedimientos cronológicamente conexos, por corresponder a un conjunto de hechos delictivos respecto de los que no exista una previa condena) o se sancionen «secuencialmente», como delitos completamente separados o independientes.

La paradoja aludida estriba en que quienes son condenados «simultáneamente» (en el mismo procedimiento o en otro temporalmente conexo) por varios delitos (a los que se denomina *«simultaneous offenders»* o, sin más precisión, *«multiple offenders»),* reciben muy a menudo en dichos ordenamientos –por alguna las vías expuestas al examinar desde una perspectiva comparada el tratamiento de los concursos de delitos en el *common law*– lo que se han dado en llamar «descuentos por cantidad» *(«bulk discounts»* [140]) en las penas correspondientes a tales delitos, respecto del monto total de pena que resultaría de sumar todas esas penalidades individualmente consideradas; en cambio, a quienes son condenados separada o «secuencialmente» por esos mismos delitos *(«sequential»* o *«serial offenders»* en esa misma terminología) no se les aplica prácticamente nunca «descuento» alguno: lo que sucede es más bien que esos infractores reincidentes o reiterados suelen recibir, por el contrario,

[140] Según señalan Roberts, J. V./de Keijser, J. W., «Sentencing the Multiple Conviction Offender. Diminished Culpability for Related Criminal Conduct», en Ryberg, J./Roberts, J. V./de Keijser, J. W. (eds.), 2018, p. 137, el nombre de *«bulk discounts»* fue empleado por primera vez en este contexto por Ashworth, A., *Sentencing and Penal Policy*, Londres (Weidenfeld and Nicolson), 1983, p. 260. Como se ha indicado *supra* en n. 136, una terminología similar se había utilizado ya en Italia y Alemania mucho tiempo antes.

un tratamiento agravado *(«recidivist premium»*, *«prior record enhancement»),* en atención precisamente a su historial o a sus antecedentes delictivos [141].

Puesto que el efecto que produce la reiteración delictiva es muy variable de unas jurisdicciones a otras [142] y que, aun sin él, también se da, aunque sea en un grado menor, la paradoja de los delitos múltiples, dejaremos en lo sucesivo al margen de nuestra consideración la cuestión de la agravación de la pena por reincidencia y la de su eventual justificación.

Tonry ha explicado de un modo muy preciso el contexto en el que se ha desarrollado el debate sobre esos *«bulk discounts»* en el ámbito angloamericano [143]. Como advierte este autor, en los últimos decenios las concepciones retributivas de la pena habían conseguido imponerse claramente a las concepciones consecuencialistas, a las que se censuraba haber propiciado la generalizada existencia de sistemas de punición del delito caracterizados por altas dosis de indeterminación, arbitrariedad y desigualdad en su aplicación. Frente a tales inconvenientes, el retributivismo, orientado a la idea del merecimiento, prometía ofrecer soluciones más justas, precisas e igualitarias, pero lo cierto es que la implementación práctica del enfoque retributivo ha venido a dar un impulso más a la tendencia siempre presente en los países de habla inglesa y particularmente en los Estados Unidos de América hacia la imposición de penas muy altas, con límites mínimos obligatorios y otros criterios de determinación de la pena de mecánica y desproporcionada severidad, cada vez más cuestionados. Como señala Tonry, este cuestionamiento ha terminado por extenderse al propio paradigma retributivo en el que pretendía basarse y ello se ha hecho especialmente perceptible en el debate sobre la justificación de los llamados *«bulk discounts»*, pues en él se observa una inclinación muy mayoritaria a defender tratamientos punitivos claramente divergentes de los que un estricto planteamiento retributivo parecería requerir.

---

[141] Exponen con particular claridad los términos de esta paradoja Frase, R., 2018, pp. 189 ss.; Ashworth, A./Wasik, M., 2018, p. 221; y Tonry, M., 2018, p. 241. *Vid*., también el breve estudio introductorio de Roberts, J. V./Ryberg, J./de Keijser, J. W., 2018, pp. 1 ss. y 5 ss., a la obra colectiva en que se encuentran los tres ensayos antes citados; y ya anteriormente Jareborg, N., 1998, p. 129. La terminología empleada es variada y, en muchos aspectos, confusa, como lo es en parte también el tratamiento de estos casos en los ordenamientos del *common law*. La distinción entre *«simultaneous»* y *«sequential offenders»* (u *«offenses»)* es la propuesta por Frase, R., 2018, pp. 189 ss. y 193 ss.

[142] Tonry, M., 2018, pp. 243 ss., refiere que en los Estados Unidos la existencia de condenas precedentes puede incrementar la pena, según las *sentencing guidelines* estatales, dentro de un rango que va desde 1,7 veces en el Distrito de Columbia hasta 14,4 veces en el Estado de Kansas, mientras que en otros países de habla inglesa en los que opera el principio de totalidad las diferencias son significativamente menores.

[143] *Cfr.,* en relación con lo que a continuación se expone en el texto Tonry, M., 2018, p. 259.

El debate sobre los llamados descuentos o rebajas por cantidad está pues fuertemente condicionado en el mundo anglosajón por una discusión transversal entre principialismo y consecuencialismo y, más concretamente, entre orientaciones retributivas y preventivas del castigo, cuyo interés es significativamente menor cuando se observa desde el continente europeo y, en particular, desde nuestro país, donde predominan ampliamente concepciones preventivas o mixtas de la pena. Por este motivo, sin dejar de hacer alguna referencia a esa cuestión transversal, nos ocuparemos aquí de identificar las concretas razones materiales que se aducen en favor de aquellos «descuentos», así como los argumentos que se han opuesto a tales razones, y no tanto si tales razones y argumentos son más o menos consistentes con la lógica de la retribución o del «merecimiento».

Un argumento muy habitualmente manejado en la discusión anglosajona a favor de la renuncia a una acumulación aritmética de las penas en los supuestos de condena por una multiplicidad de delitos es el de que, teniendo en cuenta la limitada duración de la vida humana, tal renuncia permitiría evitar que la pena agregada impida u obstaculice de forma indebida razonables expectativas de rehabilitación y reforma del reo. El propio Thomas había tenido en cuenta este propósito en su formulación del «principio de totalidad»: la acumulación de penas infringiría dicho principio «cuando tenga como efecto imponer al infractor 'una pena devastadora' *('a crushing sentence')* que no esté en consonancia con su historial delictivo, ni con sus perspectivas de comportamiento futuro» [144]. Es evidente que este argumento, que muestra claros puntos de contacto con alguno de los que según hemos visto se manejan también en Alemania, se halla particularmente distante de un planteamiento puramente retributivo de la pena [145], pues expresamente se remite a consideraciones ajenas al merecimiento [146], bien de carácter preventivo-especial o bien basadas en la

[144] Thomas, D., 1979, pp. 56 y 57 s.

[145] Jareborg, N., 1998, p. 137, descarta por este motivo considerar en detalle esta primera línea de justificación de *bulk discounts*, dado que el objeto de su estudio es precisamente examinar la compatibilidad de los descuentos por cantidad o volumen con una concepción retributiva de la pena. También Hoskins, Z., «Multiple-Offense Sentencing Discounts. Score One for Hybrid Accounts of Punishment», en Ryberg, J./Roberts, J. V./de Keijser, J. W. (eds.), 2018, p. Tonry, M., 2018, p. 248 señala que el argumento del efecto devastador de las penas acumuladas se puede hacer valer en el marco de teorías consecuencialistas o mixtas, pero no en el de una teoría puramente retributiva de la pena.

[146] Al menos en su concepción habitual, pues como acertadamente señala Hoskins, Z., 2018, pp. 76 ss. [remitiéndose a Falls, M. M., «Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons», *Law and Philosophy* 6 (1), 1987, pp. 38 ss. y 40], hay un sentido en el que cabe afirmar que ninguna persona «merece» gastar toda o una gran parte de su vida bajo el yugo del castigo estatal, sin importar cuántos y cuán graves hayan sido los delitos que pudiera haber cometido. Ese sentido no es evidentemente el del merecimiento al que uno se ha hecho acreedor o que uno se ha «ganado» por lo que ha hecho, característico del pensamiento retri-

piedad, compasión o clemencia *(«mercy»)* hacia el condenado [147]. Ashworth y Wasik han señalado que consideraciones de esta clase son desde luego relevantes en este contexto porque las penas de cumplimiento consecutivo fácilmente pueden derivar, al menos si operan sin restricciones, en castigos que alcancen prácticamente la totalidad del tiempo que al infractor quede por vivir o que, de un modo irracional, tengan incluso una duración superior a la que ese límite natural representa. Por ello y también por respeto a su dignidad como persona, la condena impuesta a un infractor debería ser una que pueda cumplir durante el tiempo de vida y debería quedar sujeta además, en cualquier caso, a plazos de revisión adecuados, en congruencia con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los casos Vinter c. el Reino Unido de 2013 y Hutchinson c. el Reino Unido de 2015 para las penas de privación perpetua de libertad. Pero, precisamente por ello, como estos autores acertadamente señalan, esas consideraciones no afectarían exclusivamente a las penas que se impongan en hipótesis de concurso de delitos, ya que habrían de tenerse en cuenta también, independientemente de ese contexto, respecto de cualquier pena o conjunto de penas que, por implicar una sustancial privación de libertad, pudiese llegar a tener esos mismos efectos para el sujeto condenado a sufrirla [148].

Una segunda línea de justificación para ciertos descuentos punitivos en caso de comisión concurrente o «simultánea» de una pluralidad de delitos respecto de la punición que correspondería por esos mismos delitos si se hubiesen cometido de forma «secuencial» o «sucesiva», pretende situarse en el plano de la culpabilidad. En esta segunda línea se inscribe la propuesta de Roberts y de Keijser, para quienes el concepto clave para la justificación de *«bulk discounts»* en aquellos casos sería el de la conexión o relación *(«relatedness»)* entre los delitos cometidos, que podría manifestarse en tres aspectos o «dimensiones»

butivo, sino el del merecimiento por la propia condición de persona moral, esto es, el «merecimiento no ganado» *(«unearned desert»)* del que hablara Margaret Falls.

[147] *Vid.*, en este sentido ya Wells, M., 1992, pp. 38, 44 ss. y 48 ss.; y, más recientemente, Bottoms, A., 2018, p. 46, quien propone distinguir dos posibles propósitos de la clemencia («mercy») en este ámbito: de una parte, minimizar los efectos potencialmente devastadores del encarcelamiento sobre el reo; de otro, maximizar sus perspectivas de rehabilitación. A su juicio la conveniencia de esa distinción radica en que los objetivos de rehabilitación del penado pueden ser relevantes incluso respecto de penas que no se presten fácilmente a ser consideradas en sí mismas como «devastadoras». Acerca de la dificultad de identificar qué penas tienen ese carácter y del dudoso papel que corresponde al «proteico concepto» de clemencia en este contexto vid, sin embargo, Tonry, M., 2018, pp. 248 s. y 250.

[148] *Cfr.,* Ashworth, A./Wasik, M., 2018, pp. 213 s. También Hoskins, Z., 2018, p. 78, advierte que «si nadie merece ser sometido a castigo por un tiempo demasiado largo de su vida, no está claro por qué esto debería constituir un límite solamente para aquellos que son castigados por múltiples delitos a la vez […] pero no para aquellos que cometen el mismo número de delitos igualmente graves y son condenados y penados entre cada uno de ellos».

diferentes: ante todo en la contigüidad temporal, por cometerse en un mismo episodio o «incidente» (un supuesto al que tradicionalmente el Derecho angloamericano dispensa un tratamiento privilegiado a través de la llamada *«single transaction rule»),* pero también en su conexión causal o en la similitud de sus respectivos contenidos delictivos [149]. Esa relación entre los distintos delitos podría ser, por lo demás, de menor o mayor grado, dentro de un amplio rango que iría desde la existencia una total desconexión o independencia hasta la constatación de una relación de completa conexión entre ellos. En opinión de los citados autores, el infractor debería recibir en todo caso un pena base o de partida *(«baseline sentence»),* coincidente con la que sería adecuada al delito más grave, y a ella se debería agregar alguna fracción de la pena acumulada correspondiente a los restantes delitos relacionados. Tal fracción sería variable en función del grado de relación existente entre ellos, aplicándose en consecuencia en cada caso el «coeficiente de ajuste» adecuado al grado de relación apreciado [150]. El fundamento último de esos ajustes se hallaría, en su opinión, en un «solapamiento de la culpabilidad» del sujeto por una pluralidad de delitos temporal, causal o sustancialmente relacionados, de modo que, al haber sido cometidos en un «estado mental culpable» de carácter unitario o continuado, adscribir una culpabilidad separada por cada uno de ellos entrañaría hasta cierto punto una forma de *bis in idem («double-counting»)* [151].

El planteamiento de Roberts y de Keijser está aquejado de cierta circularidad, pues estos autores definen los «delitos relacionados» como aquellos «cuya culpabilidad se solapa, en lugar de tratarse de culpabilidades discretas que debieran sumarse» [152]. Además es notablemente confuso el concepto de culpabilidad en el que este punto de vista pretende basarse. Ciertamente cabe considerar correctas tanto la suposición de que el daño y la culpabilidad constituyen elementos del merecimiento de pena distintos e independientes el uno del otro, como la de que el daño total correspondiente a una serie de delitos viene en principio a coincidir con la suma de los daños que cada uno individualmente haya causado, pero es mucho más discutible una tercera suposición de estos autores: la de que «bajo ciertas circunstancias (sc. de relación temporal, causal o de similitud de contenido entre los delitos cometidos) los infractores múltiples merecen menos castigo porque son menos culpables que quienes sean declarados responsables de los mismos delitos cometidos

[149] Roberts, J. V./de Keijser, J. W., 2018, pp. 137 ss. y 145 ss.
[150] *Ibídem*, pp. 149 ss.
[151] *Ibídem*, p. 146.
[152] *Ibídem*, p. 138.

secuencialmente» [153]. La sucinta explicación que Roberts y de Keijser apuntan para la existencia de una «culpabilidad disminuida» en tales circunstancias (fundamentalmente la de que la comisión de los delitos relacionados se habría producido bajo un «estado mental» unitario o continuado) recuerda los intentos de justificación que en otros lugares se han ensayado también, aunque con un éxito más que dudoso, para el tratamiento privilegiado de ciertas modalidades concursales (especialmente la del concurso ideal de delitos [154], y también las del concurso medial y el delito continuado [155]), pero, como advierte Tonry, aunque estuviese satisfactoriamente fundada, solo casaría con algunas hipótesis de concurso de delitos, desatendiendo las restantes [156]. Así lo admiten también Roberts y de Keijser cuando advierten que de la forma que ellos proponen no sería posible justificar «descuentos» punitivos respecto de *«unrelated (independent) offenses»*, pero significativamente rechazan que el régimen adecuado en estos supuestos de concurso de una pluralidad de delitos haya por ello de ser necesariamente el de la pura y simple acumulación de las penas respectivas: dichos autores coinciden en la apreciación de Ashworth y von Hirsch de que penas cumulativas extremadamente largas podrían distorsionar el mensaje moral que ha de dirigirse al infractor por las infracciones cometidas y admiten, por lo demás, que la acumulación de las penas desemboca frecuentemente en un trato indebidamente severo, que sería inaceptable desde un punto de vista humanitario. Por ello, Roberts y de Keijser sostienen que, aparte de las relativas a una menor culpabilidad en el sentido anteriormente indicado o en algún sentido adicional [157], habría que tener en cuenta también en los supuestos de condena simultánea por una pluralidad de delitos otras consideraciones complementarias de compasión o clemencia («mercy») [158].

---

[153] *Ibídem*, p. 138

[154] *Cfr.,* respecto del Derecho alemán el detallado análisis que de estos intentos efectúa El-Ghazi, M., 2020, pp. 572 ss.

[155] *Cfr.,* por ejemplo, el conocido punto de vista de Carrara, F., *Programma del corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, vol. I, 3.ª ed., Lucca (Tipografia Giust), 1867, § 168, núm. 1, pp. 109 s., donde se suponía que en los casos del concurso medial y del delito continuado el delito sería único porque también sería uno solo y el mismo «el acto volitivo», o «el elemento intencional» imputado al sujeto, por lo que si se apreciase una pluralidad de delitos «se imputaría dos veces la misma determinación».

[156] Tonry, M., 2018, p. 248. De un modo más rotundo se pronuncia Hoskins, Z., 2018, pp. 84 ss., en contra de la explicación ofrecida por Roberts y de Keijser para tratar de justificar la existencia de una culpabilidad disminuida en los supuestos de delitos temporalmente relacionados

[157] Roberts, J. V./de Keijser, J. W., 2018, pp. 143 ss., se refieren a la mitigación de la responsabilidad que, por una menor culpabilidad con respecto a la del infractor reincidente o en serie *(«repeat»* o *«serial offender»),* supuestamente podría corresponder también, en cuanto delincuente primario *(«first offender»),* al autor de una pluralidad de delitos que no hubiese experimentado previamente a su comisión la condena y el castigo por alguno de ellos. *Vid*., sin embargo, *supra* en n. 135 la referencia a las consideraciones críticas que en la doctrina alemana suscita esta clase de suposiciones.

[158] Roberts, J. V./de Keijser, J. W., 2018, pp. 151 s.

Una tercera línea argumental a favor de la existencia de descuentos por cantidad o volumen trata de mantenerse también dentro de la lógica de la retribución y el merecimiento, pero lo hace apelando a una noción de proporcionalidad diferente. Ya el propio David Thomas, al precisar el alcance del principio de totalidad, había advertido que una vertiente de dicho principio consistiría en una determinada forma de proporcionalidad que no es la que media entre cada delito y su pena respectiva (esto es, la proporcionalidad que cabría calificar como «estándar», estrictamente relacionada con el daño causado y la culpabilidad del sujeto, a la que se refieren las tradicionales teorías retributivas o del merecimiento), sino entre diferentes clases de delitos. Según Thomas, también «una condena cumulativa puede ofender el principio de totalidad cuando la pena agregada esté sustancialmente por encima del nivel normal de la pena susceptible de ser impuesta por el más grave de los delitos concurrentes». En consecuencia, este autor entendía que se debería formular», como un aspecto o subprincipio del principio general de totalidad, el siguiente principio:

> «[L]a pena agregada no debería ser más alta que el límite superior de la horquilla normal de penas aplicables para la categoría de casos en los que se incluiría el delito más grave cometido por el infractor.» [159]

Remitiéndose a este criterio que en los países del *common law* se ha dado en llamar el «principio de Thomas», también Ashworth sostiene que sería posible justificar *«bulk discounts»* en casos de enjuiciamiento «simultáneo» de una pluralidad de infracciones en razón de lo que él denomina «proporcionalidad global» *(«overall proportionality»)* o «proporcionalidad entre clases de delitos» *(«interoffence proportionality»),* de acuerdo con la cual, «sin importar cuántos delitos de una clase particular se constate que ha cometido un determinado infractor, la pena debería mantenerse dentro del rango apropiado para esa clase de delito», sin alcanzar ni, menos aún, superar el rango de penas correspondiente a delitos de una gravedad sustancialmente mayor [160].

Algunos autores han pretendido relacionar esta forma de proporcionalidad global con las nociones de proporcionalidad ordinal y cardinal, según la distinción propuesta por Andreas von Hirsch [161], pero la relación entre esas distintas formas de proporcionalidad dista en principio de estar clara. En particular, la idea de proporcionalidad ordinal no estaba originalmente orientada, como lo está la noción de proporcionalidad global, a comparar la gravedad de

---

[159] Thomas, D., 1979, pp. 57 s.

[160] Así ya Ashworth, A., *Sentencing and Criminal Justice,* 2.ª ed., Londres (Butterworths), 1995, p. 214.

[161] *Vid*., en este sentido especialmente Jareborg, N., 1998, pp. 138 ss.; y Couso Salas, J., 2021, pp. 344 ss.

las distintas clases de delitos independientemente del número de sus concretas instancias de realización [162]. Cabe por ello apreciar, al menos a primera vista, la existencia de una cierta tensión o, incluso, de un verdadero «conflicto interno» entre las consideraciones de proporcionalidad ordinal del primer tipo (las de «proporcionalidad estándar») y las de la segunda clase (las de «proporcionalidad global»), que hace difícil reconducirlas a un mismo principio justificativo del castigo y, en concreto, a uno que se base precisamente en la idea del merecimiento retributivo [163].

Por tanto, mientras no se abandone ese marco teórico o se lo complete con otras perspectivas, la exigencia de proporcionalidad global solo parece ser, a lo sumo, una pauta orientativa para un tratamiento punitivo adecuado de los casos en que un mismo sujeto ha de responder «simultáneamente» por una pluralidad de delitos; una pauta, además, que, por muy generalmente admitida que se halle, tiene un carácter más intuitivo que racionalmente fundado [164]. Sólo cuando tal exigencia se relaciona con criterios ajenos al del puro merecimiento por el hecho cometido, como son, por ejemplo, la necesidad de que la magnitud de la pena respete el principio que en los países anglosajones se denomina de «parsimonia» (o de frugalidad o moderación en el recurso a la pena), el principio de proporcionalidad global parece obtener una fundamentación más sólida, pero con ello o bien se asume una concepción retributiva del castigo diferente y más sofisticada que la tradicional o bien se abandona ya un entendimiento meramente retributivo de la pena, al admitir que su magnitud puede quedar también limitada por lo que resulte necesario para el cumplimiento de determinados fines preventivos de control del delito.

---

[162] Tonry, M., 2018, p. 248, advierte en este sentido que «la proporcionalidad ordinal retributiva ofrece una guía para la punición de delitos singulares, pero no proporciona respuestas obvias para los delitos múltiples». Así parecía admitirlo en principio también Jareborg, N., 1998, pp. 139 s. *Vid*., sin embargo sobre su posición más matizada al respecto lo que próximamente se expone en el texto. Acerca de los conceptos de proporcionalidad cardinal y ordinal y su aplicación a los supuestos de unidad delictiva y a las hipótesis concursales *cfr., supra* Basso, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal» (contribución a esta obra), pp. 20 ss.

[163] *Vid*., en este sentido Ryberg, J., «Retributivism, Multiple Offending, and Overall Proportionality», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, pp. 16 ss.

[164] A la correspondencia de la idea de la proporcionalidad global con intuiciones ampliamente compartidas apuntan en efecto muchos de sus partidarios: vid. en este sentido, entre otros, Lippke, R., 2011, pp. 214 y 216; Id., 2018, p. 105; y Ashworth, A./Wasik, M., 2018, p. 214. No obstante Ryberg, J., 2018, pp. 24 ss., advierte que en muchas ocasiones hay buenas razones para rechazar la intuición como guía moral y que eso es lo que podría suceder precisamente en este caso, en el que la aceptación de descuentos punitivos por cantidad posiblemente se base en un sesgo cognitivo bien conocido como es el que se ha dado en llamar «insensibilidad de alcance» *(«scope insensitivity»)* o «negligencia de alcance» *(«scope neglect»),* esto es, una característica psicológica de los seres humanos que hace que seamos más conscientes de los pequeños números que de los grandes y más empáticos, por tanto, con los problemas concretos que con otros más abstractos o generales.

En la primera dirección (la de una concepción retributiva de la pena distinta de la tradicional) se inscribe la interesante propuesta de Bennett [165], quien considera compatible una teoría retributiva de la pena, como la que él mismo propugna, con la praxis (que considera esencialmente correcta) de aplicar «descuentos por cantidad» a quien cometa una pluralidad de delitos que deban sancionarse «a la vez» (o en un mismo contexto temporal). Según este autor, la suposición de que esa praxis estaría en conflicto con una concepción retributiva descansa en la identificación de tal concepción con una sola de sus posibles versiones: aquella para la que la respuesta adecuada al delito únicamente tiene que ver con lo que el delincuente ha hecho y personalmente «merece» por ello. A su juicio, existe no obstante otro modo más sofisticado de entender la retribución para el que, sin dejar de ser importante ese aspecto del merecimiento, lo esencial no es la inflicción de un sufrimiento al infractor que equivalga al que él mismo hubiese causado, sino que se relaciona con la necesidad de que el Estado, con el rechazo o el reproche expresado con la imposición de la pena, se distancie o «disocie» del delito o los delitos cometidos, identificándolos o «señalándolos» precisamente como delitos. Desde este entendimiento, fundamentalmente expresivo o comunicativo, de la retribución, el problema de la proporcionalidad entre las infracciones cometidas y la respuesta penal a las mismas es para Bennett demasiado complejo como para poder resolverse con la simple agregación o adición de los males que cada una de las penas comportan. La pena proporcionada a un caso de multiplicidad de delitos no puede pues obtenerse, a su juicio, ignorando la comisión de algunos de ellos, pero tampoco requiere la acumulación de las penas individuales de todos esos delitos: una pena proporcionada sería más bien aquella que resulte suficiente para expresar de un modo sintético la desaprobación de las infracciones cometidas [166]. En su opinión, qué cantidad de pena sea necesaria a tal efecto depende de (o es relativa a) la perspectiva desde la que el Estado tenga que efectuar su propio distanciamiento de tales infracciones, y esa perspectiva puede diferir según que la condena se produzca en un contexto de enjuiciamiento «simultáneo» o «secuencial» de las mismas [167].

En la segunda dirección (la de complementar el entendimiento más clásico de la retribución con criterios diferentes al del puro merecimiento del castigo) se ha pronunciado Jareborg, cuya pretensión declarada es la de apuntalar con

[165] Bennett, C., «Retributivism and Totality. Can Bulk Discounts for Multiple Offending Fit the Crime?», en Ryberg, J./Roberts, J. V./Keijser, J. W. (eds.), 2018, pp. 57 ss. Cabe señalar la llamativa similitud de este punto de vista con el sostenido por Jakobs, G., 1993, 33/14.

[166] *Vid*., *ibídem,* pp. 60 ss., 68 ss. y *passim*.

[167] *Ibídem*, p. 71.

argumentos adicionales la validez del criterio de proporcionalidad global de Ashworth para el tratamiento punitivo de la concurrencia delictiva, frente al criterio de la estricta proporcionalidad retributiva [168]. Tomando en cuenta para ese propósito algunas ideas previamente expuestas por von Hirsch, Jareborg considera que la proporcionalidad cardinal exige para que las penas tengan eficacia en la vida real que estas no se limiten a ser simples expresiones rituales de censura o a producir en el infractor sufrimientos completamente insignificantes, sino que comporten un trato relativamente severo, esto es, la infliccción de un mal de tal importancia que refleje convincentemente la gravedad del delito cometido [169]; pero, en su opinión, la proporcionalidad cardinal exige también, por otro lado, teniendo en cuenta la natural brevedad de la vida humana, la necesidad de limitar la intervención punitiva del Estado al mínimo indispensable para lograr una prevención efectiva y la exigencia de respeto de un estándar mínimo de decencia en tal intervención estatal, que esta intervención tenga «un techo», esto es, un máximo absoluto de severidad que en ningún caso pueda ser superado [170].

A juicio de Jareborg la existencia de *«bulk discounts»* en caso de concurrencia de una pluralidad de delitos no es problemática desde el punto de vista de la proporcionalidad cardinal o absoluta (basada precisamente en consideraciones de humanidad y decencia en la administración del castigo penal) y solo plantea en principio algunas dificultades desde la perspectiva de la proporcionalidad ordinal o relativa que podrían ser, sin embargo, también razonablemente solventadas. Este autor utiliza el siguiente ejemplo para hacer visible en qué consisten tales dificultades: «si un delincuente ha cometido diez violaciones merecedoras cada una de ellas de una pena de 5 años de prisión y el máximo absoluto establecido para esta pena es de 15 años, el delincuente "topa con el techo" después de la tercera violación si se aplica un principio de proporcionalidad estricta» [171]. Según Jareborg, al legislador le cabrían entonces dos opciones para resolver tal problema. La primera sería mantenerse firme en el criterio de estricta proporcionalidad y admitir que se añadan tantas penas como

---

[168] Jareborg, N., 1998, p. 138.

[169] *Ibídem*, en referencia al *«wet noodle argument»,* expuesto en distintas ocasiones por von Hirsch: en teoría cabría expresar la censura respecto de un hecho delictivo de un modo meramente simbólico, pero en la práctica no es posible castigar, por ejemplo, una violación azotando al violador «con un fideo mojado».

[170] *Ibídem*, pp. 138 s. Jareborg reconoce que hay quienes piensan que los peores criminales merecen un encarcelamiento por el resto de sus vidas, pero considera que esto no cambia las cosas porque en tal caso «el techo queda ciertamente alcanzado, pero la vida continúa siendo breve», de modo que ello impide que a partir de ahí tengan lugar (o sean efectivas) nuevas acumulaciones de penas. En todo caso Jareborg entiende que «el público no aceptaría que se llegue a ese techo más que para la criminalidad verdaderamente muy grave» y, en consecuencia, ese posible reparo podría ser en definitiva ignorado.

[171] *Ibídem*, p. 139.

delitos se hayan cometido hasta llegar al tope establecido. La consecuencia de este enfoque sería que, mientras no se alcance el tope, las penas aumentan linealmente, sin descuento punitivo alguno, pero, una vez que el tope se haya alcanzado, los descuentos sobrevienen de forma abrupta. La segunda opción consistiría en tener ya en cuenta la existencia del tope de forma gradual a partir de la primera infracción que se tome en consideración (la más grave) y prescribir la adición de algún monto de pena, progresivamente menor, por los restantes delitos hasta llegar a ese límite. La consecuencia de este segundo enfoque sería pues un «achatamiento» de la escala de penas para los delitos múltiples. Planteadas de este modo las cosas, Jareborg se inclina por la segunda opción, que le parece preferible por dos razones diferentes: la primera es que esa solución sería «la que mejor satisface el principio de parsimonia»; y la segunda es que tal opción sería en definitiva también «la que mejor satisface los requerimientos de proporcionalidad ordinal», en tanto que, «en esas circunstancias, ofrece una mayor amplitud para la clasificación ordinal de distintas combinaciones de delitos» [172], esto es, para ordenar adecuadamente el tratamiento punitivo que a tales combinaciones se asigne en función de su respectiva gravedad.

Jareborg admite que es posible que esta justificación de los descuentos punitivos tampoco parezca del todo satisfactoria, puesto que deja subsistente la dificultad de explicar por qué la curva comienza a achatarse después del primer delito muy por debajo del máximo disponible y por qué la comisión de delitos adicionales no da lugar a diferencia punitiva alguna por encima de un cierto nivel. Asimismo reconoce que alguien podría preguntarse «qué clase de proporcionalidad es esta que permite que una persona 'pague' mucho menos que cualquier otra por un determinado delito solo porque ha cometido otros crímenes». Sin embargo este autor entiende que, aunque el Derecho penal ha de estar guiado por criterios de igualdad, estos no tienen por qué coincidir con un criterio igualitario tan estrecho como el que esta objeción presupone, ya que «el delito no es una mercancía que se pueda comprar con castigo» y «cuál sea la respuesta proporcionada a un delito cometido depende del diseño del sistema del Derecho penal», que «es algo más complejo» que lo que con la formulación de aquel reproche se pretende indicar [173].

Basándose explícitamente en un punto de vista «híbrido» o mixto acerca de la función de la pena Hoskins y Frase llegan a conclusiones muy semejantes a las de Jareborg. Para Hoskins, esa concepción «híbrida» de la pena y la con-

[172] *Ibídem*. *Vid*., al respecto también Basso, G. (contribución a esta obra), pp. 39 s. con n. 50.
[173] Jareborg, N., 1998, p. 140.

sideración al trato que cualquier penado «merece» por su propia condición de persona moral abren amplias posibilidades de justificación para la existencia de «descuentos punitivos» en el tratamiento de la concurrencia delictiva, aunque tales descuentos no sean a su vez «merecidos» en el sentido retributivo del término [174]. Para Frase, una concepción de la pena en la que la retribución opere como un límite máximo que en ningún caso puede ser excedido pero en la que, en lo demás, se ha de atender a la exigencia de limitar en lo posible el recurso a la pena estatal a lo estrictamente necesario para prevenir de forma eficaz el delito, permite resolver adecuadamente la llamada paradoja de los delitos múltiples y justificar de un modo general la existencia de *«bulk discounts»* que no parecerían admisibles desde un punto de vista meramente retributivo [175]. Es interesante indicar, por lo demás, que la mencionada paradoja es, a juicio de este autor, tan solo aparente [176], ya que, en un sentido similar al apuntado por Bennett, también Frase considera que el Estado no necesita responder de igual modo frente a las infracciones atribuidas «simultáneamente» a un sujeto que frente a las que lo sean «secuencialmente», pues, aunque en uno y otro caso estuviesen implicados idénticos delitos, hay tales las diferencias entre sus respectivos contextos, que ambos supuestos no son «sustancial, procesal, ni prácticamente» comparables [177].

Cabe, por último, hacer referencia a la opinión de Tonry, que a mi modo de ver, sintetiza de un modo muy adecuado los resultados que en conjunto cabe extraer del debate que sobre los *bulk discounts* y la paradoja de los delitos múltiples se ha producido en el seno de la doctrina angloamericana. A juicio de este autor, si los partidarios del puro retributivismo tuviesen razón, todo individuo condenado por una pluralidad de delitos debería recibir sin más el castigo que por cada uno de ellos merezca, pero la respuesta a las cuestiones relativas a una justa distribución del castigo no es tan sencilla como el puro retributivismo pretende, pues no puede ser obtenida

---

[174] *Vid*., en este sentido Hoskins, Z., 2018, pp. 88 ss. Sobre los distintos sentidos del concepto de «merecimiento» y, en particular, sobre el merecimiento «ganado» y el «no ganado», *vid., supra* nota 146.

[175] *Cfr.,* Frase, R. S., 2018, pp. 192 s. y 208 s. Este autor, partiendo de la idea de que las sanciones penales han de cumplir una función esencialmente expresiva, aduce el siguiente argumento en favor del criterio de la proporcionalidad global como fuente de descuentos punitivos en los supuestos de concurrencia delictiva: puesto que la magnitud de la pena envía un mensaje acerca de cómo de seria es la infracción cometida y ese tipo de mensaje sirve para reforzar tanto las normas de conducta como la disposición a evitar el comportamiento desviado o, al menos, a escoger uno de menor gravedad, la imposición agregada de una pluralidad de penas para su cumplimiento consecutivo fácilmente podría alcanzar una suma total más elevada que la que se impondría normalmente por delitos mucho más graves y distorsionar el mensaje acerca de la gravedad relativa de unos y otros delitos *(cfr., ibídem,* pp. 196 s.).

[176] *Vid*., *ibídem,* p. 189.

[177] *Ibídem*, pp. 189 y 208 s.

invocando una sola teoría o un único principio moral, sino que es necesariamente el resultado de «una elección entre distintos fines igualmente fundamentales y entre pretensiones igualmente absolutas, en la que la realización de algunos de esos fines y pretensiones implica inevitablemente el sacrificio de otros» [178]. En su opinión, en todos los sistemas legales occidentales existen *«bulk discounts»* para los supuestos de concurrencia delictiva a causa del común reconocimiento de la dignidad humana, pero ello no constituye la razón suficiente para explicarlos, ya que ese mismo principio debe ser siempre respetado para imponer restricciones a la severidad del castigo, ya sea por uno o por varios delitos y, en este último caso, tanto si estos se cometieron de forma concurrente como si fueron secuencialmente perpetrados [179]. Para justificar específicamente los descuentos punitivos en los casos de concurrencia delictiva, sería necesario pues acudir a un principio adicional, el de «parsimonia», equivalente a lo que entre nosotros se denomina principio de intervención mínima o de prohibición de exceso como manifestación negativa del principio general de proporcionalidad. A su juicio, la concepción retributiva de la pena puede proporcionar límites máximos al castigo y las posiciones consecuencialistas pueden favorecer, por su parte, la imposición de castigos menos severos que los estrictamente merecidos, cuando estos sean innecesarios desde la perspectiva de la prevención. Según Tonry, el principio de parsimonia juega así el papel de un puente entre ambos tipos de consideraciones, retributivas y preventivas, pero, oportunamente ampliado para abarcar las exigencias de respeto hacia la dignidad de la persona y la responsabilidad moral individual, puede constituir asimismo la clave para resolver la paradoja de los delitos múltiples, al reclamar la imposición del castigo menos severo que sea a su vez consistente con la responsabilidad individual, la dignidad humana y las necesidades de prevención del delito [180]. Los detalles de la configuración de los sistemas de determinación de la pena que cumplan tales requisitos pueden diferir de un ordenamiento jurídico a otro, pero en cualquier caso se deberían respetar ciertos criterios comunes que coincidirían básicamente, en opinión de Tonry, con las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad global o entre clases de delitos [181].

---

[178] Tonry, M., 2018, p. 254.
[179] *Ibídem,* pp. 255 s.
[180] *Ibídem,* pp. 260 s.
[181] *Cfr., ibídem,* pp. 261 s.

6. **Recapitulación y conclusiones**

A nuestro juicio, son muchas las enseñanzas que cabe extraer tanto de la reflexión alemana como del debate angloamericano sobre los supuestos «descuentos» o rebajas» a que llevaría prescindir del criterio de la acumulación como principio básico o de partida para el tratamiento penológico del concurso de delitos.

El criterio de la acumulación material debe ser ante todo rechazado porque corresponde a una visión excesivamente rigorista de la pena, orientada unilateralmente a la expiación o a la retribución del mal causado. Esta justificación principal de la renuncia a tal criterio, hoy ampliamente dominante, ciertamente no es nueva. Ya hemos mencionado las atinadas consideraciones que contra la consagración del criterio de la acumulación material en el Código penal español de 1848 expresó en ese sentido Pacheco en sus célebres Comentarios a dicho Código penal. Cabe igualmente recordar que también Carrara había certeramente advertido en su momento que «la acumulación debería prevalecer si el fundamento de la pena fuera únicamente la justicia o si su fin fuera la expiación», pero no si la pena se basa en otros principios o se orienta a otras finalidades [182]. Sin embargo, el legislador español ha desoído a lo largo de casi dos siglos estas sabias opiniones y otras muchas que en igual sentido luego se han ido sumando a aquellas, cada vez de un modo más amplio y rotundo, desde la doctrina científica y, en ocasiones también, desde las más altas instancias de la judicatura.

Como se ha podido comprobar en el examen de la evolución del Derecho comparado, el tiempo del criterio de la acumulación material como solución de base o por defecto para el tratamiento punitivo de la concurrencia delictiva parece haber definitivamente pasado. Y el análisis dogmático del problema de los llamados «descuentos por cantidad» ha permitido comprobar que hay buenas razones para ello. Se ha constatado, en efecto, que lo que se opone a la adopción del criterio de la acumulación como principio penológico básico del concurso de delitos es un conjunto de variadas razones, todas ellas de peso, que se basan, por un lado, en consideraciones prácticas ligadas al carácter finito de la existencia humana, pero, por otro lado, también en argumentos normativos de proporcionalidad cardinal y ordinal, en una justificación relativa, utilitaria o preventiva (y no absoluta o meramente retributiva) de la pena estatal y

[182] Carrara, F., *Programma del corso di Diritto Criminale, Parte Generale*, 5.ª ed., vol. IL, Lucca (Tipografia Giusti), § 730, p. 234. *Vid*., al respecto, compartiendo en este punto la opinión del autor toscano, Sanz Morán, A. J., 1986, p. 25.

en la consiguiente exigencia de limitar en lo posible el uso de un instrumento tan incisivo en la dignidad de la persona como es la pena, particularmente cuando esta implica la privación de libertad del condenado a sufrirla, y de ofrecer a éste una efectiva oportunidad de resocialización [183].

Asimismo se ha podido advertir que una fórmula como la de la acumulación jurídica hasta ahora vigente en nuestro Derecho no introduce correctivos adecuados, ni suficientes al criterio de la pura acumulación material, pues la solución de establecer meros límites de cumplimiento a la regla de acumulación material o aritmética de las penas concurrentes, unos de carácter absoluto, pero en todo caso muy elevados, y otro de carácter relativo, del triple de la más grave de las penas impuestas, presenta también importantes inconvenientes, que, en definitiva, estriban en el innecesario rigor de esa fórmula, en el carácter aleatorio de sus efectos y, *last, but not least*, en el automatismo y la rigidez de su aplicación, que impiden que el juez disponga de un margen de arbitrio suficiente para adecuar proporcionadamente la pena aplicable a la gran diversidad de supuestos que en la praxis pueden presentarse [184]. La evitación de todos esos inconvenientes requiere, pues, más que el establecimiento de topes o límites a la acumulación de las penas correspondientes a los delitos en concurso, la adopción de un enfoque completamente distinto, que conduzca a la imposición de una sola pena por todos los delitos concurrentes, como actualmente ya ocurre en los casos del concurso ideal y medial de delitos, lo que, entre otras ventajas, tendría la de evitar que en los supuestos de concurso real se dicten, como ahora sucede, condenas totalmente inverosímiles, que llegan incluso a cientos

[183] *Vid*., en un sentido muy similar, aunque todavía más amplio, pues sus consideraciones afectan a todo el régimen de los concursos de delitos y también de leyes, las razones que apunta Molina Fernández, F., «Concursos de leyes y de delitos», en, Id. (Coord.), *Memento Práctico Penal 2023*, Madrid (Editorial Lefebvre), 2022, núm. marg. 3287, para justificar que lo que él denomina el «principio de punición suficiente» (esto es, el principio según el cual «la pena proporcionada en los concursos no es la que resulta de sumar las penas de sus unidades integrantes, sino una nueva pena cuya gravedad va progresivamente rezagándose de la que correspondería por acumulación, hasta llegar a alcanzar un punto que puede denominarse de punición suficiente, a partir del cual el aumento de la gravedad del hecho resulta irrelevante»), constituya una solución preferible al de la acumulación material como uno de los principios esenciales de la «teoría integral de concurso» que él mismo propugna. A su juicio, el «límite de saturación de la pena» asociado a aquel principio de punición suficiente «no es solo una consecuencia de la imposibilidad fáctica de acumular indefinidamente algunas penas como las de prisión, limitadas por la duración finita de la vida, sino una meditada opción normativa» que descansa en otros motivos adicionales, como serían «el respeto por el principio de humanidad de las penas», la necesidad de seguir ofreciendo «opciones a la resocialización» del condenado, «la decreciente utilidad marginal de la pena a efectos preventivos o retributivos» y, por último, «la propia dificultad para individualizar acciones, que muchas veces lleva a trazar las fronteras [sc. entre las distintas modalidades de concurso] de modo arbitrario». Coincide en gran medida con el planteamiento de este autor y con lo que se indica en el texto la posición de G. Basso *(supra)* en su contribución a esta obra

[184] *Vid*., también en este sentido especialmente en la doctrina española más reciente Ortega Matesanz, A., 2022b, pp. 537 ss., y 540 s.

o miles de años de prisión, cuya traducción posterior a tiempos mucho más reducidos de efectivo cumplimiento escapa a la comprensión de los ciudadanos y termina por redundar en el descrédito del sistema penal y de administración de justicia [185].

Por lo demás, la idea de que prescindir del criterio de acumulación conduciría a injustificados «descuentos» punitivos se basa en una comparación de las hipótesis concursales con otras que parecen a primera vista similares, pero que, en una consideración más atenta, no son en realidad parangonables con aquellas.

Ello es particularmente patente cuando lo que se pretende comparar es, como habitualmente sucede tanto en la discusión española como en la alemana, el caso de que un mismo sujeto haya cometido una pluralidad de delitos entre los que media una relación de concurso de infracciones con la hipótesis de que esos mismos delitos hubiesen sido cometidos por distintas personas [186]. Como ha señalado Frister, la renuncia a la acumulación como solución penológica para el primero de esos casos sólo se presenta como un *bonus* inmerecido en tanto se parta de la premisa de que la necesidad de respuesta al injusto correspondiente a una pluralidad de delitos cometidos por una misma persona es idéntica a la que se daría cuando cada uno de ellos se comete por un sujeto distinto. En cambio, si decae tal premisa, la pena impuesta al infractor, aunque no alcance la suma de las penas individuales correspondientes a cada uno de los delitos por él cometidos, puede constituir una respuesta preventivamente adecuada para todos esos delitos y expresar asimismo de forma suficiente la desaprobación que todos ellos merecen [187].

Pues bien, lo cierto es que aquella premisa no se sostiene, ya que los casos que se pretenden comparar no son en verdad parangonables [188]. Cuando

---

[185] Como más arriba se ha indicado, en nuestro Derecho particularmente destacable la propuesta que en favor de la idea de pena concursal única ha efectuado Manzanares Samaniego, J. L., *Diario La Ley*, núm. 8228, 2014, *passim*, quien expresamente menciona *(ibídem,* p. 2) como una de las principales razones para acoger tal solución «la conveniencia de poner fin a la escandalosa distancia entre las penas más o menos teóricamente impuestas y el tiempo de su cumplimiento efectivo», siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos, como el del «CP alemán, a cuyo tenor nunca se condenará a nadie por cientos o miles de años, contra lo que sucede en España, para discutir después sobre la duración de un efectivo cumplimiento, que puede quedar en diez o veinte». *Vid.,* también en este sentido Ortega Matesanz, A., 2022b, p. 504.

[186] En efecto, como advierten Greco, L./Leite, A.(contribución a esta obra), p. 107, «quien resulte sometido a la aplicación de ese principio (sc. de acumulación material) será tratado, de entrada, de la misma manera en que lo serían dos personas distintas, cada una de las cuales comete su delito y recibe su pena –a pesar de ser una única persona–».

[187] NK- Frister, H., 2017, § 53, núm. marg. 4.

[188] No creo, sin embargo, que para ello sea necesario admitir que el injusto cometido en uno y otro caso sea distinto como Frister *(ibídem,* núm. marg. 5 s.), desde una determinada versión de la teoría de la prevención general positiva, pretende.

varios delitos hayan sido cometidos cada uno por un infractor diferente, la única solución admisible (e, incluso, imaginable) es la de que la pena correspondiente a cada delito se aplique al sujeto responsable de su comisión. En cambio, en el que aquí nos ocupa, la extensión de la respuesta penal a las infracciones cometidas se encuentra ya naturalmente limitada, al recaer sobre un solo individuo, por el carácter finito de su propia existencia [189] y la identidad del sujeto receptor del castigo penal tiene por lo demás otras consecuencias en la percepción individual y social del castigo que pueda imponerse por los delitos concurrentes e incide decisivamente en la naturaleza y el sentido de la pena que por ellos se ha de aplicar. Ciertamente la suposición de que el cumplimiento acumulado de una pluralidad de penas supone un incremento más que lineal, «geométrico», de su aflictividad no ha podido ser confirmada, pero también es poco verosímil la suposición de que, cuando un sujeto cumpla por la comisión de una pluralidad de delitos una condena, por ejemplo, de varios años de prisión (fijada además, en el caso estándar del concurso de delitos, en una misma sentencia), experimente de forma separada las porciones de pena que corresponderían a cada una de las infracciones por las que le fueron impuestas.

De un modo muy expresivo se ha dicho que «no se juzgan [ni se penan] sólo delitos, sino a un hombre por sus delitos» [190] y ello hace que no sea necesario, ni desde la perspectiva individual hasta aquí contemplada, ni tampoco desde un punto de vista general o colectivo, que, cuando el receptor de la pena sea una misma persona, los delitos concurrentes se penen y prevengan separadamente, sino de una forma conjunta. Como ha advertido Jakobs, por lo que a la dimensión comunicativa de la pena, esto es, a su aptitud para expresar la desaprobación de la conducta delictiva de un sujeto, respecta, varias desaprobaciones pueden ser conjunta y simultáneamente manifestadas mediante una pena de carácter global [191], y esta pena, para resultar preventivamente efectiva, tampoco requiere la adición sucesiva de todo el sufrimiento penal correspondiente a cada una de las penas individuales.

Así lo vienen reconociendo la legislación y la jurisprudencia de muy diferentes países. Ya el *Reichsgericht* afirmó en su momento que la fijación de la pena global prevista en el Derecho alemán para el concurso real de delitos «es

[189] *Vid*., en este sentido y en relación con lo que sigue en el texto ya Geerds, F., 1961, pp. 454 ss. y 456, con otras referencias. *Vid*., también Erb, V., *ZStW* 117 (2005), pp. 51 s.

[190] Así Sanz Morán, A. J., 1986, p. 28.

[191] *Cfr.,* Jakobs, G., 1993, 33/24. La misma idea, como hemos visto, formula con un lenguaje parcialmente diferente Bennett, C., 2018, pp. 57 ss.

una decisión judicial sobre la modalidad de ejecución de las penas individuales» [192] y ello implica inevitablemente que con esa sanción global se pena simultánea e indistintamente al infractor por todos los delitos por los que esa pena conjuntamente se impone. Así lo ha declarado expresamente también la jurisprudencia francesa respecto de la pena unitaria aplicable, según su propio Código penal, a las hipótesis de concurso de delitos [193]. Pero, en el fondo, lo mismo sucede en todos los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, en todas aquellas hipótesis (en nuestro caso, las del concurso ideal o medial de delitos y las del concurso real, cuando operan los topes previstos en el artículo 76.1 CP) en las que la pena a cumplir por el infractor queda por debajo (y, a veces, muy por debajo) de la que se le habría impuesto y ejecutado siguiendo un criterio de pura y simple acumulación.

Las cosas parecen presentarse de un modo diferente (al menos, en parte) cuando la comparación de las hipótesis propiamente concursales se establece, como principalmente se hace en el ámbito de los ordenamientos del *common law* al examinar la llamada «paradoja de los delitos múltiples», con las hipótesis de reiteración delictiva de un mismo sujeto en las que entre la ejecución sucesiva de una pluralidad de infracciones penales media una sentencia condenatoria. Común a unas y a otras hipótesis, las propiamente concursales y estas otras de comisión «sucesiva», es ciertamente que el receptor de la pena termina por ser una misma persona y, precisamente por ello, resultan también extensibles a esos supuestos muchas de las consideraciones anteriormente expuestas contra el principio de acumulación material de las penas; en particular aquellas que se basan en el carácter limitado de la existencia humana, en el reconocimiento de la dignidad de la persona del condenado y en la consiguiente necesidad de ofrecerle posibilidades reales de resocialización. La diversidad del contexto en que se producen las hipótesis concursales y estos otros casos de reiteración delictiva puede justificar, sin embargo, como desde su particular concepción de la pena ha planteado Bennett, la existencia de regímenes jurídicos diferenciados en atención a las distintas necesidades «retributivas» o preventivas que en unas y otros pueden presentarse [194]. Sobre esta específica cuestión se habrá de volver más adelante.

---

[192] RG 25, 298 ss., 309; y 44, 302 ss., 306.

[193] *Vid*., Ortega Matesanz, A. R., *RGLJ* 2022-3, p. 468.

[194] Acerca de las tesis de Bennett y Frase a este respecto *vid., supra* las notas 164 y ss. y 175 s., respectivamente, y el texto a ellas correspondiente. *Vid*., asimismo Couso Salas, J., 2021, p. 350.

III. JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS QUE SE PROPONEN

1. **Una aproximación del tratamiento de los concursos ideal y real de delitos: la propuesta de Sanz Morán**

Desde sus primeros estudios sobre el concurso de delitos hasta el momento actual el Profesor Sanz Morán viene propugnando una aproximación de las reglas de determinación de la pena aplicables a los supuestos de concurso ideal y real de delitos, aunque manteniendo su tratamiento diferenciado de ambas formas concursales, basado respectivamente en los criterios de la absorción con agravación y de la asperación o exasperación [195].

La propuesta articulada que inicialmente este autor formuló en 2013, con motivo de su toma de posición crítica frente al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012 [196] consistía para el caso del concurso real en suprimir los vigentes artículos 73, 75 y 76 CP y sustituirlos por un nuevo artículo 73, cuyo apartado 1.º quedaría redactado en los siguientes términos:

> «Artículo 73.
>
> 1. Al responsable de dos o más delitos, llevados a cabo mediante otras tantas acciones u omisiones, se le impondrá la pena prevista para la infracción más grave, incrementada hasta en la mitad de su límite máximo, sin que pueda exceder de la suma de las penas de las infracciones en que incurrió ni, en caso alguno, de los treinta años de prisión.» [197]

La razón aducida por Sanz Morán para esta propuesta era relativamente sencilla: con ella se trataba de superar el modelo de acumulación del Derecho vigente, «completamente obsoleto y objeto de crítica unánime por los especialistas», y transitar «al criterio de exasperación de penas (pena del delito más

---

[195] *Vid*., en este sentido ya Sanz Morán, A. J., 1986, pp. 256 ss.

[196] *Vid*., Sanz Morán, A. J., «Concursos de normas y de delitos: Artículos 74, 76 y 77 CP», en Álvarez García, F. J. (Dir.)/Dopico Gómez-Aller, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 283 ss. (donde actualiza las propuestas *de lege ferenda* que había realizado ya en la obra citada en la nota anterior, ofreciendo una redacción articulada de las mismas).

[197] El apartado 2.º de este artículo 73 en la propuesta inicial de Sanz Morán se refería al criterio de conexidad temporal requerido para la aplicación de las reglas del concurso real de delitos y al llamado concurso posterior o retrospectivo y tenía el siguiente tenor: «2. No obsta a la aplicación de estos límites el que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta. Si el Juez o Tribunal conoce de un hecho delictivo que, por el momento de su comisión, podría haberse enjuiciado conjuntamente con otro u otros ya sentenciados, impondrá la pena correspondiente al hecho que ahora juzga y, teniendo en cuenta las penas ya impuestas, fijará el límite máximo de cumplimiento de acuerdo con lo previsto en el número 1 de este artículo».

grave incrementada en la mitad de su límite máximo), con dos límites absolutos: la suma de las penas en que se incurrió y treinta años en el caso de la pena de prisión (que resulta un límite todavía excesivo, pero realista en el contexto de la proyectada reforma [sc. la del Anteproyecto de 2012]» [198].

En cuanto al concurso ideal de delitos la propuesta de Sanz Morán consistía en mantener, aunque de una forma algo simplificada, el sistema de absorción agravada del vigente artículo 77.1 y 2 CP. El nuevo artículo 77 (que, una vez eliminados los preceptos que Sanz Morán proponía suprimir, pasaría a ser el art. 74) quedaría redactado del modo siguiente:

> «Artículo 77 [74]
>
> Lo dispuesto en el (los) artículo(s) anterior(es) no es aplicable cuando una misma acción supone la realización de dos o más delitos, en cuyo caso se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, sin que pueda rebasar la suma de las penas de las infracciones en que se incurrió.»

La justificación ofrecida por Sanz Morán para esta segunda propuesta [199] era algo más compleja. Por una parte, el uso alternativo del singular y el plural en este precepto dependía de que se aceptase o no una tercera propuesta de este autor, referida a la supresión de la figura del delito continuado, a la que, sin reserva alguna, aquí nos adherimos [200]. Por lo demás, Sanz Morán propugnaba

---

[198] Sanz Morán, A. J., 2013, pp. 286 s.

[199] *Cfr., ibídem,* pp. 285 s.

[200] Sanz Morán, A. J., 2013, pp. 284 s. proponía en efecto suprimir también la figura del delito continuado (o, alternativamente, una sustancial modificación de su régimen jurídico, con una considerable reducción de su alcance). Las razones aducidas por este autor para justificar su preferencia por la primera opción nos parecen absolutamente convincentes y serán por tanto asumidas, en todo caso, como una de las conclusiones de este proyecto de investigación. Tales razones eran que «la pretendida reducción del alcance del delito continuado (tal como lo expresa la Exposición de Motivos [sc. del Anteproyecto de 2012]), se satisface mejor dejando al criterio del intérprete la decisión, en los casos límite, de cuándo estamos ante un delito único (por comportar las sucesivas acciones homogéneas, llevadas a cabo en unidad de contexto, una simple intensificación cuantitativa del contenido de injusto típico, al que se añade una culpabilidad también unitaria) y cuándo, por el contrario, ante una pluralidad de delitos en concurso real. El delito continuado, correctamente entendido, constituye sólo una forma extrema de lo que impropiamente denominamos «unidad natural de acción» y, como sucede con ésta, no es preciso que el legislador se refiera expresamente al mismo, máxime si tenemos en cuenta el tratamiento que proponemos para el concurso real de delitos». En el fondo de la preferencia de Sanz Morán por suprimir el tratamiento diferenciado de la figura del delito continuado previsto en nuestro Derecho vigente latía además la sensible aproximación que en su propuesta normativa se ofrece para el tratamiento punitivo del concurso ideal y real de delitos y muy particularmente la acusada reducción del rigor que en ella se dedica a este último, lo que viene a hacer prácticamente superflua aquella figura. Así lo señala expresamente Sanz Morán, A. J., «Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas» (contribución a esta obra), p. 275: «la existencia de una regla como la del vigente artículo 74 CP se explica, ante todo, por la pervivencia del anacrónico criterio de la acumulación material de penas como punto de partida en la determinación de la pena correspondiente al concurso real de delitos». Desaparecido tal criterio, la referida regla deviene pues innecesaria.

«mantener para el concurso ideal o formal de delitos el criterio de la absorción con agravación, con el límite que supone, en cualquier caso de concurrencia delictiva, la suma de las penas de los delitos en que se incurre» porque, aun considerando «loable el intento del "pre-legislador" de separar los casos de concurso ideal en sentido estricto de la denominada conexión medial o teleológica entre delitos», entendía que se «debería ir más allá y, puesto que [sc. el propio prelegislador de 2012] viene a reconocer que estamos, en el último supuesto, ante un auténtico concurso real, no se ve la razón para no remitir su tratamiento al previsto para esta clase de concurso, teniendo presente además, la profunda modificación que nuestra propuesta supone en este tratamiento del concurso real».

A mi juicio, constituye un acierto indudable de la propuesta de Sanz Morán la eliminación, en relación con el tratamiento del concurso real de delitos, tanto del principio de acumulación material (salvo con el carácter de representar uno de los límites absolutos de la pena a imponer), como del criterio del triple de la pena más grave, cuya combinación obliga actualmente al órgano sentenciador a imponer en todo caso una cantidad fija de pena resultante de una simple operación aritmética de adición de las penas individuales concretamente asignadas por cada uno de los delitos (o de la mecánica aplicación a esa suma del límite del triple de la mayor de esas penas). Todas estas fórmulas matemáticas, por el automatismo y la rigidez de su modo de operar, impiden, como ya se ha señalado y han coincidido en lamentar la doctrina dominante y la propia Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, que los jueces y Tribunales dispongan de cualquier margen de apreciación para adaptar la magnitud de la pena aplicable en esa modalidad del concurso de delitos a las circunstancias particulares del caso.

La sustitución de tales fórmulas por el criterio, mucho más flexible, de «la pena prevista para la infracción más grave incrementada hasta en la mitad de su límite máximo», además de abrir un conveniente espacio de arbitrio en la determinación judicial de la pena, tiene la virtud de impedir que, por una exasperación punitiva excesiva, la comisión reiterada de delitos de relativamente escasa gravedad termine por recibir el tratamiento que corresponde a formas de criminalidad mucho más graves y también la de evitar que el delincuente pueda saber con exactitud a partir de la comisión de la tercera de las infracciones que le sería posible seguir cometiendo otras de la misma o inferior gravedad sin incurrir en incremento alguno en la penalidad que por todas ellas reciba [201].

[201] *Cfr., supra* el apartado II.1.a) de este capítulo donde se hace especial referencia a la acertada denuncia que contra el automatismo del Derecho vigente en la fijación de la pena del concurso real expresara en este sentido Mir Puig.

El propio Sanz Morán ha matizado, no obstante, en sus contribuciones a este proyecto de investigación y, particularmente, en la que se incluye en este mismo volumen, algunos aspectos de su anterior propuesta de regulación del concurso ideal y real de delitos. Tales matizaciones quedarán oportunamente reflejadas en la propuesta normativa que, como resultado de dicho proyecto, aquí va a formularse.

La primera matización de Sanz Morán afecta a los límites absolutos de la pena que pueda resultar de la apreciación de un concurso real de delitos. Ciertamente la fijación del límite absoluto de la pena de prisión temporal para los supuestos de concurso en treinta años podría parecer excesiva a la vista de los límites sensiblemente más reducidos que se establecen en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y de las propuestas efectuadas en igual sentido *de lege ferenda* por amplios sectores de nuestra doctrina, pero hay que convenir con Sanz Morán en que aquel límite absoluto sigue siendo «realista», como lo era en 2012 [202], habida cuenta del estado actual de la legislación penal española, en la que con relativa frecuencia se conmina con penas de privación temporal de libertad de hasta veinte o más años la comisión de un solo delito. No obstante, creemos que la posibilidad de imponer a un sujeto una pena privativa de libertad de más de veinte años debería ser absolutamente excepcional y quedar reducida a esos casos en los que al menos uno de los delitos concurrentes esté conminado con pena de prisión de hasta veinte años o de una duración superior. Y así lo admite ahora Sanz Morán en su contribución a esta obra, adhiriéndose expresamente a la solución que yo mismo había propuesto [203]. Por otra parte, Sanz Morán reconoce que es necesario establecer también límites absolutos para las penas no privativas de libertad y completar en este sentido la propuesta que a ese respecto él hiciera en 2013: por ello, se adhiere asimismo a mi propuesta, que considera en este punto también «más matizada», de que la sanción del concurso de delitos se atenga (fuera de la excepción ya indicada) al límite máximo establecido en la ley para cada clase de pena [204].

La segunda matización de Sanz Morán está específicamente referida a la pena de prisión permanente revisable. En su opinión, podría mantenerse a este respecto mi propuesta de que «si la pena con la que se conminase el delito más

[202] *Vid*., *supra* nota 196 y el texto al que se refiere.

[203] *Vid*., Sanz Morán, A. J. (contribución a esta obra), p. 280.

[204] Como bien recuerda Sanz Morán en su contribución a esta obra (p. 280, n. 22), en realidad también él mismo había planteado anteriormente respetar como tope general del marco penal en el concurso real de delitos el del máximo legalmente establecido para la correspondiente clase de pena: vid. en este sentido ya Sanz Morán, A. J., 1986, p. 258, e Id., «Novedades legislativas y jurisprudenciales en torno a la unidad y pluralidad de delitos», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 2, 2017, pp. 149 s.

grave fuera la de prisión permanente revisable, esta será la pena aplicable», pero entiende que cabría también reformular «las reglas especiales para la determinación de la pena» relativas a la concurrencia delictiva «partiendo de una deseable –y, en este sentido, reclamada por la doctrina de modo muy mayoritario– futura supresión de la pena de prisión permanente revisable» [205].

El propósito de esta segunda sugerencia me parece muy loable, pero hay que tener en cuenta que entre los objetivos de este proyecto de investigación no figuraba el de proceder a una revisión general de nuestro vigente sistema de penas. Por este motivo, al proponer la reformulación de las reglas de determinación de la pena en los casos de concurrencia delictiva, es obligado partir del estado que, en lo demás, dicho sistema presenta actualmente, por más que lo consideremos manifiestamente mejorable y deseemos que se produzca lo más pronto posible una reducción de su severidad general, mediante –entre otras medidas– la renuncia a la pena de prisión permanente revisable y la rebaja de la duración máxima de las penas de prisión temporal. Cuando en un futuro, que esperamos no sea muy lejano, se produzca esa deseable revisión a la baja de la severidad general del sistema de penas previsto en el ordenamiento español, habría que reajustar también correlativamente el límite máximo de las penas concursales, a fin de situarlo en los veinte o hasta en los quince años del Derecho alemán, máxime si se mantuviera en vigor, en contra del punto de vista comúnmente compartido por los participantes en este proyecto, la pena de prisión permanente revisable para los delitos de mayor gravedad [206]. Pero, entretanto y por más que nos pese, habrá que seguir teniendo en cuenta en la configuración de las reglas concursales la existencia de delitos actualmente

[205] Sanz Morán, A. J. (contribución a esta obra), p. 280.

[206] Cabe recordar en este punto las agudas observaciones realizadas por Manzanares Samaniego, J. L., *Diario La Ley*, núm. 8228, 2014, p. 9, a este respecto. Según este autor, «lo que ocurre en países tan avanzados en esta materia como Alemania o Austria puede servirnos de ejemplo para actualizar la pena única cuando proceda por el enjuiciamiento de otros delitos, bien entendido que con la introducción de la pena perpetua en nuestro CP habría que corregir a la baja el límite máximo de la prisión temporal en los concursos penales del artículo 76 hoy hasta cuarenta años con el que se quiso compensar, como sucedáneo vergonzante, la carencia de aquella». Manzanares Samaniego recuerda que «la duración máxima de las prisiones temporales en esos otros códigos no supera los quince, veinte o veinticinco años, máximos éstos que hasta se mantienen a veces para la pena única en los concursos delictivos» y advierte que «esos límites pueden parecer muy bajos donde, como en España, las condenas suman a veces centenares y miles de años, pero las cosas son muy distintas si los valores facial y real de una pena –en este caso la prisión temporal– coinciden o se aproximan mucho. Para quien ha cometido un delito que no merece prisión perpetua, veinte años de prisión temporal pueden ser una pena adecuada, incluso si su última tercera o cuarta parte se cumpla en libertad condicional cuando el pronóstico resocializador lo aconseje». No obstante cabe también recordar, por ejemplo, que según dispone el artículo 77.2 CP portugués, la pena máxima de privación de libertad en caso de concurso de delitos en ese país es de veinticinco años y que en él sin embargo no está prevista la pena de prisión permanente.

sancionados con penas de prisión permanente revisable y de prisión temporal cuya duración excede de veinte años.

Por último, Sanz Morán ha matizado también en otros dos aspectos su propuesta de 2013 y se ha adherido en ambos casos explícitamente a la que en el marco de este proyecto yo mismo había formulado. Por un lado, considera «apropiado, tanto en el concurso ideal como en el real, acudir a la denominada "combinación de marcos penales", en lo que respecta a la fijación del límite mínimo del marco penal final, así como de cara a la imposición de penas accesorias y medidas de seguridad, que, en consecuencia, podrán aplicarse aunque vengan previstos sólo para el delito menos grave de los concurrentes», manifestando con ello, por tanto, su conformidad con la redacción prevista en el artículo 73.4 de mi propuesta [207]. Por otro lado, Sanz Morán coincide también en que habría que «completar las reglas relativas a la fijación del marco penal resultante del concurso con otras que se refieran a la fijación final de la pena concreta» y aprueba expresamente las contenidas en el artículo 73.5 de mi propuesta normativa [208].

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, en caso de seguirse la solución auspiciada por Sanz Morán de establecer un tratamiento diferente para el concurso ideal y el concurso real de delitos, tanto ese régimen diferenciado de ambas formas de concurso así como las reglas comunes de determinación de la pena a ellas correspondientes podrían quedar reunidos en un nuevo artículo 73 del Código penal del siguiente tenor:

> «Artículo 73.
>
> 1. Al responsable de dos o más delitos, llevados a cabo mediante otras tantas acciones u omisiones, se le impondrá la pena prevista para la infracción más grave, incrementada hasta en la mitad de su límite máximo, sin que pueda exceder de la suma de las penas de las infracciones en que incurrió ni del límite máximo que la ley establezca para cada clase de pena. Si se trata de penas privativas de libertad, ese límite podrá llegar a treinta años cuando alguno de los delitos esté conminado con pena de hasta veinte años o de una duración superior. Si la pena con la que se conminase el delito más grave fuera la de prisión permanente revisable, esta será la pena aplicable.

---

[207] Sanz Morán, A. J., en su contribución a esta obra, *supra* pp. 277 s.. En realidad, debo reconocer que soy yo más bien quien se ha adherido a lo que este autor había planteado a ese respecto en su monografía de 1986, aunque no incluyera este matiz en su propuesta articulada en 2013: vid. al respecto Sanz Morán, A. J., 1986, p. 257, donde ya señalaba que «las más recientes reformas penales han ratificado las ventajas de aplicar el criterio de la "combinación de marcos penales" en lo que respecta a la fijación del límite mínimo del marco penal previsto para la respectiva hipótesis concursal, así como de cara a la imposición de penas accesorias y medidas de seguridad».

[208] *Vid*., Sanz Morán, A. J., en su contribución a esta obra, p. 280.

> 2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando una misma acción supone la realización de dos o más delitos, en cuyo caso se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, sin que pueda rebasar la suma de las penas de las infracciones en que se incurrió.
>
> 3. En los casos de los dos apartados anteriores las penas privativas de derechos, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias previstas en las distintas conminaciones legales correspondientes a las infracciones cometidas deberán o podrán ser impuestas, respectivamente, si alguna de esas leyes penales prescribe o permite su imposición.
>
> 4. En la determinación de la pena a imponer de conformidad con los apartados anteriores se habrá de tener en cuenta el número de las infracciones cometidas y su respectiva gravedad, su naturaleza y relación recíproca, si fueron perpetradas en una sola ocasión o en ocasiones distintas, más o menos separadas en el tiempo, así como las circunstancias personales del reo que a tal efecto pudiesen resultar relevantes.»

2. **Una aproximación aún más intensa del tratamiento del concurso ideal y real de delitos como opción preferente**

Aunque, como ya se ha indicado la solución ofrecida por Sanz Morán supone un avance muy notable con respecto a la regulación actualmente vigente, entendemos que debería producirse, si no una completa equiparación, al menos una aproximación más intensa del régimen jurídico del concurso ideal y real de delitos que la que figura en su propuesta, pues las fórmulas que en ella se proponen para la determinación del límite mínimo de la pena a imponer en cada uno de esos casos pueden plantear problemas de coordinación similares a los que ahora suscitan las previsiones establecidas en el vigente artículo 77 CP respecto del tratamiento diferenciado que en él se dispensa al concurso ideal y al medial de delitos.

Como acabamos de ver, en el supuesto del concurso ideal Sanz Morán opta, como en la regulación actualmente vigente, por situar ese límite en principio en la mitad de la pena correspondiente al delito más grave, si bien, como ahora asimismo sucede, la pena que en definitiva se imponga no puede rebasar la suma de las penas individuales de las infracciones en que el reo hubiese incurrido. En cambio, para el caso del concurso real, manteniéndose también este último límite (y en su caso también el del máximo que respectivamente corresponda a la pena de que se trate o el de treinta años de prisión), lo que Sanz Morán propone es que «la pena prevista para la infracción más grave» sea «incrementada *hasta* en la mitad de su límite máximo». De este modo, si la referida regla se interpreta como parece desprenderse de su propia formula-

ción literal con el empleo de la preposición aquí resaltada en el sentido de que con ella se vendría a establecer un marco penal en el que el incremento punitivo podría partir de la pena concretamente aplicable al delito más grave y no necesariamente desde un punto más alto [209], podría perfectamente suceder que la pena que el juez o tribunal decidiera imponer en supuestos de concurso real de delitos quedase situada todavía en la mitad inferior del marco penal previsto en la ley para el delito más grave y terminase, en consecuencia, por ser inferior a la que habría resultado en caso de aplicarse la regla de tratamiento prevista en la propia propuesta de Sanz Morán para el concurso ideal de delitos. Con ello se volvería a reproducir, *mutatis mutandis*, el mismo tipo de problema que provocó la modificación de la regla de tratamiento del concurso medial de delitos en la reforma de 2015: al igual que en el Derecho vigente pueden ser tratados más levemente los supuestos de concurso medial que los del concurso ideal de delitos, con la solución apuntada por Sanz Morán las hipótesis de concurso real de delitos podrían recibir un tratamiento más favorable que las del concurso ideal.

Para evitar esta posible incongruencia no habría más remedio que configurar de otro modo los límites mínimos de la pena concursal en los supuestos del concurso ideal y real de delitos. Una posibilidad sería la de acompasar esos límites y situarlos expresamente para ambos casos en la mitad del marco de pena establecido para la infracción más gravemente penada (salvo que penando separadamente los delitos concurrentes resultase una penalidad inferior), en línea con la interpretación que para evitar la incongruencia detectada en el tratamiento vigente de los concursos ideal y medial de delitos sugirió inicialmente la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2015, de 13 de julio [210]. Una segunda vía para evitar la incongruencia señalada –a mi juicio, claramente preferible a la anterior–, sería la de abrir para el concurso ideal y real de delitos un marco punitivo más amplio y flexible, apto para adecuarse mejor a las circunstancias concretas de cada caso particular, que, en lo que respecta a su límite mínimo, parta en ambos casos meramente de la imposición de una pena

[209] En esta línea Ortega Matesanz, A., 2022b, p. 534, señala que «con el empleo de la voz *hasta*, parece que la exasperación, aunque obligatoria, no debería ser imperativamente "en la mitad de su límite máximo", sino que podría quedar por debajo de ese tope».

[210] Ciertamente otra posibilidad, aún más severa, aunque en principio consistente con la extendida opinión de que el concurso real es siempre más grave que un concurso ideal referido a los mismos delitos, sería la de considerar que el incremento punitivo correspondiente a la primera forma de concurso habría de comportar necesariamente la imposición de una pena superior en grado aunque limitada en el máximo hasta su mitad. Una solución de esta clase debe ser, sin embargo, rotundamente rechazada, pues, además de intensificar para el caso del concurso real los inconvenientes a los que enseguida se aludirá en el texto, dejaría un espacio excesivamente reducido a la discreción judicial, insuficiente para ponderar la muy diferente gravedad que pueden tener las hipótesis a las que tal regla fuese aplicable.

mayor que la concretamente aplicable al delito más grave, pero no necesariamente fijada en la mitad superior del marco abstracto legalmente previsto para dicho delito.

La solución consistiría pues en generalizar, por lo que a ese límite mínimo se refiere, a todas las hipótesis de concurso de delitos la fórmula dispuesta en el vigente artículo 77.3 CP para el concurso medial. El defecto fundamental que esa fórmula presenta en el Derecho vigente estriba precisamente en no constituir una solución general, esto es, aplicable a todas las modalidades de concurso de infracciones punibles, sino en estar referida exclusivamente a una de ellas, por lo que está inevitablemente destinada a entrar en conflicto con las que rigen para las restantes modalidades concursales y a generar las incoherencias valorativas que han sido objeto de extendidas y justificadas críticas, tanto en la doctrina como en la praxis. Pero si, como aquí se plantea, ese método de fijación del mínimo de la pena concursal se extendiera a todas las formas de concurso de delitos que en esta propuesta se mantienen, esto es, tanto al concurso ideal como al concurso real de delitos, y se unificara, al menos a ese respecto, su tratamiento punitivo, la mencionada incongruencia desaparecería [211].

Cabe recordar además que la solución que aquí se propone no es en modo alguno extravagante, sino que se halla en consonancia con la que se establece en algunas de las más modernas regulaciones del concurso de delitos previstas o proyectadas en los países de nuestro entorno más próximo [212]. A mayor abundamiento, cabe recordar igualmente que una solución semejante fue planteada por Cuello Contreras como una interpretación adecuada, incluso *de lege lata*, para la regla de tratamiento punitivo del concurso ideal de delitos del artículo 71 CP de 1973 [213] (sustancialmente coincidente con la actualmente

[211] En un sentido muy similar a lo que se expone en el texto se pronuncia Ortega Matesanz, A. O., 2022b, p. 513., cuando advierte que el modelo de determinación de la pena única concursal actualmente dispuesto para el concurso medial en el artículo 77.3 CP, «aunque es notorio que necesita de un mayor perfeccionamiento» (sc. para evitar el incoherente tratamiento punitivo respecto del aplicable al concurso ideal y reducir la excesiva amplitud del marco penal resultante), contiene una fórmula que no va «del todo descaminada a lo que debe ser un sistema sancionador moderno (sc. de todo el concurso de delitos), porque permite tener en cuenta, entre otros aspectos, el número de delitos cometidos, así como su gravedad, y la personalidad del autor y se aleja al tiempo de una determinación encorsetada y puramente mecánica de la pena. Sin embargo es un error manifiesto, y en esto coincidimos con la doctrina mayoritaria, instituir un sistema sancionador particular para una clase de concurso de delitos».

[212] Ortega Matesanz, A. O., 2022b, p. 513, señala la similitud del sistema de punición del concurso medial del artículo 77.3 CP con el que establece el CP portugués en su artículo 77 para todas las formas del concurso de delitos. Asimismo el Proyecto Alternativo alemán (§ 64) y el vigente Código penal suizo (art. 29) coincidieron en fijar de ese modo el límite mínimo de la pena concursal unitaria en ellos prevista.

[213] Cuello Contreras, J. «La frontera el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (1)», ADPCP 1979, pp. 78 s. «La solución … que mejor se amolda a nuestra concepción de la función concursal» es la de que «la pena correspondiente al concurso ideal de

establecida en el art. 77.2 CP) y que Sanz Morán, aunque se opusiera a ello, con razón, en cuanto a la *lex lata* por tratarse de una interpretación manifiestamente incompatible con el claro tenor literal de dicho precepto, no dejó de admitir que la fórmula propuesta por Cuello Contreras podría constituir en cambio una opción «deseable» *de lege ferenda* [214]. Y así me lo parece en efecto; y no solo para el tratamiento del concurso ideal de delitos, sino como regla general aplicable a todas las formas del concurso de infracciones punibles. Especialmente si, como se hace también en nuestra propuesta de regulación, esa fórmula se complementa con una combinación de marcos penales de los delitos concurrentes, que afecte tanto a la fijación del límite mínimo de la pena concursal como a la necesidad o la posibilidad, respectivamente, de imponer penas accesorias y medidas de seguridad cuando alguna de esas leyes penales que sancionan los delitos concurrentes prescribe o permite su imposición.

3. ¿Una regulación uniforme (y en este sentido «unitaria») de todas las hipótesis concursales?

Si se admite que quede fijado en tales términos el límite mínimo de la pena concursal aplicable a todos los supuestos de concurso de infracciones punibles aún quedaría por discutir si se debería o no unificar asimismo su tratamiento punitivo en otros aspectos y, en particular, en lo que a la determinación del límite máximo de esa pena se refiere.

---

delitos no será exactamente la del delito más grave en su grado máximo, como podría derivarse de una interpretación estricta de nuestro artículo 71, sino una pena cuyo marco estaría constituido por el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave, y el mínimo por una pena que no fuese más leve que ninguna de las correspondientes a los preceptor penales violados restantes (criterio de la combinación); solución que, por otra parte, no choca con la lógica ni con los criterios racionales de determinación de la pena. Dentro de ese marco, más amplio del que se presenta en un supuesto normal, el juez puede moverse con libertad. Así, pues, en el concurso ideal de delitos el juez no tiene necesariamente que castigar en e1 grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave. La norma del concurso aparece, pues, flexibilizada» (pp. 78 s.). *Vid*., también en este sentido, más ampliamente, Id., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal (II)», ADPCP 1979, pp. 470 ss. Hay que hacer notar que Cuello Contreras, prefería *de lege ferenda* un sistema de pena única común para el concurso ideal y el real de delitos, en la forma que próximamente se dirá el texto.

[214] Sanz Morán, A. J., 1986, p. 222, advirtió en efecto, acertadamente, que, según lo dispuesto en el artículo 71 CP de 1973 (coincidente con lo que ahora prescribe el artículo 77.2 CP para el concurso ideal de delitos), «la imposición del grado máximo de la pena del delito más grave es obligatoria –siempre que no resulte más grave que la suma de las penas impuestas separadamente–», y que, en consecuencia, dada la terminante redacción del precepto, era imposible compartir la opinión de Cuello Contreras de que el artículo 71 sólo marcaba el límite máximo hasta el que el juez puede llegar para fijar la pena del concurso ideal de delitos. Sin embargo, reconocía que «es posible que esto sea, 'de lege ferenda', deseable». *Vid*., también al respecto Cuerda Riezu, A., 1992, pp. 206 ss., con una valoración asimismo diferenciada respecto de la posición de Cuello Contreras *de lege lata* y *de lege ferenda*.

a) Breve referencia a la discusión alemana

Como es bien sabido, esta es una cuestión muy controvertida. En Alemania lo ha sido hasta el punto de llegar a convertirse en la «manzana de la discordia» del sempiterno debate habido en ese país sobre la reforma de la regulación del concurso de delitos [215].

Las opiniones se encuentran allí, en efecto, muy divididas. Por un lado, hay quienes proponen mantener, aun con algunas modificaciones, el tratamiento diferenciado del concurso ideal y real de delitos actualmente vigente en el StGB aduciendo la existencia de un distinto grado de injusto y/o de culpabilidad en uno y otro caso (supuestamente menor, siempre o de forma muy generalizada, en el primero que en el segundo) [216]. Por otro lado, hay quienes rechazan que se dé necesariamente un desvalor diferente entre ambos supuestos y, por ello, se inclinan por la solución que se ha dado en llamar de la «pena unitaria», cuyo exacto significado no se establece sin embargo, paradójicamente, de un modo uniforme [217], ni implica forzosamente que no quepa conti-

[215] *Vid*., *supra* n. 89 y el texto correspondiente, en referencia a la conocida afirmación de Rudolf Schmitt.

[216] Así entre otros últimamente Sternberg-Lieben, D./ Bosch, N., 2019, Comentarios previos a los §§ 52 ss., núms. margs. 7 ss.; NK- Frister, H., 2017, § 53, núms. margs. 10 ss.: y Frister, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbich*, 9.ª ed., Munich (Beck), 30/11 ss. *Vid*., también en esta línea LK-Rissing-van Saan, R., 2020, Comentarios previos a los §§ 52 ss., núms. margs. 4 s. En todas las obras aquí mencionadas pueden hallarse amplias referencias al estado de la cuestión en Alemania.

[217] La principal razón de ello estriba en que, como lúcidamente advirtiese Jakobs, G., 1993, 31/10, por pena unitaria cabe entender en realidad cosas muy diferentes. Por una parte, cabe entender como de «pena unitaria» todo sistema que no sea de pura acumulación, incluido el propio sistema por el que en Alemania se rige en la actualidad la formación de la «pena global» para el concurso real de delitos, pues, ciertamente con un método y un resultado diferente del que allí rige para el concurso ideal de delitos, también conduce a una sentencia en la que se termina por imponer una única pena, que, en ese sentido, no deja de ser pues una pena unitaria. Por otra parte, cabe entender por «principio de la pena unitaria» un procedimiento de formación de la pena, como el que rige en el Derecho alemán para el concurso ideal, a través de una operación de medición de la pena que se produce «directamente», esto es, en un único paso o de una sola vez. En tercer lugar, bajo tal principio cabría también incluir la pretensión de unificar en un mismo procedimiento la determinación de la pena del concurso ideal y real de delitos, lo que, a juicio del propio Jakobs, es razonable porque de la existencia de una unidad o pluralidad de hechos o acciones no depende una diferente responsabilidad del agente. Y, por último, por «pena unitaria» se podría asimismo entender aquella que se asigna directamente a un conglomerado o una masa indiferenciada de realizaciones delictivas. Jakobs advierte con razón que esto último supondría en efecto una simplificación con respecto al proceso de determinación de la pena estructurado en varios niveles que rige en el Derecho alemán para el concurso real e, incluso, con respecto al procedimiento relativamente articulado, aunque en un solo nivel, que se sigue en el concurso ideal, pero lo sería al precio de una menor controlabilidad de dicho proceso. Este, en su opinión, es un precio que sería admisible pagar en un sector del Derecho penal fuertemente orientado a la prevención especial, como es el del Derecho penal juvenil, pero no en el Derecho penal de adultos orientado al hecho más que al autor. Sobre las distintas formas de entender la idea de la «pena unitaria» y sus respectivas implicaciones vid. asimismo en la doctrina española Sanz Morán, A. J., 1986, pp. 33 ss.; Cuerda Riezu, A., ADPCP 1991, pp. 832 ss. y *passim;* y Morillas Cueva, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en Díez Ripollés, J. L.

nuar distinguiendo ambas formas de concurso desde un punto de vista conceptual y a determinados efectos prácticos, ante todo de carácter procesal o relativos a la concreta graduación de la pena a imponer dentro del marco punitivo común trazado para todas ellas [218].

---

et al., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 469 s.

[218] A favor del establecimiento de una pena concursal unitaria y de la abolición de cualquier distinción entre el concurso ideal y real de delitos se ha pronunciado decididamente un sector minoritario de la doctrina alemana: vid. en este sentido Geerds, F., 1961, pp. 452 ss., 483 ss., 517 ss. y *passim*; y más recientemente Erb, V., ZStW 117 (2005), pp. 41 ss. y 44; e Id., 2020, pp. 68 ss. En las discusiones sobre la reforma de la Parte General del Código penal alemán la doctrina se mostró en cambio mayoritariamente favorable al establecimiento de una pena unitaria para todas las formas del concurso de delitos, pero manteniendo la distinción entre concurso ideal y real: vid en este sentido entre otros, Niese, W., «Empfiehlt es sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz?», en *Materialien zur Strafreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954, pp. 155 ss. y 162 ss.; Jescheck, H.-H., *ZStW* 67 (1955), pp 542 ss; y Schmitt, R., *ZStW* 75 (1963), 179. Esta fue también la solución acogida en el § 64 del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966-1969: cfr. Baumann, J., *et al., Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil,* 2.ª ed. mejorada, Tubinga, [J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)], 1969, pp. 122 ss. En esta línea se han manifestado asimismo *de lege ferenda* más recientemente, entre otros, Jakobs, G., 1993, 31/10; Roxin, C., 2014, § 33/ 7 ss.; Dürr, A., 2019, pp. 213 ss., 247 ss., 255 ss. y 311; y v. Heintschel-Heinegg, W., 2020, comentarios previos al § 52, núms. margs. 3 ss. También la Comisión especialmente designada por el Ministerio federal de Justicia alemán para la reforma del sistema de sanciones jurídico-penales se pronunció en su informe final de 2000 *(Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems,* presentado en marzo de 2000) a favor de la pena unitaria, aunque manteniendo, hasta que no se cuente con una experiencia suficiente acerca de su funcionamiento en la práctica, «el sistema de los concursos», esto es, las modalidades del concurso ideal y real de delitos [«Beschluss 8-1 (Einführung der Einheitsstrafe)», p. 145], con la particularidad de proponer también el mantenimiento de diferentes marcos penales para cada uno de ellos, cuyo máximo llegaría en el caso del concurso real hasta el de la pena del delito más grave incrementado en su mitad y mientras que en el concurso ideal llegaría solamente, como en el Derecho vigente, hasta el límite superior de la pena del delito más grave [«Beschluss 8-2 (Einheitsstrafe. Behandlung mehrerer Gesetzesverletzungen)», p. 146], Una solución uniforme, pero diametralmente opuesta a la del modelo de la «pena unitaria», pues pasaría *de lege ferenda* por suprimir el tratamiento «privilegiado» previsto para el concurso ideal en el § 52 StGB y por extender a todos los casos de concurso de delitos el sistema de «pena global» dispuesto en los §§ 53 ss. StGB para las hipótesis del concurso real, proponen ahora Freund y Rostalski: cfr. ya Freund, G., «Materiellrechtliche und strafprozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems. Gedanken aus Anlass der "Marburger Strafrechtsgesprächs 2004"», *GA* 2005, pp. 321 ss. y 327; Rostalski, F., 2019, pp. 328 ss; y Freund, G./Rostalski, F., JZ 2020, 241 s., en n. 5: Como señala Grosse-Wilde, T., «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen«, *ZStW* 133 (2021), p. 69, en n. 33, las propuestas de Freund y Rostalski constituyen una actualización del punto de vista que en su día había mantenido ya Binding, K., *Handbuch des Strafrechts*, 1. Band, Leipzig (Duncker & Humblot), pp. 565 ss. y 570 ss. Una opinión radicalmente diferente a todas las anteriores, contraria tanto al entendimiento naturalista en que, a su juicio, se basa la forma en la que la opinión actualmente dominante traza la distinción entre el concurso ideal y real de delitos, como a la adopción del modelo de la pena unitaria, viene sosteniendo desde hace décadas Puppe en numerosos escritos: *vid.,* Puppe, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *GA* 1982, pp. 151 ss.; Ead., en Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-U., *Nomos Kommentar (NK) StGB*, t. 1, 5.ª ed., Baden-Baden (Nomos), 2017, Comentarios previos al § 52, núms. margs. 2 ss. y 6; y, por último, Ead., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0, *ZStW* 132 (2020), pp. 1 ss, 17 ss., 20 ss. *Vid*., también en este sentido Grosse-Wilde, T., «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der

b) El debate en España y en el marco de este proyecto

También en España se encuentran divididas las opiniones acerca de si el concurso ideal y el real deberían recibir un tratamiento unitario o diferenciado *de lege ferenda*. La primera opinión ha sido mantenida, entre otros, por Antón Oneca, Cuello Contreras, Vives Antón, García Albero, Suárez López, Morillas Cueva, Quintero Olivares, Roig Torres y, muy recientemente, Ortega Matesanz.

Según Antón Oneca, «el sistema preferible» en una futura regulación del concurso de delitos sería «el de la pena única agravada. O sea, el de nuestro artículo 71 [sc. del CP de 1944] para el concurso formal, si bien puliéndole de sus defectos y acentuando la agravación de la pena, que podría sobrepasar considerablemente el máximo de la del delito más grave». A su juicio, el modelo a seguir sería el del «Código suizo y los proyectos alemanes a partir de 1925», que «unifican los dos concursos formal y material, adoptando para los dos la pena única del delito más grave, aumentada, pero sin que pueda exceder de la mitad de la correspondiente al delito más grave» [219].

Cuello Contreras consideraba asimismo que *de lege ferenda* sería preferible un sistema de pena única común para el concurso ideal y el real de delitos, en el que, sin embargo, esta distinción no se volvería del todo superflua, pues, a su juicio, «siempre será significativo para determinar la pena dentro del amplio marco señalado» para ambos supuestos, «el hecho de que el autor haya realizado distintos tipos penales. mediante una o varias acciones». El límite mínimo de la pena concursal común vendría determinado por el criterio de combinación y coincidiría por tanto con el que, en su cuestionable interpretación del Derecho vigente, rige ya en el caso del concurso ideal. Al igual que en la propuesta de Antón Oneca, en la de Cuello Contreras el límite máximo de la pena concursal unitaria habría de situarse en cambio, para ambas clases de concurso, «más allá del máximo de la pena correspondiente al delito más grave», pudiendo quedar como en la propuesta de Jescheck, en el doble del de

---

Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen«, *ZStW* 133 (2021), pp. 60 s., 51 ss., 83 ss., 95 ss. y 120 ss.; y Jakobs, S., «Einheitsstrafe kann Probleme nicht lösen», en Cirener/Jahn/Radtke, *Bild-Ton-Dokumentation und Konkurrenzlehre 2.0*, Köln, 2020, pp. 59 ss. El-Ghazi, M., 2020, pp. 616 ss., 631, 632 ss. y *passim,* se muestra dubitativo entre las dos posiciones últimamente citadas y propugna *de lege ferenda* bien la adopción de una solución «unitaria» basada en la aplicación del criterio de asperación como método común de determinación de la pena global, o bien una solución diferenciada mediante la aplicación de los criterios de absorción y asperación, respectivamente, para el concurso ideal y real delitos en caso de optarse, al modo de Puppe, por una solución «dual» basada no en una distinción naturalista de la «unidad» o «pluralidad de acción», sino en un entendimiento normativa y funcionalmente orientado del concurso ideal como limitado a los supuestos de «interferencia» del contenido de injusto de los delitos concurrentes y del concurso real como referido a los supuestos de «heterogeneidad» del contenido de injusto correspondiente a los delitos concurrentes.

[219] Antón Oneca, J., 1949, p. 474.

la pena correspondiente al delito más grave, o, como en la propuesta de Rudolf Schmitt (o en la de Antón Oneca), en un incremento de la mitad de esa pena [220].

Aunque con una menor precisión acerca de la forma en que se debería establecer el marco penal correspondiente, Vives Antón y García Albero se han pronunciado asimismo a favor de un tratamiento unitario del concurso ideal y real de delitos. Según Vives Antón, «la diferencia conceptual existente entre las dos modalidades de concurso no tiene por qué traducirse en un distinto régimen penológico, desde el momento en que se trata de una diferencia puramente naturalística», mientras que «en el orden valorativo, las hipótesis son idénticas», ya que «en ambos casos concurre una pluralidad de infracciones». Por este motivo Vives consideraba que «la unificación del régimen punitivo es, a la vez que una exigencia de justicia, una demanda de claridad legislativa» [221]. De un modo muy similar, para García Albero, «la mera unidad de acción naturalística, o incluso, la mera identidad parcial del sustrato subyacente, no justifica la distinción operada por el Código entre el concurso ideal y real» y «tampoco el punto de vista de la culpabilidad en sentido amplio legitima la vigente opción legislativa»; y, «si a todo ello añadimos las dificultades inherentes a la delimitación entre la unidad o pluralidad de acción» sería comprensible que existan «cualificadas voces en la doctrina española y alemana que abogan por la unificación del régimen punitivo de ambas modalidades» (sc. de concurso), al ser «idénticas», si no desde un punto de vista naturalístico, «si –y esto sería lo decisivo– valorativamente», por tratarse en ambos casos de hipótesis de «pluralidad de infracciones» [222].

Por su parte, también Suárez López ha sostenido que «un tratamiento unitario del concurso de delitos es de lege ferenda la solución más adecuada en

---

[220] Cuello Contreras, J., *ADPCP,* 1979, pp. 79 s. Cabe hacer notar que Cuello Contreras advierte claramente en este lugar que su propuesta supondría para el concurso real «una atenuación del severo y criticado régimen de la pena suma», y «por lo que se refiere al concurso ideal de delitos, […] un régimen más severo que el actual, ya que permite ir más allá del grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave». Tal solución le parecía no obstante muy satisfactoria» respecto de estas últimas hipótesis, «pues precisamente el régimen actual [sc. del concurso ideal de delitos] no permite atender a muchas de las exigencias de política criminal que aparecen en alguno de los casos que caen en su ámbito». Cuello Contreras mencionaba precisamente en este sentido, a título de ejemplo, el supuesto de «quien de un disparo lesiona a dos personas», cuyo tratamiento punitivo vigente no le parecía adecuado, ya que con él «la pena solo podrá alcanzar el grado máximo de la correspondiente a un único delito de lesiones, pese. a ser dos las victimas; es decir, la misma pena de quien solo lesiona a una persona concurriendo alguna circunstancia agravante»

[221] Vives Antón, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia (Universidad de Valencia), 1981, p. 42. A este punto de vista se adhiere expresamente Guinarte Cabada, G., «El concurso medial de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XIII, 1990, p. 206.

[222] García Albero, R., «*"Non bis in idem"* material y concurso de leyes penales», Barcelona (Cedecs), 1995, p. 277.

esta materia» y que tal tratamiento, «por las disfuncionalidades que la regulación vigente presenta, debe distanciarse de las consecuencias punitivas, acumulación y absorción», hasta ahora previstas, respectivamente para el concurso real e ideal de delitos en nuestro ordenamiento jurídico [223]. Aparte de no reputar convincentes los motivos aducidos por otros autores para suponer que sea más reprochable o que conlleve un mayor grado de injusto la perpetración de una pluralidad de delitos a través de una multiplicidad de hechos que mediante uno solo y, menos aún, para poner en cuestión la constitucionalidad de una eventual igualación del tratamiento punitivo correspondiente a ambos supuestos, Suárez López señala tres razones que justificarían esa solución unitaria: a su juicio, «en primer lugar, la diferenciación unidad pluralidad de hechos es sumamente artificial y difícilmente concretable; en segundo lugar, en el plano valorativo los supuestos de concurso real e ideal son plenamente equiparables; y, en tercer lugar, si ello no fuera así, no se podría explicar el tratamiento punitivo del concurso medial o la opción por el criterio de acumulación, cuando sea más beneficioso, para el concurso ideal» [224]. Por lo demás y en lo referente a la formulación legal con que podría plasmarse esa solución unitaria, Suárez López se adhiere a la propuesta de regulación que poco después haría Morillas Cueva, anticipando, de acuerdo con este autor, buena parte de su contenido [225].

Según Morillas Cueva, en caso de que en el futuro se decidiese mantener un tratamiento diferenciado para el concurso ideal y real de delitos, esa «separación punitiva» se debería, efectuar «acercando al máximo las consecuencias jurídicas de uno y de otro» y suprimiendo en todo caso la regulación particular de los delitos continuado y masa y la disposición establecida en el vigente artículo 78 CP [226]. Su opción preferente es, sin embargo, la de unificar el tratamiento penal de todas las formas del concurso de delitos, porque, a su entender, el asunto de «la intensidad punitiva entre el concurso real y el ideal no ha de ser planteado con carácter de inalterabilidad absoluta. Cierto es –añade este autor– que en muchas ocasiones la intensidad del injusto que representa el

---

[223] Suárez López, J. M., 2001, p. 59.

[224] *Cfr., ibídem,* pp. 58 s. La referencia al concurso medial se explica por tratarse, a juicio de Suárez López, de un supuesto de concurso real expresamente legalmente equiparado, en el momento de escribir esas líneas, en cuanto a su tratamiento punitivo al concurso ideal de delitos. Para rechazar el supuesto mayor desvalor de los casos de concurso real de delitos sobre los de concurso ideal, este autor, por lo demás señalaba, sirviéndose de un conocido ejemplo, lo siguiente: «no creemos, bajo ningún concepto, que sea menos grave matar a dos recién nacidos arrojándolos por un barranco con una sola acción que tirando primero a uno y después a otro. Muy al contrario, como han apuntado algunos autores, es más fácil aceptar la solución opuesta» *(ibídem,* p. 58).

[225] *Vid*., *ibídem*, p. 148. *Vid*., también Morillas Cueva, L., 2002, p. 485, n. 99.

[226] *Cfr.,* Morillas Cueva, L., 2002, pp. 480 s., 484 y 486.

concurso real es superior al del concurso ideal, pero puede suceder también lo contrario o, al menos, que entre ambos se generen fuertes dudas sobre tal cuestión» [227]. Frente a «las ambigüedades y contradicciones del actual sistema», Morillas propone transitar a otro en el que se concedan «al Juez más posibilidades de arbitrio para que, según las conductas concretas a valorar, pueda, dentro de unos márgenes delimitados con exactitud por la norma, evaluar los factores que incidan en el supuesto, sus distintos niveles y cuantos otros presupuestos se le indiquen legalmente, sin tener que atenerse previamente a puniciones derivadas de clasificaciones concúrsales, en muchos casos discutibles y escasamente fundamentadas, con la pretensión […] de que el aplicador de la norma en la medición de la pena en los supuestos de concurso de delitos tenga, al menos, la misma libertad que en la medición de la pena para un solo delito» [228]. Resumida con sus propias palabras, la solución propuesta por Morillas Cueva para cumplir tales objetivos «parte de una pena única para todas las hipótesis concúrsales, con un límite mínimo y uno máximo que posibiliten, según los parámetros establecidos por la misma norma, la fijación de la pena concreta a aplicar, con unas determinadas excepciones al límite máximo con objeto de evitar, de este modo, penas excesivamente largas y duras contrarias a los principios fundamentales que disciplinan la teoría de la pena y la misma esencia del Derecho Penal, y para evitar, al mismo tiempo, posibles inconvenientes que se podrían mostrar, en determinados casos, con una fijación automática de dicho límite» [229].

---

[227] *Ibídem*, p. 483. Morillas Cueva menciona como hipótesis en las que se han suscitado las dudas a las que se alude en el texto aquellas en las que por una acción, como la de arrojar o hacer detonar una bomba o la de lanzar un avión contra un edificio habitado, se produce la muerte de varias o de muchas personas, y se pregunta, retóricamente, si cabe seriamente aceptar que tales conductas, como las de los atentados de Hipercor en España o de las Torres Gemelas de Nueva York, «presentan un contenido valorativo menos grave que la del que dispara en la calle a una persona y la mata y después a otra y más tarde a otra con idéntico resultado». Este autor menciona además la dificultad existente para establecer de un modo nítido la distinción entre unidad y pluralidad de acción o de hecho en estos casos, y la ejemplifica en los diferentes criterios que a tal respecto mantuvieron en el conocido caso del Bar Batxoki por un lado la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que en sus sentencias de 20 de septiembre de 1991 y 12 de marzo de 1992 apreciaron un concurso real entre los intentos de producir la muerte y las lesiones causadas a las personas allí reunidas aduciendo que la agresión se habría producido «tiro a tiro y apuntando las armas hacia cada una de las víctimas», y, por otro lado, el Ministerio Fiscal, que estimó que existía un concurso ideal de delitos, por tratarse, a su juicio, de una única acción por más que estuviese dirigida a provocar múltiples resultados.

[228] *Ibídem*, p. 484.

[229] *Ibídem*, p. 485. En este mismo lugar, Morillas Cueva ofrece la redacción, ciertamente compleja, que podría tener su propuesta de regulación unitaria del concurso ideal y real de delitos: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le aplicará una pena única que tendrá como límite máximo la suma de las penas correspondientes a cada una de las infracciones concurrentes en su tope máximo, no pudiendo sobrepasar el máximo establecido para la clase de pena de mayor gravedad de entre ellas, y como límite mínimo la más grave de las penas en el mínimo de su mitad superior, de las concretamente fijadas para los

De un modo más general, Quintero Olivares ha señalado asimismo que «en el terreno de lo deseable, para resolver muchos de los conflictos que suscita la pluralidad de delitos enjuiciados a la vez posiblemente lo mejor sería el sistema de pena única que exprese la respuesta global del Estado y la ciudadanía al delincuente, y, si es posible, procurando que esa sentencia exprese todas las «deudas pendientes» de esa persona, cualquiera que sea el lugar en que tenga abierto un proceso» [230]. Y Roig Torres ha advertido que «la inseguridad que genera la regulación actual del concurso ideal, las dudas que su aplicación plantea desde el punto de vista de la justicia material si se sigue la tesis ampliamente aceptada de la acción, y la falta de un fundamento jurídico cierto para esa disciplina privilegiada, nos llevan a pensar que efectivamente sería procedente unificar el régimen penológico de ambos concursos, real e ideal, revisando la disciplina actual con miras a encontrar un sistema sancionador más equitativo» [231].

Por último, cabe mencionar especialmente la muy argumentada y detallada toma de posición que Ortega Matesanz ha expuesto recientemente a favor de la unificación de las reglas jurídicas sancionadoras del concurso de delitos. En su opinión, de ningún modo es cierto que el contenido de injusto, ni la culpabilidad, sean siempre mayores en el concurso real que en el concurso ideal de delitos y así vendría a ponerlo de manifiesto la existencia de casos, como el de quien provoca la muerte de varias personas con un artefacto explosivo, que, aun siendo, a su juicio, hipótesis de concurso ideal, han sido derivados (según su punto de vista, incorrectamente *de lege lata)* por el Tribunal Supremo, junto con otras hipótesis de concurso ideal homogéneo, «a las reglas penológicas del concurso real de delitos […] por un patente déficit de proporcionalidad entre la conducta del infractor y la consecuencia jurídica en principio aplicable legalmente». Según Ortega Matesanz, «dado que […] puede haber situaciones

delitos o faltas concurrentes. Excepcionalmente el límite máximo será: a) Cuando exceda del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, la pena resultante a cumplir no podrá exceder de la mitad de la citada suma de las penas correspondientes a cada una de las infracciones concurrentes en su tope máximo, b) Cuando el tope máximo de la pena de mayor gravedad concretamente fijada coincida con el máximo establecido para la clase de dicha pena se añadirá a ésta un cuarto de la duración total establecida para la correspondiente clase de pena, c) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años. Para la concreta medida de pena, los Jueces o Tribunales, motivándolo en la sentencia, atenderán al número y gravedad de los delitos concurrentes, a su mayor o menor conexión, a los hechos, a los sujetos ofendidos y a la personalidad del sujeto. En ningún caso la pena podrá exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente, en cuyo caso se sancionarán las infracciones por separado».

[230] Quintero Olivares, G., Comentario al artículo 73 CP, en Quintero Olivares, G. (dir.)/Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7.ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2016.

[231] Roig Torres, M., *El concurso ideal de delitos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, p. 360.

[*sc*. como las que se acaban de mencionar] en las que la consecuencia del concurso ideal de delitos debería ser más severa, por el mayor contenido de injusto y por razones de justicia material», sería preferible «establecer un sistema único que permita adaptarse a cada caso concreto, a la gravedad de la conducta realizada y a las circunstancias personales del delincuente» [232]. La solución que este autor considera más adecuada para el tratamiento del concurso de delitos no es, pues, la de establecer simplemente límites al cumplimiento de las penas impuestas, como hasta ahora sucede en nuestro Derecho en el caso del concurso real de delitos, sino en adoptar, como se hace en otros ordenamientos jurídicos (o en el art. 78 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional [233]), «un régimen de determinación de la pena de carácter unitario» que «lleve a la formación de una pena global, una sola pena, al menos cuando sean de la misma naturaleza o clase las señaladas legalmente a las infracciones concurrentes» [234]. Esa pena global tendría en la propuesta de Ortega Matesanz un marco penal, con un límite máximo y otro mínimo. El límite superior habría de ser doble: por un lado, la pena global «no [podría] exceder de la suma de las penas particulares o individuales aplicables en el caso concreto»; y, por otro, tampoco podría superar en ningún caso los veinticinco años para las penas privativas de libertad y las penas privativas de otros derechos, ni los 800 euros en las cuotas diarias de multa. Por su parte, el límite mínimo de la pena global «vendría representado por la más grave de las penas individuales que se hubieran impuesto individualmente, incrementada en una unidad», a fin de asegurar que en caso de concurso de varias infracciones penales se aplique «una pena mayor a la de la unidad delictiva» [235].

A favor de mantener *de lege ferenda* un tratamiento diferenciado para el concurso ideal y real de delitos se pronunciaron, en cambio, según quedó más arriba expuesto, Santiago Mir Puig y los autores de la Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal inspirada por este autor [236], y más reciente-

---

[232] Ortega Matesanz, A., 2022b, p. 518.

[233] *Cfr., ibídem*, p. 544.

[234] *Ibídem*, p. 538.

[235] *Ibídem,* pp. 544 s. Ortega Matesanz aclara que «el sistema trazado permitiría que se sancionen con una misma consecuencia los supuestos de concurso real o ideal de delitos, así como el medial, que no deja de ser una modalidad del material», y que «sólo es en abstracto, en cuanto al criterio de imposición, donde la penalidad es coincidente», mientras que en el caso concreto podrían producirse diferencias en la punición, de modo que «muchos casos de concurso ideal homogéneo deberán ser sancionados más gravemente que otros de concurso real», porque «la violación de varios tipos penales, o del mismo en varias ocasiones, con una sola acción, puede ser merecedora de más pena que si los mismos delitos hubiesen provenido de actos separados y sucesivos en el tiempo», por más que ello, «ciertamente no sea lo habitual y los supuestos de pluralidad de acciones y delitos presenten, por lo general, un mayor contenido de injusto» *(ibídem,* p. 549)

[236] *Vid*., *supra* n. 26.

mente también Cuerda Riezu y Choclán Montalvo han defendido decididamente esta tesis.

Según Cuerda Riezu, un «sistema de pena unitaria», esto es, un sistema «que aboga por la unificación de los concursos ideal y real», sería «contrario a la Constitución al ser incompatible con el principio *non bis in idem*». La razón que Cuerda Riezu esgrime para justificar este juicio tan rotundo es «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». De ello se derivaría que «la consecuencia jurídica que se prevea para el concurso ideal –sea cual sea ésta– ha de ser necesariamente de inferior gravedad a la que se determine para el concurso real –sea cual sea ésta–. Y, por tanto, el tratamiento de ambos concursos no pueden ni deben coincidir nunca». Y así, por ejemplo, «si un único disparo provoca un aborto y un homicidio de la mujer embarazada, no es posible con el Derecho vigente aplicar el sistema de la acumulación, porque ello supondría valorar la acción de disparar doblemente: una vez para el homicidio y otra para el aborto, y tendría una penalidad desproporcionada, como si hubiera habido dos acciones (dos disparos) independientes» [237]. En opinión de este autor, el concurso real de delitos debería dejar de estar sometido al principio de acumulación de penas (incluso en la versión limitada, conocida como acumulación jurídica), que considera también inconstitucional respecto de las penas privativas de libertad por oponerse al mandato de resocialización al alterar la suma de penas los efectos preventivos pretendidos con cada pena individual y permitir la creación de sanciones desconocidas en el Derecho entonces vigente, como la cadena perpetua. Cuerda Riezu proponía pues abandonar en el concurso real el sistema de acumulación, salvo como «límite máximo de todas las consecuencias concursales», y sustituirlo por otro de «exasperación obligatoria» que diese lugar a «un marco penal en el que se tengan en cuenta los fines preventivos» y en el que el grado de tal exasperación estuviera en función del número y la gravedad de las infracciones concurrentes», adhiriéndose con ello a soluciones como las propuestas por Mir Puig y Sanz Morán [238]. Para el concurso ideal, por

[237] Cuerda Riezu, A., ADPCP 1991, p. 849. *Cfr.,* también Id., «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», en Santana Vega, D. M. /Fernández Bautista, S./Cardenal Montraveta, S./Carpio Briz, D./Castellví Monserrat, C. (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 173 ss., y 176 s.

[238] *Cfr.,* Cuerda Riezu, A., ADPCP 1991, pp. 851 ss.

su parte, debería acogerse en cambio, a juicio de Cuerda Riezu, un sistema de absorción agravada actualmente vigente, pero añadiéndole, por ser su consecuencia jurídica «demasiado benigna, puesto que coincide con el tratamiento que merece la existencia de una sola agravación en un solo delito» cuando «en el concurso ideal no hay uno sino varios delitos», una «exasperación facultativa», que podría quedar formulada en un precepto del siguiente tenor:

> «En estos casos se impondrá en su mitad superior la pena correspondiente a la infracción más grave, que podrá ser aumentada, motivadamente hasta la mitad de su límite máximo.» [239]

Choclán Montalvo ha defendido asimismo el mantenimiento de una separación del tratamiento del concurso ideal y real de delitos basada en la existencia, respectivamente, de una unidad de acción o de una pluralidad de acciones, entendidas, en principio, en un sentido naturalista, como «actos de voluntad» o como «manifestaciones volitivas», sin que sea determinante para la existencia de esa unidad o pluralidad de acción el dato, asimismo naturalístico, del número de los resultados exteriores del acto volitivo de que se trate, «aunque cada uno haya sido querido por el agente» [240]. Este autor no disiente del tratamiento que el Derecho vigente ofrece para el concurso ideal a partir de tal entendimiento y, aunque admite que la aplicación de la regla establecida en el artículo 77 CP de imponer la pena correspondiente a uno solo de los delitos, el más grave, en su grado máximo «pueda conducir a un privilegio injustificado en el caso de que mediante una sola acción (colocar una bomba, por ejemplo) se producen varios resultados de muerte o lesión», considera que la introducción de la pena de prisión permanente revisable podría «soslayar» esos «injustos privilegios para el autor de delitos muy graves» en el caso del concurso ideal de delitos contra las personas [241]. En cambio, a la vista de las «disfunciones del sistema de acumulación jurídica» y en particular de la «injusticia del límite relativo del triplo de la [pena] más grave» como regla de tratamiento del concurso real [242], Choclán Montalvo ha propuesto sustituir ese régimen de acumulación limitada por un sistema de pena global, complementado también con la pena de prisión permanente revisable para los delitos más graves, que, conforme al modelo alemán, tendría la ventaja de conceder al juez en la formación

---

[239] *Vid*., Cuerda Riezu, A., ADPCP 1991, pp. 857 ss. *Vid*., también las propuestas que en el mismo sentido, aunque de forma algo más vaga, formula este autor en Id., 1992, pp. 271 ss.; y en Id., 2021, pp. 173 ss.

[240] *Cfr.,* Choclán Montalvo, J. A., *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2006, pp. 167 ss.

[241] *Cfr., ibídem*, pp. 172 y 185.

[242] *Cfr.*, *ibídem*, pp. 185 ss. y 188 s.

de la pena concursal un amplio margen de discrecionalidad para poder ajustarla, en su caso también en ejecución de sentencia cuando el penado reciba nuevas condenas por hechos cometidos con anterioridad a una condena precedente, a la personalidad del autor y la gravedad que, en una visión de conjunto, muestren los hechos por él realizados [243].

Una tesis favorable a una sustancial distinción en el tratamiento futuro del concurso ideal y real de delitos ha encontrado también partidarios entre los investigadores implicados en este proyecto. Aparte de Sanz Morán, a cuya propuesta se ha hecho ya cumplida mención, también Cantard se ha pronunciado a favor de una solución semejante. En su opinión, al menos en los casos estándar, «la realización de infracciones múltiples mediante varios hechos independientes es más grave que realizarlas, *ceteris paribus*, mediante un solo hecho» porque «la multiplicidad de eventos en que ellas se realizan incrementa el desvalor objetivo que debe juzgarse», determinando la existencia de «un ilícito mayor». Cantard admite, no obstante, que esa diferencia de grado de ilicitud «puede no ser tan clara en otros supuestos» en los que es ya dudosa la modalidad concursal apreciable, «como sucede, por ejemplo, en los casos que se proponen para cuestionar la razonabilidad de la solución plural» (esto es, en las hipótesis de producción de una multiplicidad de resultados lesivos de bienes altamente personales mediante un solo movimiento corporal dolosamente ejecutado para producirlos). Para tales supuestos «debería existir», a su juicio, «una vía alternativa en las consecuencias» o, más bien, una «progresión en las consecuencias jurídicas» de la apreciación de un concurso ideal o real de delitos y un «acercamiento» de las reglas respectivas de determinación de las penas, lo que «implicaría desterrar, de una vez y para siempre, el sistema de acumulación jurídica previsto para el concurso real» y posibilitaría que «la opción por una u otra modalidad no conlleve la excesiva desproporcionalidad que se produce con la regulación actual» [244].

No cabe en cambio atribuir una posición favorable a mantener la distinción del concurso ideal y real de delitos a Mañalich Raffo, ni a Greco, participantes también en este proyecto, a pesar de que en sus respectivas contribuciones a esta obra ambos se proponen esclarecer el sentido que esta distinción podría tener en los ordenamientos jurídicos en que se establece, como actualmente sucede en Chile y Brasil, sus países de origen, y hacerla operativa en ellos de modo más razonable posible; pues ello deja a salvo la posibilidad de que *de lege ferenda* se adopte una solución diferente.

---

[243] *Vid*., *ibídem*, pp. 190 s.
[244] Cantard, N. (contribución a esta obra), pp. 61 ss.

Mañalich Raffo advierte expresamente, en efecto, que con su propuesta de operar con la fórmula de la «evitabilidad conjunta», como regla de reconocimiento de los supuestos susceptibles de subsumirse en la noción de unidad de hecho y, por tanto, en el concurso ideal de delitos, se trata de «identificar una base racional» –que, a su juicio, sería la existencia de «una imbricación del injusto subjetivo» de los delitos idealmente concurrentes– «que *explique*, aunque no necesariamente *justifique*, la decisión legislativa», adoptada, entre otros, por el legislador chileno, de someter ese supuesto a «un régimen punitivo comparativamente menos severo» que el correspondiente a las hipótesis del concurso real. En cualquier caso Mañalich Raffo aclara que esta es una decisión «que el legislador puede hacer suya, pero que de ningún modo está obligado bajo estándares de derecho supralegal a hacer suya» [245] y, aún más explícitamente, el propio Mañalich había admitido además que «los argumentos a favor de la relativización de este principio de diferenciación, que pueden llegar incluso a favorecer la solución inversa, consistente en la adopción de un principio de unificación de uno y otro régimen, no dejan de ser atendibles» [246].

En el caso de Greco (y de Leite, que colabora con él en su contribución a esta obra), parecería que cabría llegar a una conclusión diferente, pues aunque, según expresamente declaran, el estudio que aquí presentan «aspira a ser solo un primer intento de los autores de reorientar la materia del concurso de delitos en el Derecho penal brasileño» y a rediseñar «algunos criterios interpretativos válidos *de lege lata»,* la síntesis de sus «ideas fundamentales» pretende también tener validez como «ensayo de una eventual y futura reformulación legislativa» en esta materia. Sin embargo, a la espera de ese «estudio más amplio» a publicar en el futuro que ahora nos prometen para «resolver algunas cuestiones que aquí quedarán abiertas», hay que reseñar que en un estudio precedente, en el que esos mismos autores (junto a otros colaboradores) diseñaron una propuesta alternativa de Parte General para el Código penal brasileño, la regulación del concurso de delitos, contenida en el artículo 69 de dicha propuesta, preveía un sistema unitario, sin mención de cualquier distinción entre el concurso real e ideal de delitos, en el que se determinaba para cualquier supuesto del «concorso de crimes» la aplicación de la pena más grave de las penas privativas de libertad y de la más grave de las penas de multa susceptibles de ser impuestas, con la posibilidad de aumentarlas desde un sexto hasta el triplo

[245] Así Mañalich Raffo, J. P., «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del «dolo alternativo» (contribución a esta obra)«, pp. 142 s. (con cursivas en el original). En este sentido se había pronunciado este autor en Id., «El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno», *Revista de Estudios de la Justicia REJ*, núm. 15 (2011), p. 153.

[246] Mañalich Raffo, J. P., *REJ*, núm. 15 (2011), p. 153.

respetando los límites absolutos de 30 años de privación de libertad y 730 días-multa, así como de las penas restrictivas de derechos aplicables por las distintas infracciones concurrentes, dentro de límites semejantes [247]. Es oportuno recordar además, que en la fundamentación de la propuesta de establecer ese «régimen único de la pena del concurso de delitos siguiendo la regla de exasperación» y de «abandonar la distinción entre concurso material y formal» se señalaba el «dudoso fundamento sustancial» de tal distinción en cuanto «se basa en la cuestionable premisa de que habría mayor desvalor o reprobabilidad en los ilícitos que derivan de conductas distintas que en los practicados por una misma conducta: como si matar a varias personas con una bomba fuese menos grave que matarlas con disparos diversos de un arma de fuego (art. 121 del CP); como si lanzar el anzuelo al agua varias veces para pescar en lugar vedado fuese más grave que echar y sacar allí solo una vez una red (art. 34 y 36 de la Ley 9.605/1998); como si fuese menos grave la inserción de distintos datos falsos en un sistema informatizado de la Administración Pública por medio de un único acceso que por medio de varios accesos (art. 313-A del CP); o como si fuese más grave hacer disponible pornografía infantil por medio de varias conexiones a internet que por medio de una conexión que durase días (art. 241-A de la Ley 8.069 /1990)» [248].

c) ¿Hay siempre un menor contenido de ilícito o una menor culpabilidad en los supuestos del concurso ideal que en los de concurso real?

Esta es, en efecto, la cuestión crucial. Una respuesta afirmativa parece que habría de imponerse, si en una línea próxima a la sugerida en el marco de este proyecto por Greco y Leite o, en la doctrina alemana, por Puppe y sus seguidores ambas formas del concurso de delitos se definen, respectivamente, como aquella en la que los delitos concurrentes tienen un contenido de ilícito que se solapa parcialmente y muestran por tanto lo que Puppe denomina un «parentesco de injusto» y como aquella otra en la que el contenido de injusto de los delitos que concurren es completamente independiente [249].

Como Greco y Leite señalan con respecto al caso del Derecho brasileño, en la jurisprudencia de los distintos países se observa una acusada tendencia a interpretar las categorías concursales y los conceptos con los que se definen

---

[247] *Vid*., Greco, L./Horta, F./Leite, A./Teixeira, A./Quandt, G., *Parte Geral do Código Penal. Uma proposta alternativa para debate, Versão revisada e ampliada*, São Paulo (Marcial Pons), 2017, pp. 83 ss.

[248] *Ibídem*, p. 85.

[249] Los propios Greco y Leite admiten en su contribución a esta obra (p. 116, n. 67) la proximidad de su construcción con la tesis de Puppe, I., 1979, p. 170 y ss. y *passim*, según la cual el concurso formal (o ideal) se daría precisamente en los supuestos de «parentesco de injusto».

sus respectivos presupuestos de aplicación en un sentido funcional, esto es, en atención a las consecuencias penológicas que llevan aparejadas. Cabe incluso decir que «la jurisprudencia acaba orientándose más por las consecuencias tenidas como justas que por esas categorías» [250]. Y también en la doctrina se han dado pasos en esa dirección. Sin ir más lejos, Greco y Leite aprueban ese modo de proceder y llegan incluso a situarlo en la base de su propuesta de reconstrucción del sistema del concurso de infracciones punibles, tanto en lo que afecta a la interpretación del Derecho vigente como en lo referente a una aún incipiente propuesta de reformulación legal. Y Mañalich y yo mismo hemos advertido que los conceptos de unidad y pluralidad de hecho o de acción de la teoría del concurso deberían ser entendidos ya *de lege lata* como «conceptos funcionales» en el sentido anteriormente indicado [251].

No cabe desconocer, sin embargo, que en el entendimiento actual de las categorías concursales y de los conceptos de unidad o pluralidad de hecho o de acción sigue estando ampliamente presente un criterio, que no cabe calificar en principio como funcional o teleológicamente orientado en la dirección apuntada, sino más bien como el último reducto de una concepción naturalista del concurso de infracciones penales, conforme a la cual «habría unidad de acción [o de hecho] siempre que las realizaciones típicas concurrentes hayan tenido lugar a través de un mismo movimiento corporal voluntario» [252]. Por este motivo a la hora de efectuar una propuesta de regulación en la que de uno u otro modo se haga referencia a la tradicional distinción entre el concurso ideal y real de delitos y que se sirva a tal efecto de conceptos de unidad o pluralidad de hecho o de acción susceptibles de seguir siendo entendidos de ese modo, es preciso preguntarse por las razones por las que una identidad, al menos parcial, del movimiento corporal subyacente a una pluralidad de realizaciones típicas podría ser relevante en orden a reducir el merecimiento (y/o la necesidad) de la imposición de la pena correspondiente en comparación con los casos indiscutidos de concurso real en que no se da tal identidad. Lo cierto es, sin embargo, que los diversos esfuerzos realizados para tratar de justificar la relevancia normativa de ese dato ontológico no resultan del todo convincentes.

Por un lado, hay quienes como Cuerda Riezu sostienen que la remisión de los supuestos de identidad al menos parcial de acción en sentido natural a

---

[250] Así Greco, L./Horta, F./Leite, A./Teixeira, A./Quandt, G., 2017, p. 85.

[251] *Vid*., ya en este sentido Mañalich Raffo, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica UPR*, vol. 74:4 (2005), p. 1039; y Peñaranda Ramos, E., 2022, pp. 822, 825, 830 y *passim.*

[252] Así Mañalich Raffo, *REJ*, núm. 15 (2011), pp. 152 s., quien no deja de advertir que acudir sin más a un criterio semejante no le parece demasiado sensato.

las reglas del concurso ideal, en lugar de a las del concurso real de delitos viene exigida por la vigencia del principio *non bis in idem*. A su juicio, «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» [253]. Pero a ello cabe oponer que el ámbito en el que propiamente opera dicho principio no es el de la identidad (total ni parcial) del sustrato fáctico subyacente a una pluralidad de realizaciones típicas, sino el (de la identidad) de la valoración de dicho sustrato. Por ello no supone una infracción del principio *ne bis in idem* tomar en cuenta varias veces «una misma acción», sino anudar a una de sus propiedades jurídico-penalmente relevantes más de una consecuencia jurídica [254]. La prohibición de incurrir en *bis in idem* no puede constituir pues por sí misma un argumento que impida al legislador someter el concurso ideal de delitos al mismo régimen jurídico que al concurso real una vez que se admite que, coincidiendo o no el mismo sustrato fáctico, en ambos casos concurre una pluralidad de infracciones [255]. Por lo demás, el argumento aducido por Cuerda Riezu se presta a graves dificultades porque, si fuese correcta esa tesis, devendría problemático un tratamiento penológico del concurso ideal de delitos que vaya más allá de la regla de pura absorción y, en particular, porque desde tal perspectiva sería absolutamente insostenible la regla de acumulación de las penas individuales de los delitos idealmente concurrentes [256], prevista con carácter subsidiario tanto en el Derecho vigente como en la propuesta *de lege ferenda* que paradójicamente hace este autor. En todo caso, no deja de ser también paradójico desde esta perspectiva que el propio Cuerda Riezu reclamara que, en una futura regulación del concurso ideal de delitos, a la absorción agravada obligatoria actualmente prescrita en el artículo 77 CP se añadiese una exasperación facultativa de has-

[253] Cuerda Riezu, A., *ADPCP,* 1991, p. 849. A este punto de vista se han adherido González Rus, J. J., 2000, pp. 913 s.; y Sanz Morán, A. J., 1995, p. 214, quien desde este escrito y hasta el momento presente *(vid., supra* su contribución a esta obra, p. 276) añade al argumento de la existencia de una única rebelión al ordenamiento jurídico *(vid., infra* en el texto) el del *ne bis in idem*. *Vid.* también en esta línea, pero sin apelar expresamente a la prohibición de incurrir en *bis in idem*, sino meramente a «una coincidencia en el proceso de ejecución, que determina una menor gravedad del desvalor de la acción», Cerezo Mir, J., 2001, p. 313, n. 36.

[254] *Cfr.,* aquí y en lo que sigue en el texto la atinada crítica que a Cuerda Riezu dirige García Albero, R. 1995, pp. 232 ss. y 279.

[255] *Vid*., en este sentido Mañalich Raffo, P., *REJ*, núm. 15 (2011), p. 154; e Id., El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio». *Polít. crim.* Vol. 9, núm.18 (Diciembre 2014), artículo 8, pp. 549 ss.

[256] *Vid*., en este sentido nuevamente García Albero, R. 1995, pp. 288 ss.

ta la mitad del límite máximo de la pena correspondiente a la infracción más grave [257].

Por otro lado, tampoco resulta plausible la suposición de que a las hipótesis de concurso ideal definidas al modo tradicional sería en todo caso inherente una menor culpabilidad del agente, bien por necesitar una «energía criminal» de menor intensidad para infringir varias normas mediante una sola acción que a través de acciones distintas; bien porque en el primer caso se daría «una sola rebelión contra el orden jurídico» frente a la rebelión reiterada contra dicho orden que estaría presente en el segundo; o bien por la supuesta existencia de un contexto de motivación unitario o plural, respectivamente [258]. En esta línea merece una mención especial la tesis, reiterada nuevamente en el marco de este proyecto por Sanz Morán [259], de que «sería preferible el tratamiento diferenciado del concurso ideal y el concurso real de delitos» porque «en el primero, se da una única exteriorización volitiva, un único momento, por tanto, de rebelión frente al orden jurídico». Todas estas pretendidas explicaciones, incluida la de Sanz Morán, son muy problemáticas, tanto por cuestiones de principio, que se relacionan con el cuestionable concepto de culpabilidad que a ellas subyace, como por lo que respecta a su aplicación a la distinción que aquí se debate [260]. Para no extenderme en exceso, me limitaré a señalar, con García Albero, que «cuando de una "sola acción" se deriva una pluralidad de resultados, todos intencionalmente apetecidos, justificar el trato más benévolo del concurso ideal apelando a ese "único momento de rebelión" resulta […] manifiestamente desafortunado», pues en tal caso «la unidad de la conducta externa representaría para el reo un afortunado "ahorro de energía" y el aprovechamiento de una "feliz ocasión"», de modo que «no se comprende bien por qué se ha de tratar con menor rigor a quien decide disparar individualmente a cada una de sus potenciales víctimas que al que directamente opta por reunirlas y hacer explosionar una bomba» [261]. Aparte de ello, no se acierta a comprender por qué en casos como el citado solo cabría apreciar «una rebelión frente al orden jurídico» y no tantas «rebeliones» contra ese orden cuantos

[257] *Cfr.,* Cuerda Riezu, A., *ADPCP,* 1991, p. 859.

[258] Un amplio y detallado análisis de los múltiples intentos efectuados en Alemania para tratar de fundamentar el tratamiento diferenciado del concurso ideal y real de delitos en la existencia de un diferente grado de culpabilidad puede verse en El-Ghazi, M., 2020, pp. 572 ss., quien tras ese pormenorizado estudio concluye *(ibídem,* pp. 616 s.) que ni el contenido específico de culpabilidad (ni el de injusto) se ven influidos por la forma (en unidad o pluralidad de acción) en que el concurso de delitos se presente.

[259] *Vid*., *supra* Sanz Morán, A. J. (contribución a esta obra), p. 276 y anteriormente Id.,1986, p. 257; e Id., 1995, p. 214.

[260] *Vid*., al respecto más ampliamente García Albero. R., 1995, pp. 273 ss., con múltiples referencias.

[261] García Albero, R., 1995, p. 276.

fueran los delitos así cometidos [262]. En la base de aquel entendimiento parece hallarse la vieja suposición, ampliamente ya superada por la manifiesta falacia que encierra el uso en la premisa mayor y menor de un silogismo de un mismo término («acción») en dos sentidos distintos, de que si «el delito [sc. entendido a su vez como rebelión frente al Derecho] es acción» no podría haber más que un delito (o una rebelión de esa clase) cuando «la acción» es una sola.

Algo más plausible parece en cambio y por último la idea de que la unidad de hecho o de acción vendría a indicar la existencia de cierta «superposición», «parentesco» o «imbricación» no solo del sustrato fáctico, sino también del propio desvalor de los delitos concurrentes, lo que haría desproporcionada una respuesta penal tan intensa como la que resulta procedente cuando su contenido de injusto es completamente independiente. En esta línea Mañalich Raffo ha señalado que «el criterio con relevancia normativa» que podría ofrecer «la mejor explicación disponible» del tratamiento punitivo más favorable que el legislador chileno, como el español, actualmente dispensa al concurso ideal frente al concurso real de delitos, descansaría «en el reconocimiento … de una superposición … del «desvalor de acción», esto es, del injusto subjetivo de los hechos punibles» idealmente concurrentes. Tal «superposición» se presta, a su juicio, a ser detectada por medio del «criterio de evitabilidad conjunta», propuesto por Kindhäuser, conforme al cual «hay unidad de hecho entre dos o más instancias de realización de uno o varios tipos-de-hecho-punible si y sólo si para el agente hubiese sido posible evitar cada una de ellas a través de la omisión o la ejecución de una y la misma acción». En opinión del penalista chileno, la relevancia normativa de esta conexión podría ser pues también formulada «en clave de proporcionalidad», en la medida en que «la imposición acumulativa de las penas correspondientes a los dos o más hechos punibles» idealmente concurrentes «resultaría excesiva, en cuanto desproporcionada, en razón de la falta de plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de ellos» [263].

A mi entender es, sin embargo, más que dudoso que, a través de la aplicación del test de evitación conjunta, que, al menos en los casos de concurrencia de varios delitos de comisión activa, no es más que un correlato de la existencia de una relación de identidad total o parcial de la acción ejecutiva de

[262] *Vid*., en este sentido el convincente razonamiento de Mañalich Raffo, J. P, en su contribución a esta obra, pp. 6 s., que se apoya a su vez en la contundente crítica de Puppe, I., 1979, pp. 145 ss y 148 s., a la idea de que la existencia de una «única rebeldía» o rebelión» contra el ordenamiento pudiese servir para identificar una unidad de hecho.

[263] Mañalich Raffo, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Polít. Crim.,* Vol. 10, núm. 20 (Diciembre 2015), artículo 3, pp. 507 ss.

una pluralidad de realizaciones típicas del mismo o diferentes delitos, quepa constatar inequívocamente un menor desvalor subjetivo de acción que en los casos en que sus respectivas acciones ejecutivas no se hallen en una relación de tales características. Por decirlo de un modo retórico: ¿cabe apreciar en verdad una diferencia normativamente significativa del desvalor subjetivo de acción entre dos variantes del ejemplo del padre que mata intencionadamente a sus dos hijos gemelos arrojándolos al agua desde un puente [264] para que mueran ahogados, según que aquél los lance uno a uno, por ejemplo de forma consecutiva (pues entonces es indudable que el test de evitación conjunta indicaría que estamos ante un concurso real), o que empuje de una vez el cochecito en el que ambos se hallaban (ya que en tal hipótesis la aplicación de dicho test arrojaría como resultado la existencia de un concurso ideal)? Dado lo contraintuitivo o, incluso, absurdo [265] que resulta asignar un diverso tratamiento penológico a ambos casos en función de una diferencia que parece ser puramente fenoménica y carecer de un significado normativo mínimamente relevante, no es extraño que Mañalich Raffo insista, según ya hemos visto, una y otra vez en que aquí nos hallamos simplemente ante una «explicación» y no ante una justificación del régimen punitivo diferenciado del concurso ideal y real de delitos y reconozca que hay buenos argumentos para relativizar el principio de diferenciación de ambas formas de concurso de infracciones o, incluso, para optar por la unificación de su régimen jurídico [266].

Y es que ciertamente, aunque el test de evitación conjunta estuviese en condiciones de detectar de un modo infalible la existencia de una superposición o parentesco de injusto entre los delitos realizados en «unidad de acción», de ello tampoco se derivaría de una forma indefectible la necesidad de un tratamiento diferenciado de los casos del concurso ideal y del concurso real de delitos para someterlos respectivamente a una regla de absorción pura o agravada o a una de exasperación (o acumulación). Pues, dado que la superposición o el parentesco admiten muy diversos grados, que pueden ir desde una relación muy completa, próxima o estrecha hasta otra de total separación o independencia, el legislador puede dar cuenta de esa gradualidad por medio del establecimiento de un régimen común y, hasta ese punto «unitario», de

[264] Se trata de un ejemplo muy habitualmente citado para poner de manifiesto que la tradicional distinción del concurso ideal y real de delitos no es expresiva (o al menos no lo es necesariamente) de un diferente grado de injusto y de culpabilidad de los casos que han de incluirse en las correspondientes categorías concursales. Sobre el origen de este ejemplo y su amplia utilización en el sentido indicado, *vid.,* Erb, V., *ZStW* 117 (2005), p. 42, n. 22.

[265] Así lo califica rotundamente García Albero, R., 1995, pp. 276 s., con n. 171, en donde este autor hace referencia precisamente al ejemplo citado en el texto.

[266] *Vid*., en este sentido Mañalich Raffo, J. P., *REJ,* núm.15 (2011), p. 153.

exasperación, en la que la medida de la intensificación de la pena pueda ser de distinto nivel en función de tales parámetros [267].

Como ha señalado Erb en el marco de la discusión alemana sobre la configuración legal que debería darse al concurso de delitos, el ámbito de la determinación de la pena podría ser «el lugar correcto para dar cuenta adecuadamente de la conexión interna, sea cual sea el modo en que esta se halle constituida, entre varias infracciones independientes de la ley». En qué medida una conexión semejante pueda disminuir el monto del injusto global no es, a su juicio, algo que se pueda responder razonablemente con el «principio del todo o nada» al que apunta la vigente división de esos concurso en las categorías de concurso ideal y el concurso real de delitos. Pues, aparte del carácter «fluido» o gradual que tiene esa distinción, «la suposición de que el merecimiento de pena sería en conjunto menor en el concurso ideal, entendido en el sentido tradicional, que en el concurso real solo es a lo sumo *tendencialmente* acertada»; y así vendría a demostrarlo el ejemplo de un terrorista que mata a varias personas a la vez con la detonación de una bomba o de forma inmediatamente sucesiva haciendo un disparo tras otro [268].

El establecimiento de reglas de determinación de la pena como las previstas en el artículo 73.5 de nuestra propuesta, en su primera opción, en la que se prevé que «en la determinación de la pena a imponer de conformidad con los apartados anteriores [sc. en los distintos supuestos en los que, sea por medio de un hecho o a través de varios hechos diferentes] se habrá de tener en cuenta el número de las infracciones cometidas y su respectiva gravedad, su naturaleza y relación recíproca, si fueron perpetradas en una sola ocasión o en ocasiones distintas, más o menos separadas en el tiempo, así como las circunstancias personales del reo que a tal efecto pudiesen resultar relevantes», permitiría tomar en cuenta, en la forma que se acaba de apuntar, las diferencias señaladas dentro del amplio margen de discreción que se concede a los jueces y tribunales para fijar la pena global en algún punto entre la pena que individualmente habría cabido imponer en el caso concreto por el delito más gravemente penado y el límite máximo de la pena superior en un grado a la legalmente prevista para el delito más grave (como se prevé en el artículo 73.2 de esa misma propuesta) [269].

---

[267] *Vid*., en este sentido Erb, V., *ZStW* 117 (2005), p. 76; e Id., 2020, p. 70. Un punto de vista semejante se encuentra, como ya hemos visto *(cfr., supra* n. 235) en Ortega Matesanz, A., 2022b, pp. 544 s.

[268] Erb, V., 2020, p. 70 (con cursivas en el original). Un ejemplo similar (tomado del caso del Bar Batxoki) emplea entre nosotros con idéntico propósito, según ya hemos visto *(supra* n. 227), Morillas Cueva, L., 2002, p. 483.

[269] En esta línea se movía también la propuesta de Erb, V., *ZStW* 117 (2005), pp. 41 ss. y *passim.*

Esta solución, sustancialmente coincidente con la establecida en otros ordenamientos, especialmente en el suizo, y en distintas propuestas de regulación efectuadas dentro y fuera de nuestras fronteras, entre las que se cuenta la del Proyecto Alternativo alemán, traería sin embargo como consecuencia un sensible endurecimiento del tratamiento que hasta ahora recibe el concurso ideal en nuestro Derecho [270], sin que para ello se haya suscitado una demanda generalizada, salvo en lo que respecta a determinados supuestos de concurso de delitos dolosos que se caracterizan precisamente por atentar contra bienes jurídicos eminentemente personales, en especial contra la vida y la integridad física, de una pluralidad de personas.

d) La diferenciación del límite máximo del marco penal según que los delitos concurrentes se hayan cometido mediante un solo hecho o mediante varios hechos distintos y la remisión a este segundo régimen de las infracciones que, de forma dolosa, a través de un mismo curso de acción, atenten contra bienes jurídicos de carácter eminentemente personal correspondientes a diferentes personas.

Puesto que no es intención de los participantes en este proyecto de investigación contribuir injustificadamente al endurecimiento del sistema de penas que se ha venido produciendo en los últimos tiempos a través de las sucesivas reformas introducidas en el Código Penal, estamos en principio de acuerdo en que siga quedando limitada en principio la posibilidad de que la pena global del concurso de infracciones sobrepase el límite máximo de la pena individual más grave hasta en su mitad a los casos en que los delitos concurrentes se hayan cometido mediante «hechos distintos», como hemos previsto en el artículo 73.3, inciso 1.º de nuestra propuesta.

No obstante y sin prejuzgar si se trata o no propiamente de alguno de esos casos (pues consideramos que dar respuesta a esta cuestión no es materia propia de una previsión normativa, sino más bien de una discusión científica o dogmática), en el artículo 73.3, inciso 2.º de esa misma propuesta hemos previsto también la posibilidad de «tratar *como* infracciones cometidas mediante hechos distintos las que, de forma dolosa, aunque sea a través de un mismo curso de acción, atenten contra bienes jurídicos de carácter eminentemente

[270] Que aún sería mayor en otras propuestas de unificación del tratamiento penológico del concurso ideal y real de delitos que sitúan el límite superior de la pena concursal común en un punto más alto, como por ejemplo sucede en la formulada por Ortega Matesanz, A., 2022b, pp. 544 s.

personal correspondientes a diferentes personas»[271]. Todo ello requiere una justificación.

Por una parte, multitud de autores a lo largo del tiempo han considerado insatisfactorio que esos supuestos queden sometidos a las reglas penológicas más benignas que en los ordenamientos que diferencian a tal efecto el tratamiento del concurso ideal y real de delitos se dedican a aquella primera forma de concurso sólo porque el ataque a esos bienes se produzca a través de un mismo hecho o curso de acción o, en definitiva, mediante un mismo movimiento corporal[272].

Es patente –y los ejemplos que sistemáticamente se mencionan así vienen a ponerlo de manifiesto– que tal insatisfacción se halla en la base del punto de vista de un amplio n un sector de la doctrina española que ha pretendido acabar ya *de lege lata* con esa diferencia de trato acogiendo un concepto funcional de unidad o pluralidad de hecho a efectos concursales para el que lo decisivo no es simplemente el número de las acciones «en sentido natural», esto es, el número de los movimientos corporales o las manifestaciones externas de la vo-

[271] Con la formulación finalmente escogida, que ya no habla de que las infracciones a las que se refiere esta cláusula, a los efectos penológicos en ella definidos, «tendrán la consideración de infracciones cometidas mediante hechos distintos», sino simplemente de que «podrán ser tratadas» como tales, se pretende hacer aún más énfasis en que no estamos aquí ante una categorización de tipo dogmático, sino ante una remisión a un determinado régimen normativo que deja imprejuzgada aquella cuestión. Posiblemente porque este cambio aún no había sido introducido en el texto que inicialmente presenté para su discusión, Sanz Morán, A. J. señala *supra* en su contribución a esta obra (pp. 278 s.) que «la afección de la conducta a un bien jurídico personalísimo provoca que haya tantos delitos como víctimas, excluyendo el delito único (o, en su caso, continuado), pero no prejuzga la clase de concurso, ideal o real de que se trate, lo que tiene que ver exclusivamente con la existencia o no de un único hecho (o acción, según la terminología que se utilice)». Con ello, la discusión sigue girando en torno a categorías dogmáticas y no al contenido material de la regulación propuesta, que es donde, tanto con la primera fórmula como con la que aquí se presenta, he querido situar el debate. Para aclarar mi propósito puedo servirme de un ejemplo bien conocido: la conducta de quien interviene en un delito puede ser categorizada como de «participación» o, más concretamente, como de inducción o cooperación necesaria al mismo y, sin embargo, «considerar» a ese sujeto o «tratarlo» como (si fuera) «autor» a efectos de la pena que haya de serle impuesta. Con ello no se prejuzga si los inductores o los cooperadores necesarios «son» autores o partícipes. Cuestión diferente e independiente de ella es si la equiparación punitiva que así se produce está o no materialmente justificada.

[272] En Alemania este punto de vista está representado ante todo por Puppe, quien desde sus primeros ha planteado incluso *de lege lata* que, «por razones normativas», relativas a «la importancia y al significado existencial de estos bienes» para su titular, «la lesión de bienes jurídicos altamente personales de diferentes titulares» constituye una «pluralidad de hechos» y por tanto es «siempre un concurso real de delitos» en el sentido del § 53 StGB, aunque proceda de una sola acción «en sentido natural». *Vid*., en este sentido ya Puppe, I., 1979, pp. 238 ss., con múltiples referencias a la doctrina anterior. Para esta autora la clave se encuentra en que, por las razones normativas que en ese lugar apunta no podría darse en tales supuestos el «parentesco de injusto» que en su concepción requiere la constitución de la unidad de hecho como presupuesto del concurso ideal. *Cfr.,* también NK- Puppe, I., 2017, § 52, núms. margs 22 s. y 35 ss. con referencias al estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia más recientes, que de un modo casi unánime difiere de su punto de vista cuando el ataque a esos bienes coincide al menos parcialmente en un mismo movimiento corporal.

luntad, que haya realizado el sujeto. Un punto de vista al que de algún modo ha venido a sumarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, dándole una particular y discutible plasmación en los dos Acuerdos no Jurisdiccionales del Pleno de su Sala Segunda de 2015 y 2016 a los que se hizo referencia al comienzo de esta contribución [273].

Muchos de quienes critican estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales por suponer que son incompatibles con el tenor literal del vigente artículo 77 CP admiten sin embargo que el tratamiento que con arreglo a este precepto se dispensa a ese tipo de casos, al conceptuarlos como hipótesis de concurso ideal, puede ser demasiado benigno si se lo compara con el que se da a otros supuestos calificables como de concurso real, sin que se perciba en estos un mayor contenido de injusto o de culpabilidad que justifique un trato tan diferenciado. Por ejemplo, García Albero considera que sería «absurdo» establecer un «distinto tratamiento penológico cimentado en la mera unidad de acción» y entiende que sería por tanto «coherente» que el legislador procediera a establecer una solución específica para las hipótesis de «concurso ideal homogéneo cuando se lesionan bienes jurídicos altamente personales», como la que se preveía en el artículo 78.4 del Proyecto de Código penal de 1992 (o anteriormente, con el mismo tenor literal, en el artículo 75.4 del Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990), conforme a la cual «en todo caso se sancionarán las infracciones por separado cuando con una sola acción u omisión se origine dolosamente varias muertes o lesiones» [274].

La suposición de que la existencia de casos de esta índole demuestra que no siempre el contenido de injusto y de culpabilidad es mayor en los supuestos

---

[273] *Vid*., sobre todo ello *supra* I.3.b) y, más extensamente, Peñaranda Ramos, E., 2022, pp. 795 ss. *Vid*., también al respecto, muy críticamente, Sanz Morán, A. J., 2017, pp. 865 s.; y Cantard, N., «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso «real». Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», *InDret* 3.2023, pp. 519 ss.

[274] García Albero, R., 1995, pp. 318 s. Este autor advirtió *ibídem* (p. 319, n. 315), con razón, que de una regla como esta no cabría deducir «*a sensu contrario*, la intención del legislador de considerar en todo caso la unidad de hecho como comprensiva también del resultado en todos los delitos donde [sc. un resultado] se exija». Aunque sin limitar literalmente la reconducción del tratamiento de los casos en él comprendidos a los delitos que atentan contra bienes jurídicos personalísimos, el inciso 2.º del artículo 70 del CP brasileño tiene un sentido y una orientación similares a los de los preceptos incluidos en el Borrador español de 1990 y en el Proyecto de 1992: con aquél se trata también de establecer que queden excluidas del ámbito del concurso ideal, a pesar de existir «una sola acción u omisión», determinadas hipótesis en las que, por no darse un solapamiento del contenido objetivo ni subjetivo de injusto de los delitos cometidos, se percibe como más adecuado el régimen del concurso real (o «material» en la terminología del Código brasileño) que el del concurso ideal (o «formal»). El inciso citado, que sigue a aquel en el que se establece en el CP brasileño precisamente el régimen legal del concurso formal, dispone que «las penas se aplican, sin embargo, cumulativamente si la acción u omisión es dolosa y los delitos concurrentes resultan de propósitos autónomos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior» (esto es, en el art. 69 CP brasileño, que establece el tratamiento del concurso material). Sobre las posibles interpretaciones de este precepto vid. *supra* Greco, L./Leite, A. (en su contribución a esta obra), pp. 118 s.

de concurso real de delitos que en los calificables de concurso ideal, según el entendimiento dominante de ambas formas concursales, está muy extendida entre quienes propugnan por este motivo la unificación de su régimen punitivo [275], pero incluso entre quienes se muestran más críticos con esa regulación uniforme del concurso ideal y real de delitos tiende también a admitirse que el tratamiento de esos casos es, al menos, dudoso o cuestionable. Así Cantard, por ejemplo, reconoce que, «si bien hay casos claros de concurso real y casos claros de concurso ideal en los que, a priori, estaríamos en condiciones de afirmar que el tratamiento diferenciado es correcto, hay otros casos que se encuentran en medio de ambos extremos y cuya calificación en una u otra modalidad no es tan clara»; y –sin inclinarse por una fórmula legislativa concreta– sugiere que «para esos supuestos debería existir una vía alternativa en las consecuencias, o bien –mejor aún–, entre uno y otro concurso tendría que haber una progresión en las consecuencias jurídicas que reflejen esos grises intermedios» [276]. Sanz Morán [277], aun refiriéndose críticamente a aquellos preceptos que se incluyeron en los trabajos preparatorios del vigente Código Penal con ese propósito de asignar un régimen punitivo agravado a los casos de ataques dolosamente dirigidos contra la vida de una pluralidad de personas con respecto al que se desprendería de la apreciación de un concurso ideal de delitos, ha manifestado su preferencia por otras opciones legislativas que juzga más adecuadas a tal efecto [278]. En cualquier caso, este autor ve en todo ello un argumento más para proceder con urgencia a «una revisión de los arcaicos criterios sancionadores previstos para el concurso real de delitos en nuestro Código Penal», en la que, sin equiparar por completo el tratamiento del concurso ideal y real de delitos, se aproxime sensiblemente su respectivo tratamiento punitivo, «lo que reduciría notablemente la relevancia práctica de la determinación de a qué se refiere el artículo 77 CP con la expresión "un solo hecho" y si la acción

[275] Aparte de a García Albero, cabe citar, entre otros, en esta línea a Morillas Cueva, L., 2002, p. 483; y Ortega Matesanz, A., 2002b, p. 518.

[276] Cantard, N., *InDret* 3.2023, p. 546. *Vid*., también *supra* su contribución a esta obra.

[277] Para lo que sigue en el texto cfr. Sanz Morán, A. J., 2017, pp. 875 s. *Vid*., también en ese sentido ya Id., 1995, pp. 226 s.

[278] Este autor se refiere a preceptos inspirados en los previstos en los sucesivos Proyectos alternativos alemanes de los delitos contra la vida –en particular el del § 211 (2) Nr. 1 del Alternativ Entwurf Leben (AELeben) de 2008 (*GA* 2008, pp. 200 y 225 s.), cuyo eco parece en cierta medida percibirse en el vigente artículo 140.2 CP, introducido con una redacción poco afortunada en la reforma de 2015, como un supuesto agravado de asesinato, en el que se sanciona con la pena de prisión permanente revisable «al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas». Acerca de la interpretación de precepto como relativo a la punición conjunta de (al menos) tres asesinatos cometidos en unidad o pluralidad de acción y enjuiciados conjuntamente, así como con la pretendida consistencia de tal interpretación con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2015, vid. la STS 113/2022, de 10 de febrero.

única que causa varios resultados en sentido material comporta o no la existencia de otros tantos "hechos"» [279].

El propio Sanz Morán ha señalado que la razón por la que Cuerda Riezu propuso en su momento que la pena del concurso ideal de delitos pudiera exasperarse por encima del límite máximo del más grave de los delitos concurrentes habría estribado precisamente en que, pese a entender este autor que nos hallamos ante un concurso de esta clase cuando por una sola acción, por ejemplo la de arrojar una bomba, se causa, la muerte de varias personas, el tratamiento previsto para ese tipo de concurso resultaría demasiado benigno en supuestos de tales características [280].

La solución ofrecida en nuestra propuesta tiene, frente a la opción planteada por Cuerda Riezu, la ventaja de limitar el alcance de esa exasperación de la pena del delito más grave a los casos en que la doctrina y la jurisprudencia coinciden ampliamente en considerar que una regla de absorción, aun agravada, como la prevista actualmente para el concurso ideal de delitos, resultaría, en términos comparativos, inadecuada o insuficiente. Y tiene además la virtud de no presionar al alza el tratamiento punitivo del concurso real de delitos, como podría ocurrir si se asumiera el planteamiento de Cuerda Riezu. Pues, si, como este autor supone, la comisión de una pluralidad de delitos por medio de una única acción merece en todo caso una pena menor que la comisión de esos mismos delitos mediante una pluralidad de acciones y se sostiene simultáneamente que la pena del concurso ideal, a fin de captar todo el desvalor inherente a estos casos, tendría que poder exceder hasta en su mitad del límite máximo de la pena del delito más grave, el límite superior de la pena correspondiente al concurso real de delitos tendría que situarse consiguientemente por encima de este tope.

4. **Un método común para la determinación de la pena única del concurso**

Como de un modo muy general se viene requiriendo por la doctrina especializada y desde la propia judicatura, las reglas establecidas en nuestra propuesta para el tratamiento de las distintas hipótesis concursales evitan tomar como punto de partida para la regulación del concurso de delitos el principio de acumulación.

---

[279] Sanz Morán, A. J., 2017, p. 876.

[280] Esta es la suposición de Sanz Morán, A. J., 1995, p. 226, que personalmente comparto.

En lugar de ello, se establece un procedimiento de determinación de la pena del concurso que conduce en todos los casos a una única pena de carácter global, fijada siempre entre un mínimo y un máximo, aunque este último pueda variar en función de las características del concurso de que se trate. El orden en que se presentan las reglas de constitución de esa pena global en los distintos apartados del artículo 73 de nuestra primera propuesta está pensado para explicitar esa idea de que el procedimiento previsto a tal efecto tiene un carácter unitario.

Sólo en la fijación de los respectivos límites máximos de la pena concursal se establece, en el apartado tercero de dicho artículo, una diferencia, según que los delitos concurrentes deriven de un solo hecho o de hechos distintos. Esa diferencia de tratamiento es, sin embargo, mucho más tenue que en el Derecho vigente, en el que el régimen penológico del concurso ideal y real de delitos se somete a principios absolutamente diferentes, que consecuentemente arrojan resultados también muy divergentes. Con ello se trata de tomar en cuenta el carácter «fluido» o gradual que, como advierte Erb, tiene esa distinción, y asumir como correcta, aunque sólo de un modo tendencial, la suposición prácticamente universal de que el merecimiento de pena podría ser generalmente menor en el primer caso que en el segundo.

Con la previsión de un tratamiento específico para los casos de delitos cometidos a través de un mismo curso de acción contra bienes jurídicos personalísimos de una pluralidad de personas se pretende dar un paso más en la reducción de la relevancia práctica hasta ahora concedida a la distinción conceptual entre unidad y pluralidad de hechos o acciones y avanzar en la búsqueda de una regulación que sea capaz de generar un mayor consenso y pueda tener por tanto más estabilidad que la actualmente vigente.

En nuestra propuesta, el método común de determinación del límite mínimo de la pena en todas las formas del concurso de delitos se basa, como ya se ha comentado, en el principio de combinación, lo que, como muy bien advirtiera Cuerda Riezu [281], obliga a una determinación tan precisa de las penas individuales como la que se requiere en el sistema vigente.

No cabe esperar pues en ese punto ninguna simplificación ni descarga de la tarea que corresponde a ese respecto a los jueces y tribunales, lo que en todo caso sería también indeseable desde la perspectiva de las garantías del acusado. Por ello el sistema aquí diseñado es inmune a las críticas que habitualmente se proyectan frente a los llamados modelos «unitarios». Lo que se imputa al reo no es un conglomerado indiferenciado de injusto, sino concretas realizaciones típicas, hechos punibles individualmente determinados. La introduc-

[281] *Cfr.,* Cuerda Riezu, A., *ADPCP,* 1991, pp. 832 ss.

ción de un sistema como este «no dispensa al juez encargado del enjuiciamiento de su deber de constatar, designar y considerar como tal en la medición de la pena cada infracción legal que revista un propio y relevante contenido de injusto» [282]. Lo que se evita es más bien la suma ritual de las penas individuales y la necesidad de proceder después al ajuste a la baja del monto de pena nominalmente resultante. Con ello se podría dar cumplimiento a la extendida aspiración de «aproximar […] la pena de imposición a la pena de cumplimiento, para evitar llegar a cifras de condena nominal irreales». Y el método para lograr este objetivo no puede ser otro que «la aplicación de una pena única global en cuya fijación tenga un margen amplio el arbitrio judicial» [283].

En cuanto a los supuestos de comisión de una pluralidad de delitos mediante un único hecho, se prevé la imposición de una pena global que no exceda de aquella que en abstracto cabría imponer por la infracción concurrente de mayor gravedad, pero, frente a lo dispuesto en el Derecho vigente, no se requiere que esa pena se imponga por principio en su mitad superior. Se concede así al juez un mayor margen de maniobra para que pueda ajustar la pena de un modo adecuado al número y la gravedad de los delitos cometidos, así como a las demás circunstancias que concurran en su comisión y muy particularmente a las relaciones que quepa apreciar entre ellos. Los criterios manejados en su decisión acerca del monto de la pena global deberán atenerse a los legalmente previstos y en función de ello se habrá de ofrecer una motivación racionalmente bastante del uso que el juez o tribunal hiciera del arbitrio que le fue concedido.

El monto de la pena global en los casos de comisión de una pluralidad de delitos mediante hechos distintos puede desbordar en cambio hasta en su mitad el límite máximo de la pena del delito más grave. Con la fijación de este nuevo límite, de carácter relativo, se pretende evitar, como es ahora usual en el Derecho comparado, que la pena globalmente aplicable por una pluralidad de delitos alcance el nivel que en la ley corresponde a delitos de una gravedad superior. Junto a esta «proporcionalidad global» o «entre clases de delitos» [284], se prevé también, por razones de proporcionalidad cardinal, vinculadas a los principios de humanidad de las penas y de resocialización y, en definitiva, al respeto de la dignidad del penado, que las penas globalmente impuestas no desborden el límite máximo legalmente establecido para cada clase de pena, con la salvedad, para el caso de la pena de prisión, a la que se hace referencia seguidamente.

---

[282] Así Erb, V., 2020, p. 69.
[283] Ortega Matesanz, A., 2002b, pp. 506 s.
[284] *Vid., supra* II.5.

5. **Supresión de los vigentes artículos 78 y 78 bis CP**

Dado el nivel que en el Derecho vigente pueden alcanzar –y no solo de forma excepcional– las penas privativas de libertad temporales, se permite que el límite absoluto pueda llegar a treinta años de prisión cuando alguno de los delitos esté conminado con pena de esta clase de hasta veinte años o de una duración superior. Se prevé también que si la pena con la que se conminase el delito más grave fuera la de prisión permanente revisable, esta será la pena aplicable. Las razones que conducen a establecer en tales términos ambas previsiones ya han sido detalladas al comentar el punto de vista de Sanz Morán al respecto.

Simplemente cabe ahora añadir que se propone la supresión del vigente artículo 78 bis, cuyas reglas de agravación del régimen de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable en los casos de concurso de delitos son expresivas de una «obsesión» del legislador español, que no podemos compartir, «por compensar aritméticamente los delitos cometidos» y propias, más bien «del retribucionismo más rancio» [285]. Todo ello está absolutamente alejado de los criterios político-criminales que guían nuestra propuesta y contradice la orientación hacia la resocialización efectiva del condenado que imponen tanto el artículo 25.2 CE como la jurisprudencia del TEDH en la que dice inspirarse la STC169/2021, de 5 de octubre, para declarar la conformidad a la Constitución de esta pena [286]. Por ello, cuando la pena de prisión permanente resultara individualmente aplicable a alguno o algunos de los delitos que entren en concurso, esa misma pena debería ser la pena global, como expresamente declara, por ejemplo, el § 54 I, inciso 1.º StGB. Y ello sin mayor aditamento, esto es, sin que las condiciones de su ejecución, ni las de acceso al tercer grado o a la suspensión de la ejecución del resto de la pena generalmente previstas respectivamente en los artículos 36 y 92 CP deban en razón del concurso resultar de ningún modo agravadas o endurecidas [287]. En congruencia con ello, se propone suprimir, además del artículo 78 bis CP, las remisiones que a dicho artículo se hacen en los apartados 1, letra a), último inciso, y 4, inciso primero,

[285] Así, con razón, Muñoz Conde, F./García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11.ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Valencia (Tirant lo Blanch), 2022, p. 481.

[286] En esta línea Muñoz Conde, F./García Arán, M., 2022, pp. 520 s., denuncian también con acierto que «la obsesión cuantificadora» que late en este precepto «demuestra que las pretensiones reeducadoras que el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, declara para la prisión permanente revisable no son reales» y que, en contra de ello, «el artículo 78 bis Cp acude a reglas aritméticas para asegurar la mayor compensación retributiva que le permite la esperanza de la vida humana».

[287] *Vid*., también en este sentido Ortega Matesanz, A., 2022b, p. 544 s.

del artículo 92 CP. Del mismo modo, también debería suprimirse el inciso segundo del artículo 140.2 CP, que, en su redacción vigente, se remite asimismo a la aplicación de determinadas reglas contenidas en el actual artículo 78 bis CP, que habrían de desaparecer con la propuesta de derogación de este precepto.

Por obedecer igualmente a una lógica de acumulación totalmente inconciliable con la orientación político criminal de nuestra propuesta, se plantea en ella también la supresión, sin sustitución de su contenido, del vigente artículo 78 CP, que ha sido, con razón, unánimemente denostado por nuestra doctrina [288]. Como ha reiterado Sanz Morán en su contribución a esta obra, «se trata de una regla absurda entendida en su literalidad, político criminalmente inadmisible, incompatible con los principios que inspiran nuestra legislación penitenciaria (que se aprobó en desarrollo del artículo 25.2 de la Constitución Española) y resulta, finalmente, incompatible también con las previsiones de tratamiento que proponemos para el concurso real de delitos» [289].

Que es una regla absurda se hace evidente por el hecho de que. como ya avisara en su informe sobre el Anteproyecto de 2012 el Consejo Fiscal, los artículos 78 y 78 bis CP son profundamente contradictorios entre sí, hasta el punto de darse la paradoja de que resulta más fácil el acceso al régimen abierto cuando se ha incurrido en varios delitos si uno de ellos se sanciona con pena de prisión permanente revisable que si ninguno de ellos comporta tal sanción [290]. Ortega Matesanz ha efectuado esa misma advertencia, señalando además que, en virtud del efecto combinado de lo dispuesto en los vigentes artículos 76.1 y 78 CP, «el sujeto que ha cometido, al menos, dos delitos castigados legalmente con pena de prisión superior a veinte años puede resultar de peor condición que quien ha realizado varios delitos sancionados con penas de prisión permanente revisable, pues al segundo podrá concedérsele la suspensión de la ejecución tras un tiempo inferior a 40 años, mientras que el primero podrá pasar en prisión cuarenta años de forma ininterrumpida, sin tan siquiera disfrutar de permisos de salida» [291]. Si se suprime, como aquí se propone, el

---

[288] No en balde Sanz Morán, A. J., 2013, p. 288, ha podido decir que «el artículo 78 del Código Penal constituye, probablemente, el precepto que mayor unanimidad ha concitado en su contra».

[289] *Vid*., *supra* Sanz Morán, A. J. (contribución a esta obra) p. 280; y anteriormente Id., 2013, p. 288. Un análisis crítico y muy minucioso de este precepto puede verse en Ortega Matesanz, A., «El cumplimiento íntegro de las penas privativas de libertad acumuladas jurídicamente en el medio carcelario: el artículo 78 del Código penal español», *RGDP* 38 (2022).

[290] Así nuevamente Sanz Morán, A. J., 2013, pp. 288 s.

[291] Ortega Matesanz, A., 2022b, pp. 487 ss. Este autor asimismo recuerda en este lugar que ello ha llevado incluso a algún condenado a cumplir bajo el régimen extraordinario de cumplimiento previsto en el artículo 78 CP cuarenta años de prisión por delitos relacionados con actividades terroristas a solicitar la aplicación retroactiva de la pena de prisión permanente revisable, al considerarla

artículo 78 bis CP, la pervivencia de un precepto como el vigente artículo 78 CP contrastaría aún más abiertamente con el régimen dispuesto para la prisión permanente revisable. Por ello y por el resto de los motivos anteriormente expuestos, este precepto debe también desaparecer.

6. Simplificación del régimen jurídico del concurso de delitos: la supresión del concurso medial y del delito continuado, así como de algunas reglas relativas a la prescripción del delito y de la pena

La regulación aquí propuesta permitiría, ahora sí, una sensible simplificación de la regulación legal de los concursos en otros aspectos muy relevantes. Por lo pronto, haría innecesario un tratamiento diferenciado del concurso medial de delitos y del delito continuado.

Como ha señalado Sanz Morán, a cuyo experto juicio podemos aquí sin más remitirnos, es ya en general innecesaria una regulación del denominado concurso medial, pues los supuestos que en él se recogen o bien son hipótesis de «concurso ideal» o bien se trata de supuestos de «concurso real» que habrán de someterse al régimen que respectivamente les corresponda, sin que «la mera existencia de una conexión subjetiva entre los hechos delictivos» justifique «un tratamiento diferenciado frente a los supuestos convencionales de concurso real». A partir de tal consideración, la regulación aquí propuesta (en cualquiera de sus dos versiones) permitiría dar por superados de un modo sa-

---

más beneficiosa en su caso particular, lo que fue rechazado por la STS 298/2017, de 27 de abril con el argumento, hasta ahí irrefutable, de que esta pena, «considerada taxativamente, resulta de mayor gravedad que la anterior» (sc. la derivada de la apreciación de un concurso real de delitos), pues –a diferencia de esta, que tiene unos topes temporales de cuarenta años, como mucho– aquella no está limitada en su máxima dimensión temporal, sino que queda al albur de la decisión revisora que eventualmente adopte el tribunal en uso de su arbitrio judicial y en atención a las circunstancias personales del penado; unas circunstancias que, por depender del caso concreto, no pueden ser tomadas en cuenta a los efectos de la determinación de la disposición más favorable. Sobre las paradojas que en cualquier caso provoca que el régimen de cumplimiento legalmente establecido para la pena de prisión permanente revisable pueda ser en particular más favorable que el tratamiento punitivo correspondiente al concurso real de infracciones sancionadas con penas temporales de prisión ha llamado la atención el Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y participante en este proyecto de investigación Antonio del Moral García en distintos escritos: vid. por ejemplo su «Prólogo» a Bustos Rubio, M. /Abadías Selma, A. (Dirs.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Barcelona (J. M. Bosch), 2020, p. 42, donde admite que a quien solicitó en aquel caso la aplicación retroactiva del régimen de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable por entenderlo más favorable «no le faltaba algo de razón»; *vid.* también sus «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del código penal», (contribución a esta obra), p. 170, donde irónicamente señala que, en la sentencia citada, «el Tribunal Supremo intent[ó] convencernos –y convencerse– de que no era así».

tisfactorio los problemas interpretativos y las distorsiones valorativas generados en este punto por la reforma de 2015 [292].

Del mismo modo, con dicha regulación cabría también prescindir de la figura del delito continuado, actualmente prevista en el artículo 74 CP, en este caso porque, como Sanz Morán viene desde hace tiempo sosteniendo [293], «el delito continuado, correctamente entendido, constituye sólo una forma extrema de lo que impropiamente se denomina «unidad natural de acción» y, como sucede con ésta, no es preciso que el legislador se refiera expresamente al mismo». Entendemos por ello con él que sería «mejor dejar al criterio del intérprete la decisión, en los casos límite, de cuándo estamos ante un delito único (por comportar las sucesivas acciones homogéneas, llevadas a cabo en unidad de contexto, una simple intensificación cuantitativa del contenido de injusto típico, al que se añade una culpabilidad también unitaria) y cuándo, por el contrario, ante una pluralidad de delitos en concurso real» y que esta solución, en lugar de la de reformar esta figura para tratar de limar sus peores aristas, resulta particularmente adecuada en el marco de una de regulación del concurso real de delitos como la que se propone en esta obra.

Por último la modificación y simplificación del régimen jurídico de los concursos de delitos que aquí se presenta permitiría prescindir igualmente de determinadas reglas relativas a la prescripción del delito y de la pena que se vinculan a una concepción del concurso de delitos y de su configuración normativa inconsistentes con las que se plasman en esta propuesta de nueva regulación.

Así sucede en primer término con el apartado 4 del artículo 131, al deberse optar con la regulación de los concursos que aquí se propone por una prescripción independiente de las distintas infracciones concurrentes, en función de sus respectivos plazos prescriptivos. El mencionado precepto, en su redacción actualmente vigente, introducida por la LO 1/2015, de 20 de marzo, dispone por el contrario que «en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave». Esta disposición vino a trasladar al plano legislativo una creación judicial surgida inicialmente extramuros de la ley que, en perjuicio del reo, venía a extender el plazo prescriptivo del delito más grave al resto de los delitos que se hallasen con él en una conexión material, sustantiva o «natural» y no meramente procesal, como la que supuestamente se da en los casos del

[292] *Vid*., Sanz Morán, A. J. (contribución a esta obra), p. 278.
[293] *Cfr.,* para lo que sigue en el texto, *ibídem,* pp. 274 s.

concurso ideal y, especialmente, en los del concurso medial o instrumental de delitos, que sería su principal campo de aplicación (STS 889/2021, de 17 de noviembre). Como la doctrina científica, mayoritariamente contraria a esta construcción, enseguida advirtió, la existencia de tales relaciones concursales entre varios delitos no puede alterar la índole de los mismos, ni convertir una pluralidad de infracciones punibles en una única infracción, como si se tratase de un delito complejo, que quedase por ello sujeto también a un plazo de prescripción único [294]. Una solución semejante ha sido rotundamente rechazada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que admiten, como aquí se propone, la prescripción independiente de los delitos idealmente concurrentes de acuerdo con sus propios plazos prescriptivos [295].

Debería suprimirse también la referencia que al delito continuado se hace en el inciso 2.º del párrafo 1.º del apartado 1 del artículo 132 CP, en consonancia con la supresión de la figura de la continuidad delictiva de las reglas especiales para la aplicación de las penas en caso de concurso de delitos. Y procedería asimismo la eliminación de la previsión establecida en la letra b) del apartado 2 del artículo 134 CP, en la medida en que, si se aceptase la propuesta de regulación que aquí se efectúa, no tendría sentido la referencia que en aquel precepto se hace a lo dispuesto en el artículo 75 CP, al ser este sustituido por otro artículo con la misma numeración, pero relativo a la cuestión del llamado concurso retrospectivo que se examina a continuación, y no a la problemática que en el Derecho vigente suscitan en orden a su eventual prescripción las penas de imposible cumplimiento simultáneo, impuestas, en el mismo o en diferentes procesos, para su cumplimiento sucesivo por hechos delictivos que se hallen en concurso real [296].

7. La regulación del concurso posterior, retrospectivo o sobrevenido y del concurso en la ejecución. La cuestión de la «penas eternas»

De las diversas formas en que puede presentarse el llamado «concurso posterior» o «retrospectivo», en el Derecho español sólo se ha regulado espe-

[294] *Vid*., ya en este sentido ante todo Olaizola Nogales, I. «Prescripción del delito en supuestos de concursos de delitos», *AP*, 37 (1998), pp. 760 s. y también González Tapia, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Madrid (Dykinson), 2003, pp. 117 ss.

[295] *Cfr.,* por ejemplo NK-Saliger, 2017, § 78, núm. marg. 7, con otras referencias.

[296] Sobre esta cuestión y las deficiencias que presenta el mencionado precepto para hacer frente a tal problemática vid. Ortega Matesanz, A., «La prescripción de las penas de cumplimiento sucesivo en el Ordenamiento jurídico-penal español. Acumulación material, jurídica y refundición de penas», *ADPCP*, Vol. LXXIV, 2021, pp. 637 ss. y 703 ss.

cíficamente hasta ahora la modalidad que se conoce como «concurso en la ejecución», a la que se refiere, desarrollando a estos efectos lo dispuesto en el vigente artículo 76. CP, el párrafo tercero del artículo 988 LECrim. Según se dispone en este precepto:

> «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, *procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal*. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que *se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas*. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley».

Basta una simple ojeada a su redacción y, en particular, a las frases que de ella hemos destacado, para advertir que este precepto casa con el sistema de acumulación jurídica que rige para el concurso real de delitos en el Derecho vigente, pero no se adecua en absoluto al régimen concursal previsto en la propuesta que conjuntamente aquí presentamos.

Ello obliga a esbozar una redacción alternativa que sea congruente con el conjunto de nuestra propuesta. A tal efecto, se propone extraer del vigente artículo 988 LECrim. el párrafo tercero, anteriormente citado, pues los dos primeros poco tienen que ver con la cuestión que aquí va a abordarse, y llevarlo con una redacción sustancialmente modificada a un artículo de la LECrim de nueva creación., que sería el nuevo artículo 988 bis.

La formulación de este artículo se ha inspirado parcialmente en lo previsto en los artículos 904 y 905 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 [297], que tampoco se ajustan a nuestro propósito, pues siguen

---

[297] Los artículos 904 y 905 del AP de LECRIM 2020 tienen el siguiente tenor:

«Artículo 904. *Fijación del tiempo máximo de cumplimiento.*

1. La fijación por el tribunal del tiempo máximo de cumplimiento para los casos en que la persona haya sido condenada por delitos que hubieran podido ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso, se ajustará a las siguientes reglas:

1.ª Será competente el tribunal encargado de la ejecución de la última sentencia condenatoria, con independencia de la fecha de la firmeza. La competencia no se alterará aunque la condena recaída en la última ejecutoria no sea acumulable a las anteriores.

estando todavía anclados al sistema de acumulación jurídica. El precepto propuesto, tendría el siguiente tenor:

> «Artículo 988 bis. Determinación de la pena aplicable en caso de sentencias dictadas por delitos susceptibles de ser enjuiciados en un mismo proceso.
>
> 1. En los casos en que una persona haya sido condenada por delitos que, según lo previsto en el artículo 74.1 del Código penal, hubieran podido ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso, se observarán las siguientes reglas:
>
> 1.ª Será competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de las demás partes o de la Administración penitenciaria, el tribunal encargado de la ejecución de la última sentencia condenatoria firme, con independencia de la fecha en que esta haya alcanzado su firmeza.
>
> 2.ª El letrado de la Administración de Justicia dejará constancia en la causa de todas las condenas impuestas, reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y recabará testimonio de las sentencias condenatorias, incluidas las dictadas, en su caso, por los tribunales extranjeros.
>
> 3.ª Se recabará dictamen del Ministerio Fiscal y se concederá audiencia por el plazo de cinco días a las demás partes y a la defensa de la persona condenada.
>
> 4.ª El tribunal dictará auto en el que se dejará constancia, por orden de antigüedad, de las penas impuestas, las fechas de cada hecho y las sentencias que se hubieran dictado, indicando la fecha en que cada una hubiera alcanzado firmeza, y se establecerá, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, la pena que ha de cumplirse.

2.ª El letrado de la Administración de Justicia dejará constancia en la causa de todas las condenas impuestas y recabará testimonio de las sentencias condenatorias, incluidas las dictadas, en su caso, por los tribunales extranjeros.

3.ª Se recabará dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no hubiera sido el solicitante, y se concederá audiencia por el plazo de cinco días a las demás partes y a la defensa de persona condenada.

4.ª El tribunal dictará auto en el que se dejará constancia, por orden de antigüedad, de las penas impuestas, las fechas de cada hecho y las sentencias que se hubieran dictado, indicando la fecha en que cada una hubiera alcanzado firmeza, y se establecerá, conforme a lo dispuesto en el Código Penal, el tiempo máximo de cumplimiento.

2. Contra el auto que resuelva este incidente podrán interponerse los recursos de apelación y casación».

«Artículo 905. *Delito continuado o concursos ideal o medial enjuiciados por separado.*

1. Cuando hubiesen sido enjuiciados por separado hechos que pudieran ser constitutivos de un único delito continuado o entre los que hubiera podido apreciarse una relación de concurso ideal o medial, el tribunal competente para ejecutar la última sentencia condenatoria de las que se hubieran dictado determinará, de oficio o a instancia de parte, la pena que ha de cumplirse, siempre que suponga un beneficio para la persona condenada. A tal efecto, se seguirán los trámites establecidos en el artículo anterior.

2. Se procederá de igual forma en el caso de penas no privativas de libertad».

2. Contra el auto que resuelva este incidente podrán interponerse los recursos de apelación y casación».

Sin poder entrar ahora en el detalle, ni en todas las implicaciones materiales y procesales de lo que aquí se propone [298] me limitaré ahora a decir que el texto ofrecido evita hablar de acumulación de penas y de límites o tiempos máximos de cumplimiento y, en lugar de ello, se remite al procedimiento de fijación de la pena global establecido en el artículo 73 de nuestra propuesta. En síntesis, el tribunal encargado de la ejecución de la última sentencia condenatoria que haya devenido firme, a la vista de las demás sentencias condenatorias recaídas, efectuará una nueva determinación de la pena concursal aplicable, ateniéndose a todo lo dispuesto en dicho artículo.

Como señala el Profesor Sanz Morán en su contribución a esta obra, a esa previsión, relativa a los casos en que en ejecución de sentencia se trata de conformar la pena que ha de corresponder por los delitos que habrían sido susceptibles de ser enjuiciados conjuntamente atendiendo al momento de su comisión, pero fueran conocidos en procesos distintos, se debe añadir aún otra, frecuente en el Derecho comparado, pero ignorada todavía en el nuestro, referida a la aplicación de las reglas concursales pertinentes en caso de que un juez venga a conocer de un delito que, debido al momento de su comisión, podía haber sido enjuiciado junto a otros previamente sentenciados. En relación con ello, Sanz Morán anticipa que considera adecuado, tanto a las exigencias que derivan del principio de «cosa juzgada», como al propósito de obtener una sentencia como la que se habría podido dictar si todos los delitos hubiesen sido en efecto conjuntamente enjuiciados, mi punto de vista de que el juez que ahora efectúa su enjuiciamiento debe determinar en su sentencia, en primer lugar, la pena correspondiente al hecho ahora juzgado, para fijar, a continuación, «teniendo en cuenta las penas previamente impuestas», la que en definitiva al acusado se haya de imponer imponerse según las reglas concursales aplicables al caso [299].

---

[298] He tenido especialmente a la vista el concienzudo análisis de los artículos 904 y 905 del AP de LECRIM 2020 efectuado por Ortega Matesanz, A., «Algunas consideraciones sobre la regulación del procedimiento de fijación del tiempo máximo de cumplimiento y el cómputo de la pena global en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020», *La Ley Penal*, núm. 157, Sección Legislación aplicada a la práctica, Julio-Agosto 2022, (La Ley 7705/2022).

[299] Sanz Morán, A. J., en su contribución a esta obra, p. 282, habla de respetar «los límites máximos previstos para el concurso real de delitos,» pero es claro que en el sistema que se pretende instaurar con nuestra propuesta de nueva regulación del concurso de delitos la tarea del juez no se reduce a calcular y tener en cuenta esos límites.

De acuerdo con ello, la regulación de esta segunda forma de «concurso posterior» que aquí se propone sería la siguiente:

> «Artículo 74.
>
> 1. No obsta a la aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta [300].
>
> 2. Si el Juez o Tribunal conociese de un hecho delictivo que, por el momento de su comisión, podría haberse enjuiciado juntamente con otro u otros ya sentenciados, determinará la pena que correspondería al hecho ahora juzgado y, teniendo en cuenta las penas previamente impuestas, fijará la que en definitiva corresponda imponer por todos los delitos concurrentes de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior.»

El criterio cronológico previsto en el artículo 74.1 de esta propuesta reproduce de forma simplificada el que se establece en el vigente artículo 76.2 CP para que quepa hablar con propiedad de un concurso de delitos y operen las reglas que para él se establecen. En el Derecho vigente, la adopción de ese «requisito cronológico», de esa «cesura temporal», tiene muy gravosas consecuencias para el condenado a sufrir las penas correspondientes a una multiplicidad de delitos, pues respecto de los que se cometan después del momento en que se fija esa cesura no operan ya los «límites máximos de cumplimiento» previstos en el artículo 76.1 CP. El resultado de ello es el fenómeno que asépticamente cabe denominar como el de «las condenas excluidas del sistema de acumulación jurídica» [301] y que, de forma más expresiva, se conoce como el de

[300] Según el Acuerdo del del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2005 ·»no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación» de modo que la fecha que se considera decisiva es la de la sentencia de instancia, no la de la vista, ni aquella en que dicha sentencia haya devenido firme. En otro de estos Acuerdos, el del 27 de junio de 2018, se ha venido a aclarar que «cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce *ex novo* en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación». Estos acuerdos han sido seguidos en numerosas sentencias, de modo que es muy probable que de ese modo se interpretase el criterio establecido en este artículo 74.1 de nuestra propuesta. A explicar el fundamento material de este criterio y su compatibilidad con el significado gramatical de las palabras en que está escrita la ley dedica unas vibrantes páginas Del Moral García, A., en su contribución a esta obra, pp. 174 ss. Esa no es sin embargo la única solución posible. De hecho, el criterio ahora vigente en la jurisprudencia española desplazó un entendimiento inicialmente más generoso a este respecto, que atendía al momento de la firmeza de la sentencia condenatoria en todo caso. Y esta es, por cierto, la solución expresamente adoptada en el CP portugués (art. 77.1) y, siguiendo su modelo, en la propuesta alternativa para la Parte General del CP brasileño (art. 69, párrafo inicial): vid. Greco, L./Horta, F./Leite, A./Teixeira, A./Quandt, G., 2017, p. 83.

[301] Así Ortega Matesanz, A., «Las condenas excluidas del sistema de acumulación jurídica: posibles soluciones en sede jurisprudencial», *La Ley Penal*, núm. 163, julio de 2023.

las «penas o condenas eternas» [302]: las penas impuestas por hechos cometidos con esa separación o cesura temporal «deberán cumplirse de forma sucesiva sin límite alguno, o sea, *ad infinitum,* hasta que el delincuente fallezca, se le indulte o caiga gravemente enfermo», y ello hace que en esos casos se pueda hablar de una «cadena perpetua […] encubierta» [303].

No hay en ello ni un punto de exageración. Recientes estudios acreditan que, por efecto de condenas sucesivas no susceptibles de «acumulación jurídica» (esto es, *limitada) ex* artículo 76.1 CP, «hay un número muy importante de personas cumpliendo condenas de más de 40, 50 e incluso de 60 años» [304]. Y no se trata tan sólo de personas que fueran condenadas por delitos muy graves y a penas muy largas: también la acumulación de múltiples condenas sucesivas por infracciones de mediana gravedad y hasta por delitos menores a penas relativamente breves de prisión puede acarrear esas gravísimas consecuencias, ya que, sumadas sin tope alguno, pueden extenderse a lo largo de toda una vida [305].

Este no es un problema que afecte únicamente al Derecho actualmente vigente. También en el marco de la regulación que proponemos aquí *de lege ferenda* se seguiría planteando, si no exactamente de igual modo, de uno muy semejante, la cuestión de las penas perpetuas encubiertas.

La solución de este problema está preñada de graves dificultades *de lege lata*, pero también *de lege ferenda*. Y ello se debe a que nos enfrentamos aquí a un auténtico dilema.

De un lado, la exigencia de una determinada conexión temporal entre los delitos, como requisito para puedan entrar en juego los límites máximos de cumplimiento establecidos en el artículo 76.1 del vigente CP o para que operen los criterios aún más favorables previstos para la constitución de la pena global en los artículos 73 y 74 de nuestra propuesta, parece tener en principio un propósito razonable, pues responde, en definitiva, a la necesidad de «mantener inalterada la eficacia disuasoria del castigo penal» respecto de las infracciones que se cometan tras el pronunciamiento de un fallo condenatorio y de evitar que quien fue en él penado por hechos anteriores se convierta, como se

---

[302] Solar Calvo, P., *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018*, Madrid (Editorial Reus), 2019.

[303] Ortega Matesanz, A., 2002b, p. 503.

[304] Así Francés Lecumberri, P., «Sobre una pena infame: la prisión permanente revisable. Y su extensión a aquellas de larga duración», en Oliver Olmo, P./Cubero Izquierdo, M. C. (Coords.), *De los controles disciplinarios a los controles securitarios*, Cuenca (Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha), 2020, p. 409.

[305] Según una excelente conocedora del estado de nuestras prisiones como es Solar Calvo, P., 2019, p. 64, esto último es precisamente lo que ocurre «casi siempre».

suele decir, en «titular de un patrimonio punitivo o penitenciario» o de «un salvoconducto» que le procure impunidad o inmunidad para cometer nuevos delitos [306]. El Magistrado Del Moral García lo ha expresado de un modo muy contundente: a su juicio, a partir del instante de la condena «se debe entender cerrada la acumulabilidad de las penas anudadas a hechos nuevos. Si no se hiciese así, quedaría abierta la puerta a la comisión de delitos con garantía de impunidad […]. Por eso la referencia cronológica en la que hay que levantar la barrera para acumulaciones es la de la primera sentencia no la de su firmeza. Y por eso no es fácil buscar otros sistemas. Una fórmula que suponga que el homicidio cometido en prisión por el penado el día que ingresa para cumplir su condena de veinte años ya firme por otros homicidios, va a suponer el incremento en solo un día de su estancia en prisión no parece asumible de ninguna forma. El dictado de una sentencia condenatoria levanta un muro infranqueable para vincular el delito enjuiciado con infracciones cometidas después» [307].

De otro lado nos topamos, sin embargo, con la turbadora constatación de que ese mismo condicionante cronológico, erigido como una barrera para preservar la eficacia preventiva de la sanción penal, determina también en la práctica, según ya se ha dicho, que haya personas que, incluso sin haber sido condenadas por los más graves delitos, tengan que cumplir de forma sucesiva penas tan extensas como irreductibles y terminen siendo hasta de peor condición que los responsables de los crímenes más atroces.

En la doctrina y la jurisprudencia españolas se han apuntado distintas soluciones para tratar de resolver este dilema [308], pero no se ha alcanzado todavía un mínimo grado de consenso al respecto.

La propuesta de fijar también en estos casos el máximo de cumplimiento de las penas temporales en los topes absolutos establecidos para los supuestos de concurso de delitos [309] (que en el caso de nuestra propuesta serían para la

---

[306] *Vid*., en este sentido Ortega Matesanz, A., 2002b, p. 503; e Id., *La Ley Penal*, núm. 163, julio de 2023, p. 15,

[307] Del Moral García, A., en su contribución a esta obra, p. 175.

[308] *Vid*., las que muy sintéticamente menciona Solar Calvo, P., 2019, p. 65 (la suya –reducción de las condenas temporales refundidas a un máximo de veinte años mediante la concesión en su caso de «un indulto penitenciario especial, a modo del previsto en el artículo 206 RP, con altos requisitos de carácter tratamental, sometido a control judicial y desvinculado de valoración política alguna»– figura en la p. 69). *Vid*., también más ampliamente Ríos Martín, J./Etxebarría Zarrabeitia, X./Pascual, Rodríguez, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 2.ª ed. revisada, Madrid (Universidad Pontificia de Comillas), 2018, pp. 737 ss.; y Ortega Matesanz, A., *La Ley Penal*, núm. 163, julio de 2023,

[309] Esta solución, que fue ampliamente seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al comienzo de los años noventa del pasado siglo (vid. las referencias a ella en Ortega Matesanz, A., *La Ley Penal*, núm.163, julio de 2023, pp. 8 s.) pero luego abandonada, ha seguido siendo defendida por el Magistrado Andrés Martínez Arrieta: vid. su voto particular a la STS 14/2014, de 21 de enero; y ya anteriormente Id., «La refundición de penas. Una interpretación alternativa», en López Barja de Quiroga,

pena de prisión de veinte o treinta años) tropieza sistemáticamente con el argumento de que con ello se concedería al penado un «patrimonio penitenciario» que operaría como una suerte de «licencia» o «carta blanca» para seguir delinquiendo impunemente [310]. Sin embargo, no faltan en el Derecho comparado propuestas razonadas en este sentido [311].

Creo no obstante que, como ha señalado Del Moral García en su contribución a esta obra, posiblemente sea más prometedor buscar «la fórmula legal para evitar lo que se han llamado condenas casi eternas» en el ámbito de la ejecución de la pena, estableciendo en ella «filtros […] que sean algo más que entelequias» [312].

En esta línea cabría pensar en la posibilidad de aplicar analógicamente, ya *de lege lata*, las previsiones del artículo 92 CP sobre revisión de la pena de prisión permanente a las liquidaciones de condena resultantes de la suma de penas o bloques de penas temporales para las que, por efecto del requisito cronológico previsto en el artículo 76.2 CP, no rijan los límites de cumplimiento dispuestos en el actual artículo 76.1 CP. Como el propio Magistrado Del Moral nos recuerda, acerca de esta cuestión se produjo en la STS 467/2022, de 15 de mayo, una «fractura» entre los miembros de la Sala Segunda, al emitir «una minoría relevante» un voto particular favorable a esa aplicación analógica, pero inclinarse la mayoría «por negar esa posibilidad o, al menos, no admitirla abiertamente». Al igual que dicho Magistrado, tampoco yo encuentro razones de peso para excluir *de lege lata* la aplicación analógica del ar-

---

J./Zugaldía Espinar, J. M. (Coords.), *Dogmática y ley penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 473.

[310] Aun reconociendo el valor de este argumento, consideran exagerada la importancia que se le atribuye y plantean vías para reducir su peso Ríos Martín, J./Etxebarría Zarrabeitia, X./Pascual Rodríguez, E., 2018, pp. 735 ss. Particularmente digna de consideración me parece su última reflexión, pues revela el carácter paradójico: «una persona condenada a cadena perpetua efectiva sin ninguna posibilidad de salir en libertad en un plazo razonable {…} la condena se tornaría en factor criminógeno y su comportamiento carcelario sería absolutamente incontrolable» Una severa crítica sobre la influencia de ese argumento en el establecimiento de la «cesura temporal» para la aplicación de las reglas del concurso real de delitos en el Derecho alemán vigente puede leerse en Jakobs, G., 1991, 33/15.

[311] Así, por ejemplo, en la Propuesta alternativa de una Parte General para el Código Penal brasileño se encuentran dos precepto para tratar esta cuestión en el precepto dedicado al concurso posterior retrospectivo: a la regulación dispuesta en el párrafo inicial de su artículo 75 *(vid., supra* n. 299) se añaden un §1, según el cual «si la nueva condena fuera posterior a la firmeza de la primera, se sumarán las penas correspondientes, observándose el límite de 30 (treinta) años»; y un §2, de acuerdo con cual «sobrevenida condena por hecho posterior al inicio del cumplimiento de la pena se hará unificación, despreciándose, para ese fin, el periodo de pena ya cumplido hasta la ejecución del nuevo delito». *Cfr.,* Greco, L./Horta, F./Leite, A./Teixeira, A./Quandt, G., 2017, pp. 92 ss. En la justificación del segundo precepto se indica que se trata de «una solución de compromiso entre la garantía de no perpetuidad de la pena […] y la necesidad de preservar la función preventiva de la amenaza penal, especialmente en el inicio de la ejecución de penas iguales o próximas a 30 años» (p. 94).

[312] *Cfr.,* aquí y en lo que sigue, Del Moral García, A., en su contribución a esta obra, pp. 179 s.

tículo 92 CP, ni entiendo «cómo puede acogerse a esa previsión una persona condenada a una o varias penas de prisión permanente y no quien está condenado a un número de años alto, pero como consecuencia de la suma de penas inferiores». Me permito además recordar que hace ya mucho tiempo Jakobs realizó esa misma propuesta de aplicar las reglas especiales de revisión y concesión de la libertad establecidas para la pena de prisión perpetua a las sumas de penas excluidos de las reglas del concurso real de delitos cuyos dos tercios (el tiempo de cumplimiento que en Alemania se exige como mínimo para el acceso a la libertad condicional) excediesen de los quince años que en ese país se requieren para proceder a la revisión de una pena de prisión de por vida [313].

Entiendo sin embargo que tiene también razón Del Moral García cuando advierte que, siendo todo esto muy plausible, ello supondría un paliativo muy limitado, pues sólo llegaría a alcanzar a casos muy extremos y no a aquellos otros en los que, aun en menor grado, resultan también notablemente desmesuradas las liquidaciones de condena por delitos a los que, por efecto del referido criterio cronológico no pueden aplicarse las reglas concursales.

Considero por este motivo digna de ser considerada con atención la solución que, también en el ámbito de la ejecución de la pena, pero sin esas limitaciones, han propuesto Ríos Martín, Etxebarría Zarrabeitia y Pascual Rodríguez *de lege ferenda*. Esta propuesta consistiría en introducir en el actual artículo 78 CP un segundo párrafo del siguiente tenor.

> «En los supuestos en que no sea posible aplicar los límites de cumplimiento efectivo del artículo 76.1 por no concurrir los presupuestos del artículo 76.2, el juzgado de vigilancia penitenciaria podrá acordar que los beneficios, penitenciarios, los permiso de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se remitan al límite del artículo 76.1 que hubiera correspondido aplicar.» [314]

Entiendo que en el contexto de nuestra propuesta normativa se podría incluir un precepto que tuviera *mutatis mutandis* un significado equivalente. Tal precepto podría ser añadido, como apartado 3, al artículo 74 y tener la siguiente redacción:

> «3. Si por no concurrir el presupuesto temporal al que se refiere el apartado 1 de este artículo el responsable de una pluralidad de delitos hubiese de

[313] Jakobs, G., 1991, 33/15, *in fine*. A este punto de vista se ha sumado un sector de la doctrina alemana: así NK- Frister, H., 2017, § 55, núm. marg 34; y MüKoStGB[4]-v. Heintschel-Heinegg, 2020, Comentario previo al § 52, núm. marg. 3.3. En contra Sternberg-Lieben, D./ Bosch, N., 2019, § 53 núm. marg. 8.

[314] Ríos Martín, J./Etxebarría Zarrabeitia, X./Pascual Rodríguez, E., 2018, p. 732.

> cumplir varias penas temporales de prisión que sumadas tengan una duración superior a los límites de veinte o treinta años a los que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, el juzgado de vigilancia penitenciaria podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se remitan a tales límites según sea el caso.» [315]

A mi juicio, un precepto de estas características constituye en efecto, como señalan los autores de la propuesta en la que se inspira [316], un compromiso entre la exigencia de eficacia preventiva de la pena y el respeto de los principios constitucionales de orientarlas a la reinserción de los condenados a sufrirlas, porque, sin generar impunidad, ni expectativa de impunidad, ofrece al penado una esperanza realista y no una simple entelequia de recobrar su libertad.

8. **Modificación de las reglas concursales previstas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal delos menores**

La redacción que para los artículos 11 y 12 de la LO 3/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los mentores se incluye en la propuesta normativa de este proyecto coincide exactamente con la formulada por el Profesor Feijoo Sánchez y su justificación se expone con detalle en la contribución de ese autor a este volumen, de modo que a ella puedo sin más aquí remitirme

9. **Modificación de la regulación del concurso de leyes**

Como bien indica el Profesor Sanz Morán en su contribución a este volumen es absolutamente excepcional la existencia en los Códigos penales, si se exceptúan los que han sido influidos precisamente por nuestro vigente Código, de preceptos que se ocupen de concretar cuándo, en lugar de darse efectivamente un concurso de delitos, nos encontramos ante lo que se denomina un concurso aparente de leyes» en el que la formal subsunción del hecho bajo varios preceptos no obsta a la existencia de un solo delito, aplicándose sólo la ley preferente, frente a la cual quedan desplazadas las demás, si queremos evitar el sancionar

[315] Por no haber sido objeto esta formulación de una discusión general entre los miembros de este proyecto y haberse concretado solo al final de la redacción de este capítulo, la introducción de este precepto no figura en la propuesta normativa que se incluye a continuación en este volumen.

[316] Ríos Martín, J./Etxebarría Zarrabeitia, X./Pascual Rodríguez, E., 2018, p. 733

dos veces lo mismo (principio *non bis in ídem*, en su acepción sustantiva)». Tanto el anterior CPE (art. 68), como el vigente (art. 8), recogen, sin embargo, reglas alusivas al denominado concurso aparente de leyes penales.

La posición del Profesor Sanz Morán, como él mismo nos dice, es bien clara y ha sido reiterada en numerosas ocasiones, también en el marco de este proyecto de investigación [317]: la disposición recogida en el artículo 8 CP es, a su juicio, «innecesaria» y «perturbadora»; la mera enunciación en sus tres primeras reglas de los criterios de especialidad, subsidiaridad y consunción «no resuelve el problema interpretativo central», que no es otro que el de determinar cuándo nos encontramos ante una relación entre las distintas leyes penales «aparentemente» de tales características que la aplicación de una de ellas tiene carácter preferente y desplaza la aplicación de las restantes; reina, además, «la más absoluta disparidad de criterios a la hora de decidir el número de reglas interpretativas, así como su respectivo alcance y contenido»; y, en particular, hay «serias dudas en torno al sentido del principio de consunción», por lo demás «deficientemente formulado en el número 3» del artículo 8 CP, «y ya nadie defiende, en la doctrina extranjera, la existencia de un ámbito propio para el denominado principio de alternatividad (art. 8, núm. 4)».

Todo este diagnóstico nos ha parecido a los demás participantes en este proyecto de investigación absolutamente certero y, sin embargo, persiste en nosotros la duda de si no sería conveniente, pese a todo, mantener una referencia al concurso de leyes, en cuanto reverso del concurso de delitos, aunque depurando su formulación de los patentes defectos que aquejan a la actualmente vigente.

Al igual que ocurrió en el marco de la reforma penal española en los años ochenta y noventa del siglo pasado, la decisión a tomar a este respecto está condicionada por la situación normativa precedente. Si no hubiese existido un precepto como el artículo 68 del CP de 1973 (que además consagraba el criterio de la «alternatividad»), los autores del proyecto de 1980 que inspiraron la solución que finalmente se plasmaría en el CP de 1995 habrían dejado la cuestión del concurso de leyes y de los criterios que pueden servir para apreciarlo a la interpretación doctrinal y judicial, como se hizo en la reforma del Código penal alemán. La existencia en el Código precedente de un precepto dedicado a tan polémico criterio, unida al silencio sobre los más comúnmente aceptados de la especialidad, la subsidiaridad y la consunción, fue seguramente lo que movió a quienes participaron, desde el propio proyecto de 1980, en los distin-

[317] *Vid*., Sanz Morán, A. J., en su contribución a esta obra, pp. 279 ss.. Asimismo Id., 2022, pp. 38 y 62.

tos trabajos preparatorios que condujeron a lo que sería el nuevo Código penal a intentar, con más o menos acierto, una regulación más completa, menos unilateral, de los supuestos de concurso de leyes.

En el momento actual nos hallamos ante una situación en cierto modo parecida, aunque solo en el sentido de que la decisión que en este punto se tome tampoco caería en el vacío. Ciertamente se habría podido optar en su momento por no establecer una regulación como la que actualmente existe en el artículo 8 CP y, probablemente, eso habría sido lo más razonable si no se hubiesen dado aquellos condicionantes históricos. Suprimirla ahora podría enviar, sin embargo, un mensaje que consideramos inconveniente: una peligrosa señal hacia la reducción de los casos en los que se ha venido admitiendo de un modo u otro, esto es, con uno u otro criterio, un concurso de leyes y hacia la correlativa extensión de la apreciación de concursos de delitos. Por eso pensamos que mantener un precepto relativo al concurso de leyes, introduciendo en él, eso sí, algunas mejoras técnicas, podría ser la opción preferible.

El primero de los defectos que en tal caso deberían ser corregidos ese refiere a la ubicación sistemática del actual artículo 8 CP. Este precepto se halla en el Título preliminar del Libro I del Código Penal dedicado a las garantías penales y a la aplicación de la ley penal, y muy alejado de las reglas relativas a los concursos de delitos. Ello sugiere la pervivencia de un punto de vista favorable a la consideración tradicional del concurso de leyes como referido a la interpretación de los tipos penales en su recíproca relación y no, según es en realidad su sentido, como límite operativo de aquellas reglas en cuanto que la apreciación de un concurso de leyes se basa en la «inadecuación axiológica» de la aplicación del régimen de consecuencias jurídicas previsto para los propios concursos de delitos, dado que tal aplicación comportaría la infracción del principio *ne bis in idem* entendido como prohibición de punición múltiple [318].

En el mismo orden de cosas, se debe corregir igualmente la referencia que en el vigente artículo 8 CP se hace a los artículos 73 a 77 que, como ha señalado una buena parte de la doctrina, aparece invertida [319]. En el Derecho actualmente vigente se formula el alcance del artículo 8 como si fuese secundario al de los artículos 73 a 77 CP, cuando lo cierto es más bien lo contrario:

---

[318] *Vid*., en este sentido Mañalich Raffo, J. P., en su contribución a esta obra, p. 159 y las demás referencias que allí se contienen. A este respecto me parece imprescindible remitirme a las fundamentales consideraciones que este autor realiza en Id., «El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles», en Cárdenas Aravena, C./Ferdman Niedmann, J. (Eds.), *El Derecho como teoría y práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago de Chile (Legal Publishing Chile), 2016, pp. 503 ss. y passim.

[319] Sin ir más lejos, así lo advierte, con razón, nuevamente Sanz Morán, A. J., en su contribución a esta obra, p. 273.

son estos preceptos que regulan los supuestos del concurso de delitos los que sólo deben entrar en juego cuando no proceda apreciar que nos hallamos ante un concurso de leyes y no a la inversa.

Por último, es necesario introducir modificaciones en los criterios a los que el vigente artículo 8 CP se refiere para identificar y establecer reglas de solución de las supuestos de concurso de leyes. En dicho precepto se establecen cuatro criterios, que es común denominar especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, con sus correspondientes reglas de tratamiento: la ley especial desplaza la ley general *(lex specialis derogat legi generali),* la ley principal deroga la ley subsidiaria *(lex principalis derogat legi subsidiariae),* la ley consumente deroga la ley consumida *(lex consumens derogat legi consumptae)* y la ley que asigna la pena más grave desplaza las que asignen una pena menor. Sin embargo, salvo en el primer caso (el de la especialidad en el sentido sentido lógico-formal de inclusión) no se establece en el artículo 8 CP una definición clara de cada uno de esos criterios ni de los casos a los que se refieren.

El hecho de que el criterio de especialidad y la regla del desplazamiento de la ley general por la ley especial resulten claros y prácticamente indiscutidos se debe precisamente al particular *status* lógico que se reconoce a esa forma de relación entre preceptos penales, que parece dispensar de cualquier consideración material acerca de la razón de la preferencia por la aplicación del precepto especial sobre la del más generalmente formulado; aunque con más exactitud cabría decir que lo que sucede es que la razón de esa preferencia (la mayor *intensio* o intensidad de la descripción más específica) se halla intrínsecamente ligada a la estructura lógica de la inclusión o subordinación (especialidad lógico-formal) [320].

Los restantes criterios y reglas están aquejados en cambio de una considerable oscuridad. Como advierte Molina Fernández, «si es relativamente claro qué casos caen bajo la especialidad, es mucho menos evidente cuáles se acomodan la subsidiariedad. Por un lado, cualquier par de normas que se encuentran en relación de especialidad lo estarán también en subsidiariedad, atendiendo a la definición legal: la ley general solo se aplica subsidiariamente, en defecto de la principal. […] Para evitar que ambas reglas se fundan en una, hay que darle algún contenido sustancial, pero la definición de subsidiariedad no ofrece pautas para ello» [321].

---

[320] *Vid*., en este sentido Mañalich Raffo, J. P., 2016, pp. 529 ss. *Cfr.,* también, Jakobs, G., 1991, 31/19 ss.: «especialidad por la intensidad de la descripción».

[321] Molina Fernández, F., 2022, núms. margs. 3279 y 3281.

En realidad, lo que Molina Fernández señala para la relación entre subsidiaridad y especialidad vale también para la relación entre la subsidiaridad y la consunción: de igual modo cabría decir, sin que ello dejase de tener pleno sentido, que la *lex consumens* es *lex principalis* y la *lex consumpta, lex subsidiaria*. Ello se debe a que como ya señalara en su día Beling y ahora recuerda Mañalich Raffo, la subsidiaridad no es un criterio material específico de un concurso de leyes, sino la forma en que todo concurso de leyes se presenta: una forma en la que una ley tiene una aplicación subsidiaria con respecto a otra ley de preferente aplicación.

En un plano diferente se encuentra la noción de la consunción, pues, bien miradas las cosas, con ella se viene a expresar abstractamente el principio material en el que descansa todo el concurso de leyes. Así se percibe si pensamos en las hipótesis que más comúnmente se incluyen bajo la regla de consunción, las de los actos anteriores y posteriores que antes se calificaban de *impunes* y hoy se dicen *copenados* y los llamados hechos típicamente acompañantes. Respecto de ellos, ya no se afirma que estemos ante unos actos que queden impunes mientras que otros son castigados, sino que se trata de actos que son asimismo penados, sólo que implícitamente, esto es, con el castigo de la infracción penal a la que preceden o suceden o junto a la que aparecen; y, para justificar que esto sea así, se aduce que, en tales casos, el precepto de aplicación preferente contiene, al menos implícitamente, una valoración sobre el comportamiento expresamente contemplado en la norma desplazada, de modo que volver a considerarlo para incrementar el castigo, como sucedería si en lugar de un concurso de leyes se apreciase un concurso de delitos, supondría infringir la prohibición de doble valoración: *ne bis in idem!* [322].

Pero esto no es una característica exclusiva de esos relativamente pocos casos que habitualmente se ubican bajo el criterio de la consunción. Sería igualmente razonable decir, por ejemplo, que la norma que incrimina y sanciona el asesinato contiene implícitamente una valoración sobre el homicidio que, en todo caso, con él también se habrá realizado; y que eso mismo sucede con el robo con violencia e intimidación en las personas respecto del hurto y las coacciones o amenazas que con aquel se cometen. Todos esos otros delitos no quedan «impunes», sino que son también «copenados» en cuanto ingredientes que son, respectivamente, del asesinato o del robo explícitamente sancionados [323]. De este modo, incluso la especialidad puede verse como un caso de

[322] *Cfr.,* Peñaranda Ramos, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid (Civitas), 1991, pp. 185 s.

[323] *Cfr., ibídem*, p. 186. *Vid*., también, adhiriéndose a mi punto de vista, Mañalich Raffo, J. P., 2016, pp. 532 s.

consunción en el que es particularmente clara la procedencia del desplazamiento de un precepto (la ley general) por otro (la ley especial).

La fórmula que para la regulación del concurso de leyes se incluye en el artículo 75 de nuestra propuesta se nutre de todas las ideas que, muy brevemente, se acaban de expresar. Ubica este precepto en el lugar sistemático que, conforme a las consideraciones anteriormente expuestas, le corresponde; indica adecuadamente la relación existente entre ese precepto y los artículos 73 y 74, relativos al concurso de delitos, que le anteceden; y designa el principio general del concurso de leyes y también las dos formas básicas en que puede presentarse [324], dejando su ulterior concreción, como en realidad resulta inevitable, a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia, sin ofrecer para ello, como hace el vigente artículo 8 CP, fórmulas confusas e inconsistentes.

En virtud de ello, se propone la creación de una nueva Sección 3.ª del Capítulo II del Título III del Libro II del Código Penal que llevaría por rúbrica «Concurso de leyes» e incluiría un único artículo, el 75, que sustituiría al actual artículo 8 CP y tendría el siguiente tenor:

> «Lo dispuesto en la Sección anterior no será aplicable cuando la condena por alguno o algunos de los delitos concurrentes deba entenderse implícita en la de otro de ellos, por estar comprendida la descripción legal o la desvaloración penal de aquel o aquellos en la de este, en cuyo caso el tribunal aplicará la ley que sancione esta última infracción y prescindirá de imponer las penas previstas para las restantes».

En la formulación de este precepto no se incluye ninguna referencia a la llamada alternatividad. Su consideración como un criterio destinado a dar respuesta a defectos de regulación por duplicación de la tipificación de un mismo supuesto de hecho bajo conminaciones penales de diferente gravedad no se sostiene y cabe dar la razón al Profesor Sanz Morán en que en tal caso, por razones de proporcionalidad e intervención mínima sería preferible optar, en lugar de por la pena mayor, por la menor, dado que *ex hypothesi* esta habría

[324] En esto último se diferencia principalmente la fórmula finalmente escogida, que se transcribe a continuación en el texto, de la que sometió la discusión de los equipos de investigación y de trabajo de este proyecto el Profesor Mañalich Raffo, que solo hacía referencia al principio general del concurso de leyes. Esta fórmula era la siguiente: «Lo dispuesto en los artículos anteriores (= arts. 73 a 77 CP) no será aplicable cuando la condena por alguno de los delitos concurrentes deba entenderse implícita en la condena por otro de ellos, en cuyo caso el Tribunal prescindirá de imponer la pena prevista para el primer delito». Sin embargo, la fórmula aquí acogida es materialmente congruente con la idea expuesta recientemente por este autor de que la especialidad («intrínseca a a la relación lógico-semántica de subordinación») y la consunción («extrínseca» a ella) son los dos criterios de reconocimiento de una «redundancia punitiva» característica del concurso de leyes: vid. Mañalich Raffo, J. P., «La realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo-base como concurso aparente», en Maldonado Fuentes, F. (Ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, pp. 119 ss

sido considerada también por el propio legislador como adecuada al caso. Por lo demás, existirán casos, desde luego, en los que en la resolución de un concurso de leyes y, precisamente, para determinar cuál de ellas capta suficientemente el desvalor del hecho o los hechos realizados pueda tener algún papel la comparación de las penas dispuestas por los distintos preceptos en juego, a fin de evitar, por ejemplo, que un sujeto que cometa dos modalidades cualificadas (agravadas) de un mismo tipo básico y sancionadas con penas de distinta magnitud pueda beneficiarse de la penalidad inferior sólo porque, además de realizar con su conducta los requisitos típicos del delito más grave, haya cumplido también los del de menor gravedad [325]. La alternatividad no es sin embargo un criterio que pueda operar sin más, esto es, autónomamente y al margen de la especificidad de la descripción legal del hecho o de su (des)valoración, en el seno de la teoría y la praxis del concurso de leyes.

[325] *Vid*., en este sentido, por ejemplo, Mañalich Raffo, J. P., 2021, pp. 133 ss. (con respecto al «criterio de la mayor intensidad comparativa del énfasis calificante»).

HACIA UNA REGULACIÓN RACIONAL DE LA CONCURRENCIA DELICTIVA. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Enrique Peñaranda Ramos/Laura Pozuelo Pérez

PROPUESTA DE NUEVA REGULACIÓN

1. **CÓDIGO PENAL (CP)**

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 8

1.1. Se propone la supresión de este artículo y su sustitución por el nuevo artículo 75 CP, en la redacción que más abajo se indica.

(…)

LIBRO I

Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, las medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

(…)

TÍTULO III

De las penas, sus clases y efectos

(…)

CAPÍTULO II

De la aplicación de las penas

(…)

Sección 2.ª Reglas especiales para la aplicación de las penas en caso de concurso de delitos

1.2 Se propone la siguiente redacción de los artículos 73 y 74 CP y la derogación de los actuales artículos 75-79 CP):

Artículo 73 (Primera opción)

1. Al responsable de dos o más delitos cometidos mediante un mismo hecho o mediante varios hechos distintos se le impondrá una pena conjunta que se tomará en principio de la ley que establezca la conminación penal más grave prevista para dichos delitos. No obstante, habrá de observarse lo dispuesto en los siguientes apartados de este artículo.

2. La pena que habría debido imponerse por el delito más gravemente penado en el caso concreto se incrementará de forma adecuada en atención a la concurrencia de esa pluralidad de infracciones punibles, pudiéndose rebasar motivadamente hasta en su mitad el límite máximo de la pena legalmente prevista para el delito más grave. No obstante, no se podrá imponer una pena que exceda de la suma de las penas concretas individualmente aplicables y habrá de respetarse asimismo el límite máximo que la ley establezca para cada clase de pena. Si se tratase de penas privativas de libertad, ese límite podrá llegar a 30 años cuando alguno de los delitos esté conminado con pena de hasta 20 años o de una duración superior. *Si la pena con la que se conminase el delito más grave fuera la de prisión permanente revisable, esta será la pena aplicable* [1].

3. De la posibilidad de incrementar la pena a imponer hasta en la mitad de su límite máximo no cabrá hacer uso sino en el caso de haberse cometido los delitos concurrentes mediante hechos distintos. A tal efecto, se podrá tratar como infracciones cometidas mediante hechos distintos las que, de forma dolosa, aunque sea a través de un mismo curso de acción, atenten contra bienes jurídicos de carácter eminentemente personal correspondientes a diferentes personas.

[1] Se propone incluir el texto destacado en cursivas en tanto se mantenga en nuestro ordenamiento jurídico la pena de prisión permanente revisable. Los autores de esta Propuesta somos, no obstante, partidarios de su supresión.

4. Las penas privativas de derechos, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias previstas en las distintas conminaciones legales correspondientes a las infracciones cometidas deberán o podrán ser impuestas, respectivamente, si alguna de esas leyes penales prescribe o permite su imposición.

5. En la determinación de la pena a imponer de conformidad con los apartados anteriores se habrá de tener en cuenta el número de las infracciones cometidas y su respectiva gravedad, su naturaleza y relación recíproca, si fueron perpetradas en una sola ocasión o en ocasiones distintas, más o menos separadas en el tiempo, así como las circunstancias personales del reo que a tal efecto pudiesen resultar relevantes.

Artículo 73 (Segunda opción) [2]

1. Al responsable de dos o más delitos, llevados a cabo mediante otras tantas acciones u omisiones, se le impondrá la pena prevista para la infracción más grave, incrementada hasta en la mitad de su límite máximo, sin que pueda exceder de la suma de las penas de las infracciones en que incurrió ni del límite máximo que la ley establezca para cada clase de pena. Si se trata de penas privativas de libertad, ese límite podrá llegar a treinta años cuando alguno de los delitos esté conminado con pena de hasta veinte años o de una duración superior. *Si la pena con la que se conminase el delito más grave fuera la de prisión permanente revisable, esta será la pena aplicable* [3].

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no es aplicable cuando una misma acción supone la realización de dos o más delitos, en cuyo caso se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, sin que pueda rebasar la suma de las penas de las infracciones en que se incurrió.

3. En los casos de los dos apartados anteriores las penas privativas de derechos, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias previstas en las distintas conminaciones legales correspondientes a las infracciones cometidas deberán o podrán ser impuestas, respectivamente, si alguna de esas leyes penales prescribe o permite su imposición.

4. En la determinación de la pena a imponer de conformidad con los apartados anteriores se habrá de tener en cuenta el número de las infracciones cometidas y su respectiva gravedad, su naturaleza y relación recíproca, si fueron perpetradas en una sola ocasión o en ocasiones distintas, más o menos separadas en el tiempo, así como las circunstancias personales del reo que a tal efecto pudiesen resultar relevantes.

---

[2] Siguiendo la formulación propuesta por el Prof. Sanz Morán en esta obra.

[3] *Vid.,* núm. 1.

Artículo 74

1. No obsta a la aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior que los hechos se conozcan en procesos separados si, por el momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado de manera conjunta.

2. Si el Juez o Tribunal conociese de un hecho delictivo que, por el momento de su comisión, podría haberse enjuiciado juntamente con otro u otros ya sentenciados, determinará la pena que correspondería al hecho ahora juzgado y, teniendo en cuenta las penas previamente impuestas, fijará la que en definitiva corresponda imponer por todos los delitos concurrentes de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior.

1.3. Se propone la creación de una nueva Sección 3.ª del Capítulo II del Título III del Libro II del Código Penal y la inclusión en ella de un nuevo artículo artículo 75, que sustituirá al actual artículo 8 CP, con el siguiente tenor:

Sección 3.ª Concurso de leyes

Artículo 75

Lo dispuesto en la Sección anterior no será aplicable cuando la condena por alguno o algunos de los delitos concurrentes deba entenderse implícita en la de otro de ellos, por estar comprendida la descripción legal o la desvaloración penal de aquel o aquellos en la de este, en cuyo caso el tribunal aplicará la ley que sancione esta última infracción y prescindirá de imponer las penas previstas para las restantes.

TÍTULO VII

De la extinción de la responsabilidad penal

CAPÍTULO I

De las causas que extinguen la responsabilidad criminal

1.4. En congruencia con la supresión del art. 78 bis CP, se propone suprimir igualmente las remisiones que a dicho artículo se hacen en los apartados 1, letra a), último inciso, y 4, inciso primero, del artículo 92 CP.

1.5. Se propone la supresión del apartado 4 del artículo 131.

1.6. Se propone la supresión en el inciso 2.º del párrafo 1.º del apartado 1 del artículo 132 CP de la mención al delito continuado, en concordancia

de la supresión de esta figura entre las reglas especiales para la aplicación de las penas en caso de concurso de delitos.

1.7. Se propone la supresión de la letra b) del apartado 2 del artículo 134 CP, en congruencia con la propuesta de sustitución de la vigente redacción del artículo 75 CP, al que aquel precepto se remite, por otra que ya no hace referencia al cumplimiento sucesivo de las penas que no puedan ser cumplidas simultáneamente en los supuestos del concurso real de delitos.

1.8. Se propone la supresión del inciso segundo del artículo 140.2 CP, en congruencia con la propuesta supresión del artículo 78 bis CP.

2. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL (LECRIM)

Modificación única. Se propone extraer del vigente artículo 988 LECrim. su párrafo 3.º y dotar a su actual contenido de una nueva redacción, inspirada en lo previsto en los artículos 904 y siguiente del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, aunque adaptada a la nueva regulación de los concursos de delitos incluida en esta Propuesta. El precepto propuesto, que se llevaría a un nuevo artículo de la LECrim., el artículo 988 bis, tendría el siguiente tenor:

«Artículo 988 bis. *Determinación de la pena aplicable en caso de sentencias dictadas por delitos susceptibles de ser enjuiciados en un mismo proceso.*

1. En los casos en que una persona haya sido condenada por delitos que, según lo previsto en el artículo 74.1 del Código penal, hubieran podido ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso, se observarán las siguientes reglas:

1.ª Será competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de las demás partes o de la Administración penitenciaria, el tribunal encargado de la ejecución de la última sentencia condenatoria firme, con independencia de la fecha en que esta haya alcanzado su firmeza.

2.ª El letrado de la Administración de Justicia dejará constancia en la causa de todas las condenas impuestas, reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y recabará testimonio de las sentencias condenatorias, incluidas las dictadas, en su caso, por los tribunales extranjeros.

3.ª Se recabará dictamen del Ministerio Fiscal y se concederá audiencia por el plazo de cinco días a las demás partes y a la defensa de la persona condenada.

4.ª El tribunal dictará auto en el que se dejará constancia, por orden de antigüedad, de las penas impuestas, las fechas de cada hecho y las sentencias que se hubieran dictado, indicando la fecha en que cada una hubiera alcanzado firmeza, y se establecerá, conforme a lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Código Penal, la pena que ha de cumplirse.

2. Contra el auto que resuelva este incidente podrán interponerse los recursos de apelación y casación.»

3. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES (LORPM)

3.1. Se propone dar al artículo 11 LORPM la siguiente redacción [4]:

«Artículo 11. *Pluralidad de infracciones.*

1. Los límites máximos establecidos en los artículos 9 y 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, siempre que pudieran ser enjuiciadas conjuntamente atendiendo al momento de su comisión. El Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

2. Si dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el Juez competente señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el apartado anterior.

3. Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.»

3.2. Se propone dar al artículo 12 LORPM la siguiente redacción:

«Artículo 12. *Procedimiento de aplicación de medidas impuestas en diferentes procedimientos por infracciones que hubieran podido ser enjuiciadas conjuntamente atendiendo al momento de su comisión.*

1. En los casos del apartado 2 del artículo 11 el órgano judicial competente para determinar la medida y su ejecución será siempre el del domicilio

[4] Según la formulación planteada por el Prof. Feijoo Sánchez, en esta obra.

del menor y, en caso de que los hechos no fueran de su competencia porque no hubiera impuesto ninguna medida, el órgano judicial competente será el que haya impuesto la medida más grave o, subsidiariamente, el primer Juez sentenciador.

2. En cuanto un Juez sentenciador tenga conocimiento de otro órgano con competencia preferente para determinar la medida, una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez competente.»

Colección
Derecho Penal y Procesal Penal

Director:
Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

14. Concurrencia delictiva: La necesidad de una regulación racional
    Coordinadores: Laura Pozuelo Pérez y Daniel Rodríguez Horcajo
15. Estudios sobre el Código penal de 1822 en su bicentenario
    Coordinadores: Gregorio Mª Callejo Hernanz, Víctor Martínez Patón
16. Códigos penales españoles, dos volúmenes
    Jacobo Barja de Quiroga
    Luis Rodríguez Ramos
    Lourdes Ruiz de Gordejuela López
17. Minería de ADN en la investigación criminal
    Fernando Ruiz Domínguez
18. Responsabilidad penal y negocios estándar: los casos del asesor fiscal y del abogado, dos volúmenes
    Mónica de la Cuerda Martín
19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España
    Cristian Sánchez Benítez
20. El principio de responsabilidad penal por el hecho
    Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín
    Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez
21. El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela
    Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares
22. La pena y su renuncia en la justicia transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento premial a la violencia terrorista?
    David Gallego Arribas

Este libro es el resultado del último encuentro científico del proyecto de investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva» (DER2017-86139-P, financiado por AEI-MINECO-FEDER), de la Universidad Autónoma de Madrid, que incluye diferentes aportaciones en torno a los fundamentos de la regulación de los concursos de leyes y los concursos de delitos, así como un amplio compendio no sólo de lo publicado en el libro, sino de prácticamente todos los objetivos pretendidos en el proyecto de investigación.

El libro culmina precisamente con el que fue el objetivo principal del proyecto: una propuesta de reforma de la regulación de los concursos de delitos en el Código penal español que fuera, precisamente, como se señalaba en el título del proyecto, una regulación racional, práctica y equitativa sobre la concurrencia delictiva.