

La arquitectura del concurso de delitos

Problemas prácticos y fundamentos
dogmáticos de su regulación

Nicolás Cantard Vanni



Derecho Penal
y Procesal Penal

LA ARQUITECTURA DEL CONCURSO DE DELITOS
Problemas prácticos y fundamentos dogmáticos de su regulación

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.

**LA ARQUITECTURA
DEL CONCURSO DE DELITOS**
**Problemas prácticos y fundamentos dogmáticos
de su regulación**

NICOLÁS CANTARD VANNI

Prologo por
LAURA POZUELO PÉREZ



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2026

Primera edición: marzo de 2026.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *La Editorial del BOE/Colecciones*, 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.

- © Del contenido, su autor
- © 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: 144-26-018-9 (edición en papel)
144-26-019-4 (edición en línea, PDF)
144-26-020-7 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-3122-7

Depósito legal: M-8037-2026

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

*A Marthot,
por su amor incondicional durante 37 años*

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS	17
NOTA PRELIMINAR	19
INTRODUCCIÓN	23
PRIMERA PARTE	
DISTINCIONES NECESARIAS Y LA NECESIDAD DE DISTINGUIR	33
1. La unidad delictiva	33
1.1 La unidad típica de acción	38
1.1.1 La unidad típica en sentido estricto	38
1.1.2 La unidad típica en sentido amplio o unidad natural de acción	42
1.2 El delito continuado y delito masa	58
1.3 El concurso de leyes	80
2. La pluralidad delictiva	98
2.1 Modalidades concursales	101
2.1.1 Concurso real	101
2.1.2 Concurso ideal	116
2.1.3 Concurso medial	121

	Páginas
2.2 Sistemas de regulación del concurso de delitos	125
2.2.1 Introducción	126
2.2.2 Sistemas de solución unitaria	128
2.2.3 Sistemas de solución plural	135
2.2.4 Análisis crítico	163
2.2.5 Toma de posición: la necesidad de distinguir	169
3. Conclusiones parciales	174
SEGUNDA PARTE	
SOBRE EL MODO DE PROCEDER PARA LA DISTINCIÓN	179
4. La individualización de acciones en la filosofía	179
4.1 Introducción	179
4.2 El concepto filosófico de acción	180
4.3 La individualización de acciones	191
5. La individualización de hechos en la concurrencia delictiva	197
5.1 Introducción	197
5.2 Criterios de diferenciación	200
5.2.1 Acciones y/o hechos	200
5.2.2 El papel del resultado en la diferenciación	204
5.2.3 La coincidencia total o parcial de las acciones ejecutivas	230
5.2.4 La afinidad o parentesco de los injustos	235
5.2.5 Identidad de hechos por efecto de abrazadera	239
5.2.6 La diferenciación en la imprudencia y en la omisión	244
5.2.7 La unidad natural de acción y la característica del bien jurídico afectado	254
6. Conclusiones parciales	261
TERCERA PARTE	
LAS CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN	267
7. «Principios» de la determinación de la pena	267
7.1 Absorción	268
7.2 Exasperación	273
7.3 Acumulación	276
7.4 Combinación	291

	Páginas
8. «Procesos» de la determinación de la pena	295
8.1 Pena global	299
8.2 Pena única	308
8.2.1 El proceso de formación de la pena del artículo 77.2 CP y sus distintas interpretaciones	312
8.2.2 Una interpretación alternativa	320
8.3 La acumulación de penas en España	327
8.4 <i>Totality principle</i>	338
9. Conclusiones parciales	341
CONCLUSIONES FINALES	345
BIBLIOGRAFÍA	353

PRÓLOGO

Se puede afirmar con escaso riesgo de error que los concursos de delitos son probablemente uno de los temas más complejos del Derecho penal. Su regulación en el Código penal es intrincada, poco razonable y, sobre todo, muy poco equilibrada. Así, pese a que en principio pueda parecer sencilla (y solo parecer) la diferenciación conceptual entre un concurso real y uno ideal de delitos, en la práctica resulta enormemente difícil en muchas ocasiones determinar si el autor del delito ha realizado varios hechos que han dado lugar a varios delitos o bien si estos han tenido origen en un solo hecho.

Y es en este punto donde la regulación se muestra poco equilibrada: de la decisión acerca de si nos encontramos ante varios hechos o ante uno solo, la respectiva aplicación de los artículos 76 y 77 del Código penal puede suponer una enorme diferencia penológica. En especial si estamos hablando de la pena de prisión, ya que la aplicación de uno u otro precepto dará lugar a una considerable disparidad en el número de años que el condenado ha de cumplir en un centro penitenciario.

Tratándose de un tema tan relevante y tan complejo dentro de la Parte General del Derecho penal, y tan determinante para el futuro de quien es condenado por la comisión de más de un delito, sorprende la escasa atención que ha recibido por parte de los penalistas.

Todas estas razones son las que hacen particularmente oportuna la monografía de Nicolás Cantard, una obra imprescindible que realiza un estudio, riguroso, profundo y exhaustivo de toda la problemática en torno a los concursos de delitos: de sus fundamentos, de sus presupuestos y de sus consecuencias jurídicas. Y el autor no sólo analiza cada una de las aristas de la materia de estudio, sino que además aporta verdaderamente respuestas, tanto *lege lata*, para dar a los aplicadores de la ley vías de solución con la regulación existente, sino también *lege ferenda*, para que una futura reforma del Código penal en esta materia pueda tener, por fin, una regulación racional y equilibrada.

El trabajo se estructura de forma perfectamente hilada, dividiéndose en tres partes diferenciadas pero unidas por el hilo conductor de ir abordando ordenada y secuencialmente todos los problemas que plantean los concursos de delitos, llevando al lector de la mano hasta arribar a una interesante propuesta de interpretación de los concursos en el Código.

Así, en la primera parte se aborda el inicial problema de la distinción entre unidad delictiva y pluralidad de delitos, sin el cual no es posible el estudio de la teoría de concursos. Para ello Nicolás Cantard analiza en detalle los conceptos de unidad típica de acción en sentido estricto, unidad de acción en sentido amplio (unidad natural de acción), delito continuado y concurso de leyes. A partir de este primer paso se entra en el análisis de las modalidades del concurso de delitos, tanto desde el Derecho español como desde el Derecho comparado.

Tras el estudio de las distintas situaciones que dan lugar a supuestos de unidad delictiva, que permitan diferenciarlos de los de concurrencia delictiva, en la segunda parte de la monografía se abordan los criterios necesarios para resolver esos concretos supuestos. Para ello esta parte del trabajo comienza con la discusión sobre la individualización de acciones desde planteamientos filosóficos, para pasar después al análisis estrictamente jurídico-penal. En él, el autor expone y revisa críticamente las diferentes propuestas teóricas sobre la individualización de acciones o de hechos con el fin de distinguir entre concurso real y concurso ideal. Las conclusiones del trabajo en este punto son, por un lado, que el concepto de hecho tiene una amplitud superior al de acción, lo que permite responder a un mayor número de casos. Por otro lado, la necesidad de diferenciar las soluciones en función de los bienes jurídicos afectados. Ello permite resolver los supuestos de reiteración lesiva que tienen lugar en casos de unidad de hecho: si no se dirigen a bienes eminentemente personales no supondrá una desvaloración independiente; por el contrario, en caso de que sí se trate de ese tipo de bienes jurídicos, habrá que diferenciar si afectan a una pluralidad de víctimas o a una sola. En el primer caso, la pluralidad de lesiones a los distintos titulares de esos bienes jurídicos supone un salto cualitativo en el desvalor que no se resuelve satisfactoriamente con un mero incremento punitivo, encontrándonos sin duda ante un supuesto de concurrencia delictiva. En el caso de afectación reiterada, en unidad de hecho, a bienes eminentemente personales de una misma víctima, dependerá del supuesto de hecho concreto la determinación de si se trata de una mera intensificación cuantitativa o de una auténtica desvaloración independiente, según el grado y forma de afectación producido. El ámbito de los delitos contra la libertad sexual sirve de ejemplo para estos dos supuestos: así, en el caso de una reiteración de tocamientos se-

xuales, sin penetración, a la víctima, se podrá concluir que hay un solo delito de agresión sexual. Sin embargo, varias penetraciones a la víctima por distintas vías no suponen una mera intensificación de la lesión al bien jurídico y, por tanto un único delito de agresión sexual, sino tantas agresiones sexuales como penetraciones ha habido. Sin cuestionar la unidad de hecho en este último caso sí se cuestiona la unidad de desvaloración.

La tercera y última parte de la monografía se centra en las consecuencias jurídicas de cada una de las modalidades concursales, que se aborda desde una perspectiva iuscomparatista, lo que va a dar un gran rendimiento a los resultados del trabajo. Una cuestión particularmente interesante es la relativa a si la determinación de la pena en los concursos de delitos ha de partir del marco penal concreto (como en el concurso real y el medial) o del marco penal abstracto (como en el concurso ideal). El autor abona la tesis de que debería partirse del marco penal concreto, para evitar las consecuencias insatisfactorias a las que conduce el modelo actual.

Destacando las conclusiones a las que llega la monografía, Nicolás Cantard propone, *lege ferenda*, prescindir del principio de acumulación en el concurso real, dado que, en su opinión, no sólo plantea problemas de naturaleza constitucional, sino que no aporta ventajas desde el punto de vista preventivo. Apuesta, por el contrario, por los principios de exasperación y de combinación, pues permiten solucionar mejor las diferentes situaciones de concursos de delitos, en coexistencia con el principio de absorción.

De *lege lata*, se contiene en la monografía una original propuesta para resolver los problemas que se derivan del principio de acumulación: que este no consista en una mera suma de las penas sino que, inspirándose en el sistema británico del *totality principle*, la acumulación sea progresivamente decreciente, de tal modo que cada pena posterior en orden de gravedad a la más grave de todas vaya incorporándose a la suma con un descuento respecto de su peso específico. En opinión del autor, esta propuesta es sin duda más acorde a los principios constitucionales de proporcionalidad y de humanidad de las penas.

Pero no quiero hablar en este prólogo solamente sobre la obra, sino también sobre su autor. Tuve la oportunidad de conocer a Nicolás Cantard, Nico, hace ya unos años, en 2017, cuando hizo una estancia de investigación en el área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, mostrando las inquietudes e inteligencia que ya apuntaban al buen investigador universitario en el que se convertiría. Posteriormente, en el año 2019 Nicolás Cantard se incorporó como contratado predoctoral al proyecto de investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva» del que éramos investigadores principales Enrique Peñaranda Ramos y yo, iniciando en 2020 la rea-

lización de una tesis doctoral con mención internacional que culminó con la obtención de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Personalmente, ha sido para mí una suerte ser la directora de la tesis doctoral que ahora ve la luz en este libro. Y digo que es una suerte porque Nicolás Cantard no sólo ha demostrado tener esa cabeza bien amueblada e inteligencia que ya se intuía tiempo atrás, sino que ha trabajado en todo momento de forma seria y rigurosa y planteando las tesis interesantes y novedosas que ahora se publican en este libro. Como directora solo puedo decir que me ha hecho muy sencilla la labor de dirección y que el resultado ha sido sin duda muy satisfactorio.

Es importante destacar que el lector encontrará en esta monografía una obra magníficamente escrita, con un estilo ameno y claro, lo que se agradece particularmente en un estudio sobre una temática tan compleja y tan abstracta.

Por todo lo anterior puedo afirmar sin temor a equivocarme que no sólo estamos ante una obra de referencia en el ámbito de la concurrencia delictiva sino también ante un gran académico que tiene ante sí una brillante y prometedora trayectoria universitaria.

LAURA POZUELO PÉREZ

ABREVIATURAS

Además de las usuales en el español jurídico y de las que se entienden sin mayor explicación, las abreviaturas utilizadas son las siguientes:

<i>CP:</i>	<i>Código Penal.</i>
<i>CPP:</i>	<i>Código Procesal Penal.</i>
<i>JVP:</i>	<i>Juez de Vigilancia Penitenciaria.</i>
<i>LECr:</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal.</i>
<i>RP:</i>	<i>Reglamento penitenciario.</i>
<i>SSTS:</i>	<i>Sentencias del Tribunal Supremo.</i>
<i>StGB:</i>	<i>Código Penal Alemán.</i>
<i>StGBö:</i>	<i>Strafgesetzbuch Österreich (Código Penal Austríaco).</i>
<i>StGBsch:</i>	<i>Strafgesetzbuch Schweiz (Código Penal Suizo).</i>
<i>STS:</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo.</i>

NOTA PRELIMINAR

Esta obra se corresponde, en lo sustancial, con el texto de la tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid el 27 de junio de 2025, bajo el título *Presupuestos y consecuencias de la concurrencia delictiva. Un estudio sobre la (ir)racionalidad de su regulación*, que recibió por unanimidad la calificación de sobresaliente *cum laude* y la mención internacional de doctorado por parte del tribunal evaluador, que se integró con los profesores y doctores Ángel Sanz Morán, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Enrique Peñaranda Ramos, Luís Greco y Estrella Escuchuri Aisa. Les agradezco a todos ellos haber aceptado inmediatamente formar parte del tribunal, y en especial por las valiosas observaciones que me hicieron, que fueron tenidas en cuenta en el momento de revisar el manuscrito de cara a esta publicación.

Agradezco enormemente a mis tutores de las distintas estancias de investigación: al Prof. Greco, de la Universidad Humboldt de Berlín, al profesor. Hefendel, del Instituto de Criminología y Derecho penal económico de la Universidad de Freiburg; y a la profesora Du Bois-Pedain, del Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, quienes me acogieron con enorme calidez y dedicación, atentos y disponibles para cualquier conversación que necesitara tener sobre el tema.

Un profundo agradecimiento le debo a mi directora de tesis, la Profa. Pozuelo Pérez, quien me ha dado toda la libertad que es posible para realizar una tesis doctoral, complementándola con una capacidad de trabajo envidiable. Por si ello no fuera ya suficiente, también se ha encargado de que el camino burocrático que conlleva la realización de un doctorado resultara lo menos agobiante posible. Todo ello, además, fue acompañado de una extraordinaria calidad humana en el trato cotidiano, que resultó indispensable para que tuvie-

se la tranquilidad necesaria. Esa deuda no puede ser saldada con estas palabras, pero quiero dejar expresa constancia de todo ello, al menos como una forma de devolución parcial.

A mis compañeros y compañeras del área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, por abrirme las puertas para realizar este proyecto de vida –personal y profesional– en condiciones inmejorables. Suele decirse que el trabajo es el segundo hogar, pero para quienes emigramos por cuestiones laborales termina siendo, en muchos casos, el primero. En este sentido, me he sentido siempre muy acompañado por todos ellos. Les agradezco sinceramente su generosidad al abrirme las puertas de sus despachos o intercambiar correos para hablar sobre determinados aspectos de la tesis, o sobre tantos otros que surgen para debatir. Un especial agradecimiento va para las personas más jóvenes del Área, con quienes además del día a día, también he compartido vida fuera de la universidad, y hacen que ir a trabajar sea más entretenido.

Al Prof. Sebastián Figueroa Rubio, del área de Filosofía del Derecho le tengo que agradecer especialmente por haberme ayudado con el capítulo 4. Sus charlas, seminarios, recomendaciones bibliográficas y, fundamentalmente, la revisión de ese apartado, fueron importantísimos para mí.

A mis colegas de otras universidades, de Madrid y de otros sitios, con quienes compartí estancias de investigación, congresos, cuando venían de profesores visitantes, o que con cualquier otra buena excusa nos encontramos –dentro y fuera de la universidad–, y a muchas de esas personas las considero ya amigas. En todo caso, gracias por estar.

A la universidad pública argentina, *conditio sine qua non* de todo esto, y que a esta altura ya debería ser considerada milagrosa por mantener una educación de calidad en el contexto en el que lo hace. También debo agradecer al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España, sin cuyo programa de financiación este camino no hubiera sido posible.

A mis amigos y amigas de mi vida en Madrid, quienes cada día logran que extrañe menos Argentina. Seguramente se deba a que son argentinos, y todo con ellos se vuelve más cercano. En cualquier caso, su compañía hace que mi vida sea más feliz y eso los convierte en imprescindibles.

A Santi y Domi, por su acogida cargada de amor y risas, y sin quienes la pandemia hubiese sido mucho más difícil. Agradecimiento eterno.

Por último, a mi familia, por su apoyo incondicional a la decisión de venirme, aun a costa de sus propios intereses. Que me hayan animado a viajar, conscientes de que perderían la frecuencia del contacto, las charlas y los abrazos, es un acto de generosidad enorme. Que no hayan podido estar en la lectura de la tesis es una muestra de ese sacrificio. Esa generosidad ha sido aún

mayor en mis abuelos, quienes con idéntica alegría vivieron todo este proceso, conscientes también de que perdían eso mismo sin saber si en algún momento lo recuperarían, ya que a su edad el tiempo es tirano.

Mis últimas palabras son para mi abuela, a quien este agradecimiento llega demasiado tarde, en forma de dedicatoria.

INTRODUCCIÓN

La temática vinculada a la concurrencia delictiva puede ser calificada, sin exageraciones, como una de aquellas más problemáticas dentro del Derecho penal. La multiplicidad de factores que intervienen en su consideración avala esa valoración, y no solo por su cantidad, lo cual no deja de ser un punto relevante, sino también por la complejidad que cada uno de ellos presenta. En consecuencia, quizás el abordaje de cada uno de esos factores justifique en sí mismo un estudio monográfico; sin embargo, aquí se ha escogido la alternativa de realizar un análisis sobre los concursos de delitos *in totum*. Esa decisión puede significar, y seguramente así sea, una pérdida en la exhaustividad del tratamiento de cada tema en concreto, pero con la ventaja, a cambio, de una visión completa de la problemática general, lo que resultaría provechoso *a priori* para ofrecer interpretaciones sistemáticamente cohesionadas. Al menos con esa intención se lleva a cabo este trabajo.

Con esta idea como guía, la investigación se estructura sobre tres ejes fundamentales. En «el primer eje temático» se abordará la distinción primaria fundamental entre unidad y concurrencia delictivas. Solo a partir del correcto entendimiento de una situación como de pluralidad delictiva pueden plantearse todos los desafíos que a esta temática conciernen. Sin ese paso previo, pueden cometerse errores al confundir dos escenarios que deben estar bien diferenciados. Por esa razón, es imprescindible tratar aquellas situaciones que, pese a tener puntos de coincidencia con el concurso de delitos, cabe calificar como de «unidad delictiva». Estas situaciones se resumen básicamente en las siguientes:

- 1) que, pese a existir una multiplicidad de acciones, por razones de interpretación teleológica de los tipos, o del contexto social en el que aquellas se

producen, se considera que acontece un único delito. Ejemplo de lo primero: el autor comete una detención ilegal contra la víctima durante un período de una semana (delito permanente). Ejemplo de lo segundo: si, en el contexto de una discusión en la vía pública, una persona le propina una sucesión de golpes a la víctima, no por existir varios golpes dejará de apreciarse un solo delito de lesión;

2) que se trate de un caso en que, si bien se da una pluralidad de acciones, están íntimamente vinculadas, es decir, tienen un grado de dependencia entre sí. Por esta razón, el legislador decide tratarlos a efectos penales como un supuesto de unidad delictiva específica. Ejemplo: el cajero de un pequeño mercado que todos los días sustrae pequeñas cantidades de la recaudación;

3) que nos hallemos ante una pluralidad de preceptos penales que, no obstante, no son de aplicación conjunta, sino que uno de ellos es de aplicación preferente por sobre el otro, de acuerdo con los criterios «de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad». Por ejemplo, el supuesto de un robo con fuerza en las cosas, que desplaza, por especialidad, al hurto y a los daños.

En el primer caso nos encontramos ante situaciones que se presentan naturalmente como múltiples realizaciones típicas, pero que una correcta interpretación de los tipos penales lleva a su consideración unitaria, en la llamada «unidad típica de acción» (también, «unidad típica en sentido estricto»), o bien cuando por determinadas circunstancias que tienen que ver con el hecho y no con la descripción típica, pueden entenderse vinculadas a una misma desvaloración global, en la denominada «unidad natural de acción» (también, «unidad típica en sentido amplio»). La segunda de las posibilidades es la del denominado «delito continuado», que, si bien se trata de otro supuesto de delito único, presenta particularidades que lo hacen un poco más grave de *lege lata*¹. En realidad, también las situaciones del primer caso suelen presentar características que los hacen algo más grave respecto de la unidad delictiva tradicional, y por ello se dice que son supuestos de unidad delictiva «intensificadas cuantitativamente». Sin embargo, a diferencia del delito continuado, esa intensificación no viene «legalmente» determinada, aunque el juez deba tenerla en cuenta en la determinación «judicial» de la pena. Por último, el tercer

¹ Así, también, SANZ MORÁN, Á., «El delito patrimonial continuado y su sinuosa aplicación jurisprudencial», pp. 10 ss., en la medida en que no se trate “bienes jurídicos suprapersonales de diferentes titulares” (vid. SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 151). De otra opinión, marcando la separación entre unidad delictiva y delito continuado, CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», pp. 55 ss.

escenario está identificado con el concurso de leyes, cuya identificación con la concurrencia delictiva viene dada exclusivamente por la pluralidad de preceptos involucrados, pero que responde a una lógica, a mi entender, completamente distinta. En este último escenario, por imperio del principio *non bis in idem*, el desplazamiento de uno de los preceptos no debería suponer una intensificación cuantitativa del delito de aplicación preferente, ni por vía legal ni por vía judicial.

Es necesario destacar que esta clasificación no es tan clara en los casos concretos como podría suponerse en una primera impresión, y nada obsta, tampoco, a que un mismo supuesto comparta características de dos o más de las situaciones indicadas. Por ejemplo, en el supuesto del robo con fuerza en las cosas, además de producirse el concurso de leyes mencionado con las figuras del hurto y el daño, también puede apreciarse un único delito aunque el autor se apodere de más de una cosa o deba ejercer fuerza sobre más de un objeto para poder acceder al que pretende sustraer; o bien, se tome un descanso en el medio de la ejecución para fumar un cigarrillo antes de retomar la actividad delictiva, sin que ello implique considerarlo un supuesto de pluralidad delictiva.

En consecuencia, el primer paso es establecer si estamos ante una unidad de delito o ante una pluralidad de delitos, y solo en este último caso cabe preguntarse por la modalidad concursal que se da en el caso concreto. Si bien el problema relacionado con los elementos a tener en cuenta para distinguir entre las modalidades concursales se abordará en el segundo eje temático, todavía dentro del primero de ellos es necesario conceptualizar, teóricamente y con el texto legal en la mano, cuáles son las variantes en que puede presentarse el concurso de delitos, como una forma más de establecer una distinción con las situaciones de unidad delictiva.

Este primer eje también estará atravesado por la diferente orientación político-criminal que puede adoptarse en la materia en relación con las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a los concursos. Por un lado, la de optar por una única consecuencia penológica para toda situación de concurso o bien, por el otro, la de diferenciar según el tipo de concurso de que se trate.

En este sentido, se denomina “solución plural o diferenciadora” a aquella que adoptan países como España, Alemania, Italia, Bélgica y la inmensa mayoría de las codificaciones latinoamericanas, frente a la denominada “solución unitaria” que acogen las legislaciones francesa, austríaca, suiza, portuguesa, entre otras. También aquí será fundamental estudiar el modo en que el tema es abordado en sistemas jurídicos distintos, como los del *common law*, en el que la discusión discurre por carriles distintos. Por un lado, el procesal y la posibi-

lidad de acumular acusaciones contra un mismo sujeto ante el mismo tribunal, y, por otro lado, lo relativo a la justificación del castigo en casos de *multiple offence sentencing*. Sin embargo, en el fondo creo que pueden establecerse puntos de contacto muy importantes.

La denominada solución plural implica otorgar un tratamiento diferenciado al concurso ideal y al concurso real, con base en la distinción existente entre unidad y pluralidad de hechos o de acciones, cuya consecuencia más importante, sino la única, es la determinación de la pena legal en uno y otro caso. A las variantes mencionadas, se les puede agregar, como ocurre en algunos países dentro del grupo que adopta esta posición, otras modalidades que se desprenden de aquella división, como son el concurso medial de delitos y el delito continuado, aunque este último no sea estrictamente un supuesto concursal. Todo ello implica que exista una variada gama de mecanismos para poder llegar a determinar la pena en abstracto y en concreto, pese al acuerdo de partida de que se trata de concurso de delitos distintos y que, por lo tanto, deben contener consecuencias penales distintas.

Por el contrario, la tesis alternativa, propone una única consecuencia jurídica en abstracto –determinación «legal» de la pena–, cualquiera sea la forma en la que se haya cometido esa pluralidad de delitos, esto es, independientemente de si fueron cometidos mediante uno o varios hechos. Claro que tampoco aquí se produce una total uniformidad de dichas consecuencias, pues varían en el procedimiento para llevar a cabo la determinación individual en el caso concreto –determinación «judicial» de la pena–.

Para poder tomar posición respecto de este debate, cuyas implicancias prácticas son de enorme envergadura, es necesario indagar sobre los fundamentos en que se basan ambas posiciones. Independientemente de que la investigación pueda arrojar un resultado distinto después de haber profundizado sobre el punto, creo que las bases materiales que justifican una u otra visión sobre el tema discurren por caminos paralelos, que impiden establecer la corrección o incorrección de alguno de ellos; por lo tanto, la discusión se traslada a la pregunta de cuál es el mejor camino que seguir. En otras palabras: siendo las dos opciones igualmente defendibles, la decisión se basará en cuál de ellas ofrezca una mayor cantidad de argumentos en su favor.

Describiendo lo anterior con más detalle, la posición que fundamenta la solución plural parte de la base de que existe una diferencia valorativa entre cometer varios delitos a través de un hecho y cometerlos mediante varios hechos, y, en este último caso, si entre esos hechos existe o no una relación de dependencia. Brevemente: a mayor cantidad de hechos, mayor merecimiento de pena. La postura de la solución unitaria llega a la conclusión de que no es

posible establecer criterios de demarcación lo suficientemente claros para poder determinar cuándo los delitos fueron cometidos con un hecho y cuándo a través de varios, razón por la cual es conveniente ofrecer una única respuesta en abstracto que, sin embargo, pueda ser matizada a la hora de concretizar la pena puntual a imponer. A esta posición puede llegarse por dos vías: bien por la negación de los fundamentos de que parte la solución plural, es decir, cuestionando que exista una diferencia valorativa de acuerdo a la cantidad de hechos implicados en los delitos en cuestión; bien por la simple elección de un camino argumentativo distinto, de tipo pragmático, esto es, aunque pueda ser cierto que existe esa diferencia valorativa, es sumamente difícil, sino imposible, poder establecer en el caso concreto el límite entre uno y otro tipo de concurso, lo que justifica evitar el tratamiento tan dispar que se le ofrece. Si se trata de una solución unitaria, simplemente se aplicará la pena correspondiente a la concurrencia delictiva. En cambio, si se trata de la solución plural, es necesario resolver ante qué modalidad concursal estamos.

Independientemente de la valoración que se haga de ello, el Código penal español se ha decantado por una solución plural, distinguiendo entre las modalidades concursales según las infracciones concurrentes se hayan cometido mediante un hecho, mediante varios, o si entre éstos existe una relación de medio a fin. Por eso mismo, se vuelve indispensable contar con criterios que permitan diferenciar cuándo hay un hecho y cuándo hay una multiplicidad de ellos. Este aspecto conforma «el segundo eje temático» sobre el que se estructura la investigación: con base en qué elementos se van a diferenciar los concursos de delitos entre sí.

Este punto quizás sea el más difícil de todos los problemas que debe enfrentar la investigación. En primer lugar, porque no está claro siquiera qué es aquello que debe individualizarse, si «hechos» o «acciones», o, acaso, deba hablarse de ellos indistintamente, y, en segundo lugar, sobre qué elementos se tiene que basar la distinción. En este último sentido, el debate que desde la segunda mitad del siglo pasado se viene desarrollando en el ámbito de la filosofía puede ser de utilidad, aunque –mayoritariamente– en la doctrina penal no suele tenerse en cuenta esa discusión.

Lo que parece claro, y la investigación tiene que encargarse de confirmar o no, es que los criterios que sean tenidos en cuenta para distinguir entre una modalidad concursal u otra no pueden ser los mismos que aquellos que se utilizaron para definir que estábamos en presencia de un concurso y no de un único delito. En otras palabras, si la distinción entre situaciones que son de concurrencia delictiva y las que no lo son es metodológicamente anterior a la distinción entre las diferentes modalidades de concurrencias delictivas, los cri-

terios que se utilicen para una discusión no pueden ser igualmente válidos para resolver la otra. Hasta ahora, el debate sobre este segundo aspecto parece estar centrado en la coincidencia, al menos parcial, de los actos ejecutivos en que se produzcan las acciones².

«El tercer eje temático» está orientado a indagar sobre las distintas consecuencias jurídicas previstas, o que pueden preverse, para cada modalidad concursal: cómo deben castigarse las situaciones de concurrencia delictiva.

Una vez que determinemos si es necesario seguir distinguiendo entre las formas concursales y, en caso afirmativo, cómo debe realizarse dicha distinción, será imprescindible analizar críticamente las consecuencias jurídicas de cada modalidad concursal y, si es posible, proponer una alternativa más racional a la actual, ya sea mediante una reforma normativa *–lege ferenda–* o a través de una interpretación alternativa al derecho vigente *–de lege lata–*. Para ello, hay dos momentos de análisis que son distintos: uno de ellos es el de la determinación legal de la pena y el otro es el de la determinación judicial de la pena. A su vez, el procedimiento en uno y otro caso también puede variar.

El marco penal en abstracto que prevé el legislador en muchas ocasiones expresa una diferencia valorativa que no se justifica en torno a la cercanía que puede haber entre un supuesto concursal y otro. Consecuencias que van desde la absorción pura o simple, de una de las penas por la otra, a la acumulación aritmética entre ellas, pasando por absorciones agravadas, exasperaciones, acumulación jurídica, etc., generan una enorme disparidad de criterios, y la elección de uno u otro principio se debe a razones poco justificadas materialmente. A ello se agrega la existencia de un proceso para llevar a cabo la determinación judicial de la pena que no es uniforme en todas las modalidades, partiendo de la pena en concreto, en algunos casos, o de la escala penal en abstracto, en otro. Esta situación genera escenarios que agravan la disparidad entre los diversos tipos de concursos, en detrimento de la proporcionalidad que debe estar presente en todo sistema punitivo.

Precisamente es en la proporcionalidad del castigo donde se ha puesto el centro del debate en el ámbito angloamericano³, en donde la discusión no se plantea tanto en términos de cómo distinguir entre uno o varios hechos *–aunque también–*, sino en términos de merecimiento de pena de los *multiple offenders*, en relación con un sistema de acumulación aritmética de penas, de aumento progresivo, de descuentos por cantidad *–bulk discounts–*, etc.

² Por todos, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 966 ss.

³ Ver infra 2.3.3. e), y 8.4.

Este aspecto de la discusión es sumamente relevante para los propósitos de la investigación, fundamentalmente en relación con el análisis crítico de la situación actual de determinación legal y judicial de la pena, de cara a elaborar una propuesta de regulación alternativa que sea más racional.

PRIMERA PARTE

DISTINCIONES NECESARIAS Y LA NECESIDAD DE DISTINGUIR

1. LA UNIDAD DELICTIVA

Debido a la importancia de poder distinguir entre la concurrencia y la unidad delictivas es que resulta imprescindible determinar cuándo se da una multiplicidad de infracciones y cuándo, pese a existir una pluralidad de conductas, estamos todavía en el contexto de la unidad delictiva¹. Esta diferenciación, sin embargo, es distinta de aquella otra que se debe realizar entre unidad y pluralidad de hechos para distinguir entre concurso ideal y real, respectivamente². Y metodológicamente es una distinción que se debe llevar a cabo pre-

¹ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 354.

² *Vid. infra* 5.2. GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 241 s.; 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», pp. 565 s.; EL MISMO, «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», pp. 15 s.; MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, pp. 82; NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», p. 242, distingue entre las condiciones que determinan la existencia de una situación concursal, a las que llama «presupuestos del concurso», de aquellas que determinan que se trate normativamente de una forma u otra, a las que llama «determinantes del concurso»; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 87. Sin embargo, es común observar que ambos aspectos se confunden recíprocamente en la doctrina dominante, *vid.*, por ejemplo, CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 16; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 763, donde manifiestan que «[e]l punto de partida de la teoría del concurso es la distinción entre unidad de acción y pluralidad de acciones puesto que sobre la misma se estructura la diferenciación entre las consecuencias jurídicas previstas en el § 52 y las que lo están en el § 53», y, sin embargo, cuando analiza los supuestos de «unidad de acción» (*Vid. Ibid.* pp. 766 s.), se refiere a supuestos de unidad delictiva; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 666, dice que «esclarecer el tratamiento jurídico de los casos en que un mismo sujeto es condenado por varios delitos [...] obligará a decidir previamente cuándo concurre unidad y cuándo pluralidad de delitos, lo que presupone la cuestión de la **unidad y pluralidad de hechos**, y a distinguir las dos clases de pluralidad de delitos: el **concurso ideal de delitos** y el **concurso real de delitos**» (lo resaltado en cursiva me pertenece, no así lo resaltado en negrita, que es del original); PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, pp. 58 ss.; ROXIN, C., *Derecho penal*.

viamente, es decir, una vez descartada la unidad delictiva se analizará qué modalidad de concurrencia delictiva cabe aplicar³.

Para ello se han propuesto distintas teorías que ofrecen criterios conceptuales para *delimitar* el campo interpretativo del hecho a esos efectos. Esto significa dos cosas: que no se trata de criterios para determinar cuándo hay una acción y cuando varias en el plano empírico, sino cuándo varias acciones naturales van a ser consideradas de forma unitaria y, como consecuencia de ello, que aportan pautas interpretativas con el fin de restringir el *ius puniendi* en la medida en que se evita la aplicación de las reglas concursales.

No obstante, es menester aclarar que lo dicho no se puede extender con criterio general, ya que la casuística es tan inabarcable –incluso a extremos que la hacen inimaginable⁴– que resultaría incorrecto sostener que «todos» estos supuestos llevarían a la aplicación de un único delito. En este sentido, se debe tener en cuenta que, tanto la entidad de los bienes jurídicos en cuestión, como la intensidad de su lesión, puede trasladar el ámbito de aplicación al de la concurrencia delictiva. Esta situación puede constatare en algunas reglas concursales que ha previsto el propio legislador en

Parte general, T. II, p. 943, indica que «[e]l problema más importante de la teoría del concurso consiste, por tanto, en determinar cuándo existe **una** acción y cuándo **varias**» (resaltado en el original).

³ También de acuerdo con este proceder, BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, p. 419; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 569 ss.; CORREIA, E., *A teoria do concurso em direito criminal*, pp. 15 ss.; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 10, pp. 148 s.; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 134 –nota 151–; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 918 s.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1108; JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», p. 624; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 500; KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, pp. 695 ss.; MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, p. 82, sostiene que «[l]o crucial de este análisis del concepto de hecho delictivo, en lo que es relevante para los problemas de individuación que interesan bajo el principio *ne bis in idem*, está en la idea de que el primer paso siempre está constituido por la pregunta de si en un caso cualquiera concurren una o varias realizaciones de uno o más tipos-de-delito, y no así por la pregunta de cuántas acciones (o omisiones) concurren. Esta última pregunta sólo tiene relevancia una vez que se ha establecido que concurren varias realizaciones de uno o más tipos»; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 298 ss.; MERKEL, P., «Konkurrenz», pp. 309 s.; PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», N.º 6, p. 504; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 111 ss.; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 718 ss.

El camino inverso adopta CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 16, quien indica que «como sucede en todas las obras que pretenden enfrentarse a las distintas problemáticas que giran en torno al concurso de delitos, también en este caso será necesario tomar como punto de partida la cuestión referida a la unidad y pluralidad de acciones» (resaltado por mí); FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 702; FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, pp. 676 s.; WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 487 ss. Ambiguo sobre este punto, MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 93 s., 100, 103.

⁴ Y eso que, como dice Frister, «una carencia de imaginación no se le puede reprochar a los científicos del Derecho penal» (Vid. FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 186, nota 21).

la parte especial⁵, o bien en la interpretación que ha ido teniendo la jurisprudencia al respecto. Aclarado esto, aquí se mencionarán en líneas generales las distintas posibilidades que llevan a definir el acontecimiento como de unidad delictiva, sin dejar de mencionar las excepciones que puedan darse según lo dicho.

Más allá de lo discutible que puede resultar esta clasificación, lo cierto es que, en términos generales, pueden hallarse tres criterios para determinar la unidad delictiva⁶ en casos de pluralidad de acciones, que pueden ser reconducidos a dos⁷. En primer lugar, «la unidad típica de acción»⁸ viene a decir que existe una variedad de tipos delictivos cuyas conductas realizativas están determinadas por la necesidad de llevar a cabo varios actos que, no obstante, serán considerados unitariamente, precisamente porque así lo requiere una interpretación correcta del tipo penal. Corresponden a este grupo los tipos compuestos, los tipos mixtos alternativos, delitos mutilados de dos o más actos o delitos permanentes, cuyas múltiples acciones en sentido natural no impiden que sean considerados como «un» hecho delictivo⁹.

Por otra parte, «la unidad natural de acción» recorta la consideración de una multiplicidad de acciones cuando, por determinadas circunstancias que tienen que ver con el hecho¹⁰ y no con la descripción típica, pueden entender-

⁵ Por todos, *Vid.* SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», *passim*.

⁶ Aquí se deja de lado la denominada «unidad de acción en sentido natural», aunque es común observar que en la literatura se haga referencia a ella junto a las otras tres mencionadas en el texto, porque puede generar confusiones con la «unidad natural de acción» que abarca situaciones distintas (*Vid.* EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 354). Además, en la forma en la que se lo plantea usualmente, se trata de un supuesto que no presenta dificultades, en la medida en que supone la realización de un movimiento corporal contra un bien jurídico determinado y coincide, en este sentido, con el concepto general de acción de la teoría del delito (*Vid.* ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 945), y «[e]n tanto un tipo sea realizado mediante una acción en sentido natural no se planteará ningún problema de concurso» (*Vid.* KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 502). A lo sumo, la afectación a bienes eminentemente personales de varios sujetos pasivos implicará un concurso ideal, y no un supuesto de unidad delictiva, pero la concurrencia de una u otra situación no estará condicionada por la unidad de acción, sino por la lesión al bien jurídico correspondiente.

⁷ Dependerá del carácter independiente que se le asigne o no a la unidad natural de acción frente a la unidad típica de acción.

⁸ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1085, se refiere a estos casos como de «tipos que enlazan acciones»; WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 470, la denominan «acción en sentido jurídico».

⁹ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 263 ss., p. 426.

¹⁰ Se mencionan en este sentido la voluntad única, la uniformidad de los actos, la cercanía espacio-temporal de dichos actos y que resulte a los ojos de un tercero, de una forma objetiva, como una unidad de acción conjunta (*Vid.* ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 950, con referencias a la doctrina del BGH sobre esta teoría); con otras denominaciones, CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», pp. 45 s.

se vinculadas a una misma desvaloración social. Estos supuestos de unidad se dan, fundamentalmente, en dos grupos de casos, la realización iterativa y sucesiva del tipo. En el primero el autor efectúa varios actos que están estrechamente vinculados a la realización del tipo, como en los supuestos de lesiones mediante varios golpes, de injurias a través de distintos insultos, etc. Así, se entiende lógico considerar que aquí estamos en presencia de un delito de lesiones o de injurias, pese a que «naturalmente» puedan observarse una multiplicidad de acciones lesivas o injuriantes. El supuesto de la realización sucesiva es menos claro que el anterior. Se trata de aquellos casos en que el autor lleva a cabo el hecho en diversas etapas, o en secuencias diferentes, o bien mediando interrupciones, pero que son irrelevantes a los fines de poder considerarlos un único delito, como, por ejemplo, en el supuesto en que el autor logra romper la caja fuerte a la cuarta noche, después de haber trabajado en ello durante las tres noches anteriores¹¹.

Finalmente encontramos acciones que, aunque también se presenten de forma individualizada, tienen entre sí «una relación de continuidad» (*Fortsetzungszusammenhang*) que hace que las consideremos como una unidad. Esto sucede en los casos conocidos como de delito continuado¹², en los que el autor va realizando distintas acciones típicas pequeñas, que por sí solas ya serían consideradas suficientes para la imputación penal, pero que, debido a las especiales particularidades que presentan, se interpretan como integrantes de un hecho mayor y abarcativo de ellas.

Sin embargo, con ello no se agota el abanico de posibilidades de unidades delictivas, puesto que también pueden considerarse incluidas en este colectivo a los casos de «concurso de leyes»¹³, en la medida en la que se trata de situaciones que encuadrarían *a priori* en más de un tipo penal, pero que uno de ellos se encuentra en relación de preferencia respecto de los demás, abarcando así por completo el contenido de desvalor del hecho, de manera tal que una punición mediante las reglas del concurso de delitos sería violatoria del principio *non bis in idem*¹⁴. Por ejemplo, el robo con fuerza en las

¹¹ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 954, nm. 43.

¹² Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, passim.; con amplias referencias, MALDONADO FUENTES, F., «Delito continuado y concurso de delitos», p. 196; POSADA MAYA, R., *Aspectos fundamentales del delito continuado*, passim.

¹³ FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 435 ss., §11 nn.mm. 2, 9, 18-44. De otra opinión, considerándola una hipótesis concursal, 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», pp. 567 s., nota 51; MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», pp. 1040 s.

¹⁴ 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», p. 501.

cosas agravado por cometerse en casa habitada normalmente implica la comisión de daños y allanamiento de morada, sin embargo, estas dos infracciones quedan desplazadas por especialidad en favor del artículo 241 CP, y castigarlas separadamente implicaría un *bis in idem*. No obstante, hay situaciones que, debido a la especial gravedad que puedan adquirir las conductas, se consideran que deben ser penadas independientemente porque exceden el desvalor propio del tipo desplazante. Así, por ejemplo, en el robo con violencia, las lesiones que se causen pueden castigarse en concurso de delitos según el artículo 242.1 CP, «salvo que se trate de lesiones que por su poca entidad puedan entenderse inherentes al robo y que sean consecuencia directa de la violencia usada como medio del apoderamiento (un rasguño, un moratón, constitutivos de las lesiones menos graves del 147.2 o malos tratos del 147.3)»¹⁵. Lo mismo ocurre con las detenciones ilegales que pueden ocurrir durante el robo, en el que su punición autónoma (concurso de delitos) o no (concurso de leyes), dependerá de la duración y necesidad de la detención respecto del robo¹⁶, o con las agresiones sexuales y las lesiones físicas o psíquicas que se causen durante su comisión¹⁷.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, p. 436. Así también, con citas jurisprudenciales sobre ello, LLOBET ANGLÍ, M., «Robo con violencia o intimidación en las personas», pp. 1324 s., nn. mm. 10944 s.

¹⁶ La jurisprudencia es variable en cuanto a la relación entre robo con violencia o intimidación y detención ilegal. Un buen resumen de las distintas variantes que pueden darse se observa en la STS 64/2024, de 24 de enero. En ella, y en otras, se reconoce que puede haber tanto concurso de leyes, como de delitos ideal o real, y el primero solo cuando el hecho de la detención es de escasa relevancia. Existe concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesarios y proporcionados para efectuar el despojo. Solo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo. En segundo lugar, precisamente en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación, se da el concurso ideal siempre que aquella –la privación de libertad– constituya un medio necesario, en sentido amplio, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal (*Vid.* SSTS 887/2013, de 27 de noviembre; 357/2022, de 07 de abril). Por último, el concurso real entre ambos delitos se da cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de esta por su manifiesto exceso e indebida prolongación (*Vid.* SSTS 816/2012, de 17 de octubre; 53/2005, del 26 de enero, que aprecian un concurso medial; 163/2015, de 24 de marzo; 676/2015, de 10 de noviembre; 710/2016, de 21 de septiembre; 454/2019, de 8 de octubre; 322/2020, de 17 de junio).

¹⁷ Con referencias jurisprudenciales anteriores a la introducción del artículo 194 bis por la LO 10/2022 en ambos sentidos, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», pp. 4 ss.

1.1 La unidad típica de acción

1.1.1 LA UNIDAD TÍPICA EN SENTIDO ESTRICTO

La pluralidad de conductas no se corresponde con una pluralidad de infracciones cuando es el mismo tipo penal el que recoge la posibilidad (incluso, a veces, la necesidad) de que su realización se lleve a cabo con diversas acciones en sentido natural. Esto significa que el legislador utiliza una técnica legislativa específica en determinados delitos que requiere de una multiplicidad de acciones que resultan inescindibles a los efectos de la imputación penal¹⁸.

En este sentido, nos encontramos con «tipos compuestos o complejos» en los que se requiere la conjunción de dos o más acciones para la tipicidad objetiva. Normalmente, si se diese solo una parte podría configurar otro tipo penal, generalmente más leve¹⁹. Así, por ejemplo, en el robo se trata de la acción típica propia del hurto consistente en el apoderamiento²⁰ de una cosa mueble ajena pero que, además, debe contar con la utilización de un medio dañoso para con la cosa o violento para con la víctima, acciones que por sí solas constituirían, a su vez, delitos específicos²¹. Entre otros, también tienen esta particularidad la mayoría de los delitos contra la libertad sexual y contra la libertad en general.

Por otra parte, están los «tipos alternativos»²² en los cuales la descripción típica viene dada por diversas acciones, cuya realización conjunta no es

¹⁸ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 375 indica que «es la propia forma del tipo la que reúne las distintas acciones naturales en una unidad valorativa. Esa unidad se traduce, luego, en estimar una sola realización del tipo».

¹⁹ Puede ocurrir, sin embargo, que una de las acciones aisladamente consideradas no constituya ningún ilícito *per se*, sino solo al integrarse con la otra conducta que sí lo es. Esta característica es utilizada por algunos autores para distinguir entre delitos compuestos y complejos, entendiendo que solo en los últimos ambas conductas son constitutivas de delitos en sí mismas. *Vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 921, notas 20 y 21.

²⁰ Aunque el artículo 234 CP hable del que «tomare» y no de apoderarse, como sí lo hace el artículo 237 CP respecto del hurto, está claro que debe llevarse a cabo con ánimo de apropiación, por lo que no hay una diferencia sustancial en ese aspecto entre ambos delitos (*Vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», pp. 349 s.; ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio», pp. 234 ss.).

²¹ En qué medida esas acciones adquieren suficiente entidad como para autonomizarse en cuanto desvalor propio y así imputarse en concurso sin violar el *non bis in idem* es muy complejo de determinar, y dependerá del caso concreto (*Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», pp. 473 ss., nn.mm. 3265 ss.); véanse las SSTS 357/2022, de 07 de abril; 322/2020, de 17 de junio; 454/2019, de 8 de octubre; 710/2016, de 21 de septiembre; 676/2015, de 10 de noviembre; 163/2015, de 24 de marzo; 887/2013, de 27 de noviembre; 816/2012, de 17 de octubre; 53/2005, del 26 de enero.

²² Aquí no se tratarán en profundidad todas las hipótesis interpretativas que puedan derivarse de la correspondiente forma en que están redactados los tipos, sino que se parte de una interpretación generalizada de ellos. Para un análisis agudo sobre este tipo de delitos, *Vid.* ALTENHEIN, K., «Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandsalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», pp. 382 ss.

necesaria, sino que basta con que se realice alguna de ellas en forma alternativa, razón por la cual, aunque se lleven a cabo varias de esas acciones, la infracción seguirá siendo única²³. Así, por ejemplo, en el delito de blanqueo de capitales regulado en el artículo 301 CP, comete el hecho el que «adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes» de origen delictivo con la intención de ocultar o encubrir su origen ilícito, por lo que cualquiera de esas acciones típicas será suficiente para tener por acreditado el delito, y por el hecho de que realicen dos o más de ellas no se verá multiplicado desvalor a efectos concursales. Lo mismo ocurre, entre otros, en delitos de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, el de atentado contra el medio ambiente del artículo 325 CP²⁴, o en los delitos contra la salud pública de los artículos 359 y ss. CP.

Asimismo, dentro de estas especiales formas de tipificación están los «delitos de intención»²⁵, en los que la finalidad del autor debe ir dirigida a la producción de un resultado que va más allá del tipo objetivo y, por lo tanto, exceden el objeto de referencia del dolo, razón por la cual también se denominan estos delitos como de «tipos incongruentes»²⁶, como el ánimo de lucro en el hurto del artículo 234 CP, o en la receptación del artículo 298 CP. Éstos, a su vez, pueden dividirse en «delitos mutilados de dos actos», en los que el resultado ha de ser provocado por una acción ulterior –por ejemplo, la trata de seres humanos con cualquiera de sus finalidades en el art. 177 bis CP o el cohecho de los arts. 419 y 420 CP–, y en «delitos de resultado recortado», en los que el resultado ulterior debe provocarlo la misma acción típica sin una segunda acción adicional –por ejemplo, en el secuestro extorsivo del art. 164 CP–. Ni en el primer caso la segunda acción configura un tipo penal distinto, ni en el segundo supuesto es constitutivo de otro delito que el resultado se produzca, ni en ambos casos la no concurrencia de lo

²³ GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 289 ss., distinguiéndolos, junto a un sector importante de la doctrina, de los tipos mixtos acumulativos, que sí darían lugar a un supuesto de concurrencia delictiva. Siguiéndole, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 381 ss. Según GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 924 s., se trata de modalidades que, al igual que los alternativos, reúnen diversas acciones unidas por la disyuntiva «o», que son abarcadas por la misma conminación penal, pero se diferencian en que «constituyen formas independientes de ejecución con relevancia propia [...] en las que...] la ejecución de cada uno de los comportamientos que se describen da lugar a distintas infracciones, de manera que hay tantos delitos cuantas sean las conductas recogidas que se realizan, suponiendo, por tanto, abrir la puerta al concurso de delitos».

²⁴ CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 22.

²⁵ MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 136.

²⁶ Así, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., pp. 235 ss.; MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. I, p. 356, se refieren a ellos como «delitos con tendencia interna trascendente», p. 360 s.

segundo acarrea una tentativa. Con especial claridad, Jakobs lo define de la siguiente manera:

«Este “corte” del resultado puede tener lugar de dos modos: Por una parte, el legislador, en su impaciencia, puede prescindir de una parte del comportamiento necesario para la lesión del bien jurídico; entonces el delito está consumado aun cuando en relación con la lesión del bien ni siquiera haya habido tentativa acabada (delitos imperfectos o mutilados de dos actos). El tipo reza en abstracto: “El que, con intención de lesionar un bien, lleva a cabo la primera de varias acciones...”. Por otra parte, el legislador, si bien puede esperar a la conclusión del comportamiento del autor, sin embargo prescinde del acaecimiento del resultado. El tipo reza en abstracto: “El que ha hecho todo lo que según su propósito es necesario para la lesión del bien...”. La pertenencia de estos elementos subjetivos al injusto se deduce de que se trata de condiciones de la evitabilidad (es decir, condiciones de la acción) del planeado comportamiento total de injusto»²⁷.

También existen tipos penales que se caracterizan por prohibir, no tanto acciones puntuales, sino un determinado estado de situación que se juzga potencialmente peligroso, razón por la cual siempre fueron objeto de crítica por su dudosa legitimidad constitucional²⁸. Me refiero a los supuestos de «delitos de organización» como, por ejemplo, el de asociación ilícita del artículo 515 CP o el de pertenencia a una organización criminal del artículo 570 bis y ter CP o de una organización o grupo terrorista del artículo 572.2 CP²⁹. En ellos, e independientemente de los particulares delitos que se cometan en su seno³⁰, se producen una serie de acciones que forman parte de la «vida misma» de la organización, no obstante lo cual, se consideran como una única infracción a «esos» delitos de pertenencia³¹.

²⁷ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 215.

²⁸ Con más referencias, *Vid.* CANCIO MELIÁ, M., «El injusto de los delitos de organización: peligro significado», p. 3.

²⁹ También se los menciona como *delitos con conceptos globales o descripciones globales de acción* (*Vid.* CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 22; ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 386 s.).

³⁰ MARTÍNEZ GARAY, L., «El nuevo delito de pertenencia a “Organizaciones y grupos criminales” (Artículo 385 bis) en el Proyecto de Reforma del Código Penal», pp. 29 ss., da cuenta de las diferentes posiciones al respecto y los problemas que todas las posibilidades presentan. CANCIO MELIÁ, M., «El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español», pp. 154 s., entiende que se trata de un concurso de leyes por consunción, denunciando que de otra forma se vulnera el *non bis in idem*, en particular, cuestionando la consideración de un concurso real en estos casos por parte del Tribunal Supremo, con cita de jurisprudencia en ese sentido. Igualmente interpreta que se da un concurso real la Fiscalía General del Estado (*Vid.* Circular 2/2011, punto 5). Sobre la discusión en torno a la regulación argentina, *Vid.* GALLO, S. P., *Asociación ilícita y concurso de delitos*, pp. 17 ss.; GÓMEZ PERDIGUERO, I., «Concurso de delitos y el artículo 210 ter del código penal», pp. 1 ss.

³¹ Así, GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, pp. 285 ss., respecto del delito de genocidio, ha dicho que «la realización de varias muertes de miembros del grupo con la intención de destruir ese grupo

Hay autores que ubican dentro de los supuestos de unidad típica de acción a los «delitos de omisión impropia»³², debido a que su configuración prescinde de la cantidad de deberes omitidos en la medida que todos conduzcan a la misma producción del resultado, considerando entonces una sola infracción omisiva. Sin embargo, otros los consideran supuestos especiales³³, junto a los delitos imprudentes, que pueden configurar un solo delito o un concurso de delitos, dependiendo de la relación existente entre los resultados producidos y las posibilidades de evitación³⁴, en el primer caso, o las infracciones a las normas de cuidado, en el segundo. Esto significa que la cantidad de resultados determinará la existencia de un concurso de delitos, si es múltiple, o de unidad delictiva, si es único; y luego, dado lo primero, la unidad o pluralidad de infracciones condicionará la modalidad concursal, ideal en el primer caso, y real en el segundo³⁵.

Finalmente, los «delitos permanentes» se caracterizan porque el estado antijurídico, tras su creación (consumación), es mantenido en el tiempo por el autor prolongando de esa manera la lesividad del hecho sin que por ello se constituya en un nuevo acontecer delictivo. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los delitos de detenciones ilegales del artículo 163 CP, el allanamiento de morada del artículo 202 CP o el de conducción en estado de embriaguez del artículo 379.2 CP, en los cuales la ilicitud del hecho se mantiene mientras dure la privación de libertad, la permanencia dentro de la vivienda o la conducción del vehículo. También aquí, las diferentes acciones que pueda realizar el autor durante el

constituirá un *único delito de genocidio* en la modalidad de muerte, y lo mismo sucederá con las demás modalidades». PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», pp. 11 s., utiliza ejemplos de estas dinámicas delictivas para explicar por qué en estos casos hay una unidad delictiva, o bien un concurso ideal, bajo el nombre de «unidad de valoración» (*Bewertungseinheit*).

³² WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 471 s., y lo mismo ocurriría con los delitos propios de omisión cuando resulten lesionados varios deberes de acción.

³³ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1026 s.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tra- tado de Derecho Penal*, pp. 768 s.; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 107; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 960 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 138 ss., 156 y 215 s.

³⁴ SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 141, refiere que en caso de pluralidad de resultados «se atenderá, para determinar la unidad o pluralidad de la omisión, a que se hubieran podido evitar todos los resultados conjuntamente o, diversamente, tras la producción de un resultado hubiera sido posible aún la evitación de otro. En el primer caso, se tratará de un concurso ideal; en el segundo, tendremos un concurso real». Similar, en este punto, KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», pp. 104 s., quien menciona el criterio de la evitabilidad conjunta como aquél que serviría para identificar cuando se produce una sola acción o varias a los efectos de distinguir una modalidad concursal de otra; siguiéndole, MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la comensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», pp. 507 ss.

³⁵ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 110 ss., aunque solo respecto de la afectación a bienes eminentemente personales; PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, pp. 399 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 138 s.

transcurso del delito no multiplican la cantidad de delitos, sino que pueden llegar a incrementar el desvalor del (único) delito cometido. A ello no obsta la circunstancia de que puedan existir breves interrupciones en el transcurso del hecho, a menos que esa interrupción implique la toma de una nueva decisión en razón de circunstancias externas que produzcan una cesura en el suceso³⁶.

Diferenciándose de estos últimos, aunque compartiendo características muy próximas, están los «delitos habituales» que requieren de la reiteración de la misma conducta para su configuración típica. Al igual que en los tipos compuestos o complejos, aquí también puede suceder que cada conducta constituya «potencialmente» un delito en sí misma –delitos habituales «impropios»–, o bien que la relevancia penal no la determine la conducta propiamente dicha sino su reiteración –delitos habituales «propios»–. Ejemplo de los primeros es el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 CP que sanciona al que «“habitualmente” ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge...», tratándose de un solo delito aunque cada acto de violencia física o psíquica pueda constituir por sí mismo un hecho típico; mientras que será un delito habitual «propio» el del artículo 575 CP, que, en el segundo párrafo del apartado 2, refiere que «comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera “habitual” a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea...», es decir, si solo accede una vez no es delito.

Todos estos supuestos tienen la característica de que es el propio tipo penal el que asume la diversidad de acciones, pero como elementos de un mismo objeto de imputación. Por esa razón, la lesividad del hecho se mantiene inescindible, y por lo tanto en el ámbito de la unidad delictiva, aunque esas particularidades puedan llegar a tener relevancia en la determinación judicial de la pena, al considerarlo un único delito intensificado cuantitativamente³⁷.

1.1.2 LA UNIDAD TÍPICA EN SENTIDO AMPLIO O UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN

Como fuera ya anticipado, los supuestos de unidad natural de acción³⁸ son aquellos en los que la interpretación del evento como una individualidad no viene determinada por el análisis formal del tipo penal en cuestión,

³⁶ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 386.

³⁷ Acerca de ello, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1083 ss.

³⁸ Fundamental en este punto la monografía de MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*; también los trabajos posteriores de BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», 1972, pp. 711 ss.; EL MISMO, «Die natürliche Handlungseinheit», 1973, pp. 95 ss., y WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», pp. 241 ss.

como ocurría en las hipótesis antes mencionadas, sino en la interpretación del sustrato fáctico del hecho para su correcta adecuación al sentido del tipo penal correspondiente³⁹. Es por ello, y por cuestionar la denominación que puede dar a entender que se trata de consideraciones naturales y no normativas⁴⁰, por lo que algunos autores prefieren hablar de unidad típica de acción en sentido amplio⁴¹.

Para llevar a cabo esa tarea de «unificación» se ha intentado sistematizar los distintos supuestos en que ella tiene lugar categorizándola en dos modalidades generales: la realización iterativa del tipo y la realización sucesiva del tipo⁴². Se trata, como inmediatamente se verá, de distintas formas en que se presenta un mismo fenómeno: aquel en el que diversas acciones se consideran como elementos de un único evento delictivo, esto es, un solo delito⁴³. Independientemente de la forma en que se presente, la jurisprudencia ha establecido ciertos requisitos, objetivos y subjetivos, para considerar que hay unidad natural de acción⁴⁴: cuan-

³⁹ CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 25, refiere, correctamente, que en estos casos «el tipo no es condición suficiente para proceder a la unificación, siendo necesario recurrir a la presencia de otros elementos». De otra opinión, CARRANZA TAGLE, H., *Introducción al concurso de delitos*, p. 189 ss., ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 91, en nota 43.

⁴⁰ Con más referencias, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 373 y nota 65. No obstante, su postura es la de optar por «un concepto de acción que tenga en cuenta la estructura final de la acción humana, dejando de lado criterios imprecisos como puede ser el de la unidad natural de acción» (*Vid.* ÍDEM, p. 395); WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 104. Por otra parte, muchas veces se confunde lo normativo con una interpretación formal del tipo penal (*Vid.* PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, pp. 370 s.; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 91), cuando el tipo penal no sirve, en la mayoría de las ocasiones, para identificar si hay una situación de concurrencia o de unidad delictiva. En este sentido, García Albero ha dicho que «la posibilidad de inclusión conceptual de una acción aisladamente considerada en el verbo típico correspondiente no es, necesariamente, paralela al número de injustos típicos realizados. En qué casos *no es*; a ello trata de responder la figura de la unidad natural de acción» (*Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», pp. 212 s. –resaltado en el original–). Similar, CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, pp. 25 s.; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 72; WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», p. 259.

⁴¹ *Vid.*, por todos, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 116; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 767 ss.; con un matiz terminológico, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 129 ss., prefiere hablar de «unidades típicas en sentido amplio», quitando la referencia a la acción, en tanto considera que ello puede prestarse a confusión con el ámbito en el que la individualización de acciones tiene, a su entender, su razón de ser: el de la distinción entre concurso ideal y real de delitos.

⁴² *Vid.* MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 70 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., pp. 679 s., se refiere a ellas como realización *repetida* del tipo y realización *progresiva* del tipo, respectivamente.

⁴³ SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 130; WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», pp. 241, 245. Así también lo ha expresado el Tribunal Supremo español (*Vid.* STS 500/2015, de 24 de julio). Dejando a salvo, como también se verá, alguna excepción que pueda darse en algunos supuestos de afectación a bienes eminentemente personales.

⁴⁴ Fundamentalmente, en las sentencias del Tribunal Imperial alemán (RGSt 44, 223; 58, 113), a los que se adhirió posteriormente el Tribunal Federal (BGHSt 10, 230, con más referencias). Para más referencias de la jurisprudencia alemana, *Vid.* BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», 1972, pp. 711 ss. Es

do varias actividades delictivas esencialmente similares se apoyan en «una intención uniforme» y existe entre ellas una «conexión espacial y temporal» tan estrecha que el conjunto de la acción «aparece objetivamente ante un tercero como una acción uniforme y coherente»⁴⁵. Entonces, en cuanto a lo objetivo, se requiere que el suceso aparezca como una unidad para un tercero ajeno, que exista una estrecha conexión espacial y temporal, y cierta homogeneidad en los actos particulares. En cuanto a las condiciones subjetivas, se requiere que el propio autor esté motivado por un único propósito de resolución. En este sentido, se habla de unidad de propósito o de motivación, resolución volitiva unitaria, unidad de culpabilidad, voluntad homogénea de realización, etc.⁴⁶.

a) *Realización iterativa o repetitiva del tipo*

La realización iterativa del tipo se da en aquellas acciones que se producen de forma «repetitiva» en un mismo contexto espaciotemporal, por lo que, pese a que cada una de ellas cumple formalmente con la conducta típica, se consideran todas ellas como integrantes de una sola realización. Además de los ya mencionados ejemplos en relación con las «palizas» o de la «catarata» de insultos⁴⁷, otra muestra de ello se da cuando el autor fabrica una serie de billetes mediante varias impresiones; en este caso, pese a la multiplicidad de billetes fabricados, solo le será imputado una acción de fabricación de moneda falsa constitutivo del artículo 386.1.1.º CP⁴⁸.

importante destacar que esta teoría fue desarrollada jurisprudencialmente, porque son los tribunales quienes le han otorgado una relevancia fundamental (Vid. CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», p. 345; GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», pp. 215 s.; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 357 ss.; ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 371). En la doctrina, sin embargo, ha recibido más críticas que adhesiones (vid., por todos, BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», 1973, pp. 98 ss.).

⁴⁵ Así, con cita de jurisprudencia del BGH, SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», p. 466. Similar, con más citas de la propia Sala II del Tribunal Supremo, las SSTS 192/2024, de 29 de febrero, 777/2021, del 14 de octubre.

⁴⁶ CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», pp. 45 s.; ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 372; GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», pp. 222 ss.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 950.

⁴⁷ BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 544 ss.; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, pp. 77 ss.; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, pp. 222 ss.

⁴⁸ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 767; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 71. Utiliza este ejemplo, en cambio, como un supuesto de tipos que incluyen conceptos globales, por lo tanto, de unidad típica en sentido estricto, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 118.

Esta misma solución se sostiene, aunque se trate de varios bienes jurídicos afectados, por ejemplo, si las acciones se dirigiesen contra una pluralidad de víctimas⁴⁹. Así, en el caso de que el encargado de llevar el equipaje desde la cinta del *check in* hasta el avión abra cinco maletas correspondientes a cinco pasajeros distintos, cometerá solo un delito contra la propiedad⁵⁰. Más problemático resulta si a la multiplicidad de víctimas se suma que la afectación sea contra bienes eminentemente personales⁵¹. En efecto, a mi entender, el carácter personalísimo de ciertos bienes jurídicos que afecten a una pluralidad de víctimas tiene especial relevancia para determinar la concurrencia delictiva en situaciones que, de tratarse de bienes jurídicos no personalísimos, o de una única víctima⁵², deberían ser tratadas como de unidad delictiva⁵³; el carácter del bien jurídico será irrelevante, sin embargo, para diferenciar una modalidad concursal de otra cuando se esté en presencia de «una unidad de conducta»⁵⁴.

⁴⁹ BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 369; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 80 s.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 951 s., con citas de sentencias del Tribunal Supremo alemán en el mismo sentido.

⁵⁰ Ejemplo tomado de ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 951. Dice MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 80: «si el ladrón se apropia de bienes pertenecientes a distintos propietarios mediante varios actos sucesivos, los actos individuales no requieren un cambio en su representación psíquica; el hecho de que el bien en cuestión sea la propiedad de otra persona hace que la cuestión de quién sea el propietario sea completamente irrelevante» (traducción propia). En el mismo sentido, WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 100. De otra opinión, PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, pp. 367 ss., con otro ejemplo, considera que se trata de un supuesto de concurso real debido a la independencia de los hechos.

⁵¹ A favor de considerar una situación de concurrencia, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 930 s.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1091; KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», p. 103; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 81 s.; PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 12; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 86 s.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 952; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 130 s.; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 725; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 818, nm. 17a; WARDA, G., «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», pp. 83 s.; EL MISMO, «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», pp. 247; reconociendo la discrepancia existente, WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 106. Mantienen, sin embargo, la aplicación de la unidad natural de acción, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 271 ss., 289 s.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 767; con matices, VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», pp. 13 s.

⁵² MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 80 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 130 s.; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 106. Si bien ello puede afirmarse como regla general, existen determinadas situaciones que, debido a la naturaleza especialmente personalísima del bien jurídico, sería difícil la justificación de una unidad delictiva aun en supuestos de que se afecte a una sola víctima (*Vid. infra* 5.2.7).

⁵³ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1082 s.; PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 13. Así también, recientemente, el Tribunal Supremo alemán (*Vid. BGH NStZ 2016, 605*, cita en EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 408). Al respecto, *Vid. infra* 5.2.7.

⁵⁴ Me refiero al supuesto en que una única acción en sentido natural causa múltiples resultados lesivos. En este sentido, entre otros, *Vid. CANTARD, N.*, «Unidad de conducta y resultados múltiples como

Se suele indicar que ello es así porque la pluralidad de conductas que se aglutinan en una unidad natural de acción produce un incremento «cuantitativo» del injusto culpable, sin que ello implique unidades de valoración jurídica diferentes⁵⁵. Esta situación cambia, sin embargo, cuando se trata de la lesión a bienes jurídicos eminentemente personales de distintas víctimas, ya que estos forman unidades absolutas que no son susceptibles de cuantificación⁵⁶. Así, por ejemplo, si alguien, mediante una sucesión de tocamientos, por ejemplo, manosea a dos mujeres en el metro, no se tratará de un mero incremento cuantitativo de un solo delito de agresión sexual, sino de tantos delitos como víctimas se hayan agredido.

b) *Realización sucesiva o progresiva del tipo*

Con la realización sucesiva o progresiva del tipo, en cambio, se pretenden aglutinar distintas acciones que tienen lugar dentro de un *iter criminis* caracte-

curso *real*. Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», pp. 519 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 226; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 409, indica que el argumento de si el bien jurídico es susceptible de cuantificación o no puede servir para delimitar la unidad de la pluralidad delictiva, pero no encaja para delimitar el concurso ideal del concurso real; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 815, nm. 11. De otra opinión, entre otros, 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», pp. 832 ss., considera que la afectación a bienes eminentemente personales a una multiplicidad de víctimas puede determinar que el evento, aun cuando se lleve a cabo mediante una sola acción, sea considerado como una pluralidad de *hechos* a los fines de ser tratado como un concurso real. Sobre esta polémica, *Vid. infra* 5.2.2.

⁵⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», p. 287 s., y nota 43; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 669 s.; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 86; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 950; WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», pp. 244 s. Sobre el incremento cuantitativo del injusto como fundamento de la unidad natural de acción, en tanto supuesto de unidad delictiva, *Vid. BINDING, K., Handbuch des Strafrecht*, p. 544; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 76 s.; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, pp. 105 s.

⁵⁶ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 390; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 124 s.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1082 s.; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 81; PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», N.º 6, p. 504; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 106. El BGH, sin embargo, se muestra vacilante sobre esta posibilidad (*Vid. BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit»*, 1972, p. 714; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 519, notas 27 y 28; SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», p. 467). Confrontar estas posiciones con la crítica, si bien mitigada por comprender el contexto histórico, que hace EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 406 s., 409, con respecto a quienes niegan la unidad natural de acción, con el argumento de la no cuantificabilidad de estos bienes jurídicos, pero que, sin embargo, no lo hacen cuando la afectación se produce mediante una acción en sentido natural, por ejemplo, matando a varias personas con una bomba.

rizado por varios intentos fallidos en la búsqueda de la consumación, o bien por interrupciones temporales breves que no impliquen una nueva determinación del autor en volver a realizar la conducta típica⁵⁷. No se trata de la tradicional discusión acerca de las relaciones entre tentativa y consumación en toda progresión delictiva, que algunos observan como un supuesto de concurso de leyes por subsidiariedad⁵⁸, otros por especialidad⁵⁹, otros por consunción⁶⁰, y algunos por alternatividad⁶¹, aunque también hay posturas que niegan incluso un concurso de leyes en esos casos, considerándolas a todas ellas como situaciones de unidad delictiva en sentido estricto⁶².

Aquí analizamos, en cambio, los casos en que se dan varias acciones de tentativas antes de lograr la consumación⁶³. Así, por ejemplo, quien pretendiendo abrir un coche para robar la cartera que había en su interior no logra forzar la cerradura de la puerta del conductor, luego se dirige con la misma finalidad a la puerta del acompañante, con igual fracaso, para finalmente ingresar rompiendo una ventana, será autor de un solo delito de robo consumado, sin entrar a considerar las tentativas previas como unidades delictivas que concurren con este último. Lo mismo cabría sostener en caso de que el robo no se

⁵⁷ Vid. STS 7260/1995, de 16 de febrero, en que se analizaba un caso en que el autor, luego de haber fracasado en el intento de realizar una penetración anal sin consentimiento de la víctima, la obliga a practicarle una felación. Si bien la Audiencia de instancia había condenado por un delito de tentativa de violación y un delito consumado de violación, en concurso real, el Tribunal Supremo consideró que se daba una unidad natural de acción, indicando que «la unidad delictiva se manifiesta más claramente cuando coinciden en la valoración del hecho el tradicional concepto natural o de la vida de la acción, de modo que un espectador neutral la consideraría como una conducta o hecho único, y el más actual concepto normativo centrado en la satisfacción del sentido del tipo, que se da al reproducirse de un modo inmediato, sin solución de continuidad en la situación fáctica y guiados por un único propósito del agente, de conseguir el fin de la acción, los distintos movimientos corporales que integran el tipo y lesionan un único bien jurídico de los por él tutelados», por lo que «[e]n tal supuesto, no cabe valorar cada acto aisladamente, como distintas formas imperfectas o perfectas del tipo sino que deben serlo desde el punto de vista del conjunto de lo actuado sin solución de continuidad, bajo el mismo fin y con voluntad única».

⁵⁸ BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 357 ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 792; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1006 ss.; y la doctrina dominante en Alemania, *vid.*, por todos, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 174 s., y LA MISMA, «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 89.

⁵⁹ KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 709; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 328 s., al considerar que las relaciones de inclusión se resuelven por especialidad; LA MISMA, «Was ist Gesetzeskonkurrenz?», p. 963.

⁶⁰ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 176 y nota 197, afirma que «[l]a mayor parte de la doctrina española incluye los supuestos de progresión criminal dentro del principio de consunción»; 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», p. 487; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», pp. 476 s., nm. 3284; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 8», p. 47.

⁶¹ NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, pp. 59 s.

⁶² MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 584 s.

⁶³ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 86 s.

produzca, esto es, una sola tentativa y no tantas, en concurso de delitos, cuantos intentos haya habido⁶⁴. Estas consideraciones no pueden estar desligadas de aquellas otras que se ofrecen en torno a la dogmática del desistimiento⁶⁵, ya que allí se plantean con especial profundidad las razones que subyacen a la comprensión de esta sucesión de acciones como pertenecientes a una única desvaloración jurídica⁶⁶, o, en cambio, con la suficiente independencia como para asignar una desvaloración a cada una de ellas⁶⁷. No es posible aquí abor-

⁶⁴ BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 544 s., indica que difícilmente un juez alemán aceptaría en estos casos un supuesto de concurrencia. Ello no obsta, por supuesto –aunque no necesariamente–, a la imputación de las lesiones consumadas –en un caso de progresión de atentados contra la vida–, que podrían concurrir, dependiendo el supuesto de hecho, en concurso de delitos o de leyes (Vid. POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, pp. 31, 243, 284). GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 131 s., plantea una distinción entre ambos supuestos, aunque se llegue a la misma conclusión: el de la unidad delictiva. Dice García Albero que en los supuestos de varias tentativas que finalizan con la consumación resulta concebible «afirmar una pluralidad de realizaciones típicas, que resultan sin embargo desplazadas por el desvalor del delito consumado. Por todo ello, en las hipótesis de realización progresiva del tipo examinadas confluyen simultáneamente tanto la figura de la “unidad natural de acción”, cuanto un genuino concurso de leyes, en la determinación de la unidad delictiva. Y aquí, ambos criterios resultan complementarios e imprescindibles recíprocamente» (resaltado en el original). Y, sin embargo, «cuando las sucesivas tentativas fallidas no se resuelven finalmente en la consumación del delito nos encontramos frente a un exclusivo problema de unidad típica en sentido amplio, sin que tenga sentido hablar aquí de concurso de leyes».

⁶⁵ Fundamental, POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Resulta llamativo que gran parte de la bibliografía en materia de unidad y pluralidad delictiva omite toda referencia a la vinculación que existe entre ambos institutos (vid., no obstante, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 654 s.). Por el contrario, en la bibliografía relativa a la dogmática del desistimiento sí se menciona –en mayor medida– la conexión que existe con la unidad natural de acción. Da cuenta de ello MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», pp. 660 ss., pero sin mencionar las consecuencias que tendría asumir una u otra posición en el ámbito de la concurrencia o no de delitos. Si lo hace, en cambio, POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 284, indicando que «la existencia de tantas tentativas como collares elegidos y desechados [...] conduciría a la insostenible afirmación de que la situación se calificaría como una sucesión de tentativas punibles, que, de consumarse finalmente el delito, entrarían en concurso real con un robo consumado». De otra opinión, en este punto, MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 91, indica que si se entiende que hay una pluralidad de acciones entre los actos tentados y el de la consumación ello no significa que las dos acciones deban castigarse como concurso real, pudiendo entrar en juego consideraciones que conducen a la noción de la tentativa como acto anterior copenado o a la subsidiariedad. Sin embargo, esto choca con una de las funciones que el propio autor le asigna a la unidad natural de acción, cual es la de considerar como supuestos de unidad delictiva lo que de otro modo sería un concurso real homogéneo (Vid. ÍDEM, p. 113).

⁶⁶ POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, pp. 97 ss., habla de una «unidad valorativa» como explicación sistemática, no así de su fundamento, de una concepción unitaria entre desistimiento y tentativa. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 656 ss., concediéndole un punto a la teoría del acto individual, indica que habrá desistimiento cuando «el autor haya renunciado a un medio para continuar el hecho que a él le parecía adecuado», denominándola «teoría modificada de la perspectiva global».

⁶⁷ Manteniendo una concepción individualizadora, entre otros, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 906 ss.; EL MISMO, «El desistimiento como modificación del hecho», pp. 331 ss., 340; aunque respecto de la que aún tiene capacidad de revocación segura adopta una perspectiva global (Vid. JAKOBS, G., «El desistimiento como modificación del hecho», pp. 333, 335). Creo que tiene razón, en este punto, Sancinetti cuando refiere que lo que Jakobs denomina «tentativa acabada con posibilidad de revocación» no es otra cosa que un nombre distinto para una tentativa que, en realidad, es inacabada que comienza

dar esta temática con la profundidad que requiere; basta con mencionar que las consideraciones que se hagan en materia de unidad natural de acción por realización sucesiva del tipo no pueden desatender a aquellas que se sostengan en materia de desistimiento, si es que se pretenden evitar posibles contradicciones sistemáticas. En este sentido, según lo que se viene sosteniendo en relación con la realización progresiva del tipo como fenómeno que lleva a la consideración de una unidad delictiva, la teoría de la consideración global o de la unidad valorativa en el desistimiento es la posición que más coherencia sistemática presentaría en este punto⁶⁸, ya que puede responder a ambos problemas con la misma fundamentación: siempre se trataría de un único delito, ya sea para imputar, ya sea para excluir la imputación por desistimiento.

Hasta donde alcanzo, la teoría de la consideración individual tendría dos caminos posibles para explicar ambas instituciones con una misma línea argumentativa. El primero de ellos sería entender que las distintas acciones en realización sucesiva⁶⁹ deben ser atribuidas en concurso de delitos. El razonamiento es fácil de seguir: si en supuestos de desistimiento cada una de las acciones –en grado de tentativa acabada no reversible– debe ser considerada individualmente, porque lo que ya salió del ámbito de dominio del autor no puede configurarse de otro modo que no sea como un comportamiento «posterior al hecho», las sucesivas tentativas no pueden pasar a considerarse «globalmente» como tramos parciales de «un mismo hecho» cuando el delito, en lugar de desistirse, alcance la consumación. Así, en el ejemplo dado anteriormente, deberían imputarse dos tentativas de robo y un robo consumado en concurso de de-

activamente y finaliza por omisión, al no revocar o revertir el curso lesivo (*Vid.* SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, pp. 125 ss., 176 ss.). También da cuenta de esta confusión MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», pp. 675 s., quien, para evitar equívocos, prefiere hablar de tentativa reversible o irreversible, destacando que el dato material que marca la diferencia es si el autor mantiene o no el control del hecho, sea de forma positiva o de forma negativa. Similar, GIMBERNAT ORDEIG, E., «El desistimiento en la tentativa acabada. *Lectio doctoralis*», p. 30, habla de un punto de no retorno como momento que establece la distinción entre una tentativa desistible de otra que no lo es, aunque haciendo hincapié en la voluntariedad del autor.

⁶⁸ El Tribunal Supremo alemán considera que una tentativa ha fracasado, y, por lo tanto, ya no cabe el desistimiento, cuando los posibles actos para la realización del hecho ya no pueden entenderse como en una unidad natural de acción (*Vid.* EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 377). De otra opinión, SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, p. 172, y nota 9, relativiza esa vinculación, al menos respecto de alguna de las variantes en que se presenta la consideración individual, puntualmente la que él denomina «teoría *impropia* del acto individual» (cursiva en el original).

⁶⁹ Y lo mismo podría valer para la realización iterativa del tipo, porque si el fundamento es que «el autor sólo puede desistir si y en la medida en que pueda revertir todavía de un modo planificado seguro el camino que conduce hacia la realización del tipo» (*Vid.* JAKOBS, G., «El desistimiento como modificación del hecho», p. 335), se entiende que ello no puede hacerlo en casos de tentativa acabada irrevocable, tampoco puede hacerlo, *a fortiori*, cuando el delito ya está consumado. Con ello, en el clásico ejemplo de las «palizas», la teoría de la consideración individual también debería observar tantas lesiones en concurso de delitos y no un solo delito de lesiones.

litos y no como un único delito. Esta consecuencia, sin embargo, sería difícil de poder justificar materialmente. El segundo camino sería el de considerar que la unidad delictiva en la realización progresiva no viene dada por la unidad natural de acción, sino por concurso de leyes⁷⁰, por lo que las tentativas quedan desplazadas por la consumación, que termina siendo el único delito atribuible⁷¹. Con ello se alcanza la misma consecuencia a la que arriban los partidarios de la unidad natural de acción, pero con un fundamento distinto. Esta vía explicaría, con idéntico argumento, que el desistimiento de «la última» tentativa deje intacta la imputación por las tentativas acabadas anteriores, que «renacerían» al obstruirse el desplazamiento que se habría producido de consumarse el hecho⁷². No obstante, sigue sin poder explicarse qué tipo de concurrencia se da entre esos hechos subsistentes: ¿concurso de leyes o concurso real? Aunque la res-

⁷⁰ Entiende, sin embargo, que confluyen simultáneamente ambos institutos, la unidad natural de acción y el concurso de leyes, GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 131 s.

⁷¹ Sin embargo, el argumento no valdría para el supuesto en que el hecho en grado de tentativa sea prevalente respecto del consumado como, por ejemplo, ha sostenido la jurisprudencia en las relaciones entre tentativa de homicidio y las lesiones consumadas (Vid. GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 171; MATUS ACUÑA, J. P., «El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana», pp. 427 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», p. 854, nm. 7005), al menos aquellas que no entran en los artículos 149 y 150 CP, o bien cuando el principio de ejecución en determinados delitos ya configura la realización de actos delictivos del tipo subsidiario, como puede ser en el supuesto de la tentativa de violación con las agresiones sexuales que constituyen su tránsito normal (Vid. GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 370). Sobre la discusión en torno a la combinación de tentativas de asesinatos por alevosía y consumación como homicidio simple, GIMBERNAT ORDEIG, E., «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», pp. 201 s., dice «[q]ue el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio no puede regirse por las reglas del concurso de leyes difícilmente puede ponerse en duda. La acción *única* ha constituido, al mismo tiempo, un asesinato frustrado y un homicidio consumado. Si castigamos sólo por el primer delito *frustrado*, entonces nos queda un ‘cabo suelto’ de la conducta que no es sometido a juicio de desvalor: el ‘cabo suelto’ de que el sujeto ha *consumado* la lesión del bien jurídico ‘vida’. Si condenamos únicamente por homicidio consumado, estamos prescindiendo de un sector del desvalor en el comportamiento: no estamos tomando en consideración que antes de matar cara a cara el autor había disparado, sin acertar, dos tiros alevosos. De todo ello se sigue: el concurso de leyes no es aplicable a este supuesto de hecho» (cursivas en el original), decantándose por la solución del concurso ideal. Así también, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 773. De otra opinión, sobre la base del viejo artículo 50, 2.º párr. CP, de los delitos cualificados por el resultado, CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito “sui generis”», pp. 79 ss.

⁷² JAKOBS, G., *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, p. 124. Ello siempre que se considere al concurso de leyes como un supuesto de *efectiva* concurrencia y no de una concurrencia *aparente*. A la misma conclusión llegan, sin embargo, pese a sostener una posición contraria en relación con la «naturaleza» del concurso de leyes, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 170 s., quien refiere que la «resurrección» del tipo preterito encubre que, en realidad, nunca existió desplazamiento alguno; WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, pp. 200 ss., 259 ss. En contra, VOGLER, T., «Funktion und Grenzen der Gesetzeskonkurrenz», pp. 726 s., crítica, acertadamente, la incoherencia lógica de ambas afirmaciones. Sobre los problemas que se derivan de una consideración de la concurrencia de leyes como «aparente» da cuenta, cabalmente, PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 59 ss., en particular pp. 72 s.

puesta sistemáticamente coherente sería la de un concurso de leyes entre las dos tentativas, es difícil de justificar (no parece haber ni especialidad, ni subsidiariedad, ni consunción, y, como la pena sería la misma, tampoco la alternatividad puede dar una respuesta); la del concurso real entre ambas tentativas tiene el problema opuesto, es fácil de justificar, pero a costa de la inconsecuencia.

c) *Aspecto objetivo*

Como se ha dicho, en cualquiera de las dos modalidades en que se presenta la unidad típica en sentido amplio debe darse una cierta conexión espaciotemporal entre las distintas acciones que conforman el suceso⁷³. Por evidentes razones, en la realización iterativa del tipo esa conexión será mucho más cercana que en la realización progresiva, y es por ello por lo que, en esta última, se destaca con mayor importancia la unidad de motivación, y solo cuando ésta no puede afirmarse cobra relevancia el hecho de que la progresión se haya dado en un lapso de tiempo lo suficientemente escaso como para valorar todo el acontecimiento como una única infracción⁷⁴.

La conexión temporal entre las distintas acciones evidentemente será un criterio a tener en cuenta para entender el hecho como una unidad valorativa⁷⁵. Parece claro que no es lo mismo que el autor golpee a la víctima con dos puñetazos seguidos, a que le dé uno un día y el otro se lo propine a la semana siguiente cuando se la vuelve a cruzar por la calle. De igual manera, quien en un intento de matar a su enemigo falla los dos primeros disparos acertando

⁷³ Se suelen mencionar ambos aspectos, el espacial y el temporal, pero es verdad que el primero tiene un peso bastante menor que el segundo (*Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», p. 663). Que la sucesión de acciones se produzca en diferentes espacios físicos no suele ser tan determinante como que lo sea en momentos distintos (*vid.*, con cita de un caso de BGH en ese sentido, WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 99). En efecto, la falta de conexión espacial entre ambos hechos, normalmente, si es relevante, irá asociada a una falta de conexión temporal.

⁷⁴ BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, p. 545, refiere que la duración de las pausas entre los actos individuales carece de importancia, a menos que pueda aportar pruebas en contra de la unidad de motivación, y pone el ejemplo del autor de un maltrato que lo da por concluido, se aleja del maltratado, e inmediatamente después vuelve a sentir el insulto sufrido por éste en su momento y ahora le inflige algunos golpes más, como un caso en que «el ejemplo vence al argumento»; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, pp. 78 ss.; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 233. En contra, MANNZEN, W., «Zur Theorie der erweiterten Handlungseinheit», pp. 221 s., se muestra muy crítico con las teorías voluntaristas de la unidad de acción.

⁷⁵ El Tribunal Supremo ha dicho que «[e]l concepto de unidad natural de acción solo puede predicarse de conductas llevadas a cabo en un contexto temporal único. No necesita demasiada explicación justificar que episodios diferenciados con solución de continuidad, en días y años diferentes jamás podrán ser reconducidos a esa categoría. Hablar del mismo espacio *temporal* en relación a los hechos relatados no es asumible. Es indiscutible que no lo hay» (*Vid.* STS 235/2023, de 30 de marzo, con cursivas en el original).

recién en el tercero comete «un delito» de homicidio consumado, mientras que se darán «tres delitos» –dos tentativas de homicidio y un homicidio consumado– en concurso real si la víctima logra escapar luego del primer fallo y el autor vuelve a intentarlo –y fallar– a la semana siguiente para, finalmente, acertar un mes después cuando vuelve a cruzársela. Es verdad, sin embargo, que este criterio tiene un problema insalvable de falta de delimitación, que es común a cualquier proceso gradual⁷⁶, y es el de poder establecer razonablemente un punto límite entre dos momentos consecutivos a los que les serán asignadas dos consecuencias distintas. Por esa razón es que no se trata del único criterio a tener en cuenta⁷⁷, sino que debe complementarse con los otros que fueran mencionados.

Otra condición objetiva de procedencia que se menciona, además de la indicada conexión espaciotemporal, es la de que las acciones se correspondan con tipos delictivos homogéneos. Así, gran parte de la doctrina niega que pueda existir unidad natural de acción, en el sentido de unidad delictiva, cuando concurren delitos distintos⁷⁸. Sin embargo, con razón se ha dicho que esta exigencia está vinculada, en sus orígenes, a la dogmática del delito continuado⁷⁹, en relación con la cual algunos autores han dicho que la unidad natural de acción es «la hermana menor»⁸⁰, que contiene entre sus requisitos que se trate de infracciones homogéneas⁸¹. Esta figura, sin embargo, ha ido perdiendo peso en países, como Alemania, donde no se encuentra regulada positivamente, y ello puede explicar que la jurisprudencia haya ido incluyendo los casos de heterogeneidad como susceptibles de ser comprendidos dentro de una unidad natural de acción⁸².

⁷⁶ Sobre ello, fundamental MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», *passim*.

⁷⁷ Incluso hay quienes aducen, como EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 415, que, además de ser insuficiente, es innecesario, en la medida que la falta de conexión espacio temporal puede complementarse con otras circunstancias. Para él, lo decisivo es la motivación uniforme y la valoración objetiva del hecho, por parte de un tercero, según la concepción de la vida (ÍDEM, p. 413). En cambio, GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», p. 114, indican que les «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», sin embargo, luego, afirman que para conformar una unidad de acción «la mera coincidencia temporal no es suficiente» (*Vid.* ÍDEM, pp. 115 s.).

⁷⁸ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 956 ss.; SCHROEDER, F. C., «Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten», p. 241; apreciando un concurso ideal, WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», pp. 248 s.

⁷⁹ EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 391.

⁸⁰ SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», p. 465.

⁸¹ En efecto, el artículo 74 CP habla de acciones u omisiones que infrinjan «el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza». Sobre ello, *Vid.* inmediatamente infra 1.2.

⁸² *Vid.* las sentencias que cita, en este sentido, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 360 ss., 397 ss., su posición a favor de esta posibilidad en pp. 392 s.; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei*

Creo que ambas posturas tienen parte de razón: por un lado, no cabe asumir una unidad delictiva si concurren delitos heterogéneos, y, por el otro, aun en escenarios de heterogeneidad puede sostenerse una unidad natural de acción. La compatibilidad de ambas posiciones puede sostenerse perfectamente si se pone de relieve que se están mencionando dos situaciones distintas, por una parte, la unidad delictiva y, por la otra, la unidad de hecho por unidad natural de acción. Esto significa que puede haber situaciones de unidad natural de acción en contextos de pluralidad delictiva, como ocurre en los casos de concurso ideal, y es precisamente lo que sucede cuando se trata de infracciones diferentes⁸³. Así, por ejemplo, quien entra a una casa en la que roba algunos objetos y destruye otros, el daño (art. 263.1 CP) y el robo en casa habitada (art. 241 CP) concurrirán idealmente. De igual manera, quien golpea e insulta a la víctima en unidad natural de acción, también en concurso ideal comete los delitos de lesiones (art. 147 CP) e injurias (art. 208 CP).

En definitiva, la homogeneidad de los delitos cometidos no es una condición de procedencia de la unidad natural de acción, sino una condición para determinar la unidad delictiva en supuestos en los que, además, hay unidad natural de acción, y siempre que no se trate de delitos que afecten a bienes eminentemente personales de una pluralidad de víctimas⁸⁴. Dicho de otra manera, cuando se cometan delitos en unidad natural de acción que afecten a bienes jurídicos no eminentemente personales habrá unidad delictiva en la medida que los delitos sean de igual o de semejante naturaleza⁸⁵; siendo todo lo demás igual, si se trata de delitos de diferente naturaleza habrá pluralidad delictiva, en particular, un concurso ideal. La misma solución habrá de apreciarse en casos de afectación a bienes eminentemente personales de víctimas distintas.

Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung, pp. 103 s. En el mismo sentido, mucho antes, BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, p. 582; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 244.

⁸³ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 289 s.; GEPPERT, K., «Grundzüge der Konkurrenzlehre», N.º 7, p. 362. En contra, rechazan el concurso ideal a menos que exista unidad de acción en sentido natural. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1090; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 768; KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», p. 104; KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 721.

⁸⁴ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», p. 170.

⁸⁵ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1083, de forma terminante refiere que «el concurso ideal homogéneo no se da nunca en delitos contra la propiedad y el patrimonio, entre otros, y en los delitos mediante los que se atacan bienes personalísimos sólo en el caso de distintos titulares de bienes. Así pues, en la unidad de acción sólo se llega a la adición de varias realizaciones de tipo si no cabe resolver el suceso a través de adición dentro de una sola realización de tipo» (cursiva en el original).

d) *Aspecto subjetivo*

El aspecto subjetivo está conformado por la unidad de motivación⁸⁶ que debe tener el autor al realizar las distintas acciones. Ello es así, porque se entiende que una nueva resolución para realizar las acciones sucesivas impide que pueda ser visto como una unidad subjetiva. En este sentido, la jurisprudencia alemana no aplicó la unidad natural de acción al caso en que el autor había comenzado a matar a su esposa, interrumpiendo su acto para proceder a estrangular a su hijo, y retomar nuevamente el asesinato contra la mujer, pues al dar comienzo a la tentativa de asesinato no sabía que el niño intervendría⁸⁷.

Sin embargo, y a diferencia de lo que se requiere para el delito continuado, esa unidad de motivación no debe entenderse como un dolo unitario, ya que este puede variar sin que ello implique romper la unidad natural de acción, en la medida en que se dé en un estrecho contexto temporal⁸⁸. Así, por ejemplo, si un hecho comienza con un dolo de lesiones y finaliza con un dolo de homicidio, esa variación no impide que siga considerándose a todo el evento como una unidad delictiva⁸⁹. De otra manera se produciría una incoherencia sistemática con respecto a las situaciones de progresión lesión-homicidio en la que las lesiones ya hayan sido causadas con dolo de homicidio, que son –correctamente–

⁸⁶ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 372; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 768; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 670; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 654; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 131. La jurisprudencia no exige en este punto una unidad de dolo, sino simplemente una unidad de decisión (Vid. CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», p. 347). Similar, MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 90, refiere que «no es la decisión delictiva única la que hace que una serie de actos individuales de realización del delito aparezcan como partes dependientes, sino su realización en una misma situación fáctica. Incluso las nuevas resoluciones reiteradas de cometer un delito no confieren un peso independiente a los actos basados en ellas, si el desarrollo general de la actividad parece ser la expresión de una misma situación motivacional del autor» (traducción propia); PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 257; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, pp. 106 s.; siguiendo a Maiwald, Roxin se muestra escéptico con que deba existir una voluntad única para fundamentar una unidad natural de acción, se conforma con que exista una motivación unitaria provocada por la situación, Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 951. De otra opinión, dándole un peso muy importante al aspecto subjetivo en la determinación de la unidad natural de acción, BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, p. 545; DEITERS, M., *Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit*, pp. 119 ss.; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, pp. 78 ss.; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 233.

⁸⁷ BGH JZ 1977, 609 (citada por EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 365, nota 301).

⁸⁸ WARDA, G., «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», p. 92. En sentido opuesto, Vid. la sentencia BGH StV 86, 293, que negó la unidad natural de acción al autor que, tras una lesión corporal o la tentativa de homicidio, ayuda a la víctima, y luego la mata sobre la base de una nueva decisión (citada por STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 821, nm. 25).

⁸⁹ Aprecian un concurso real, en cambio, JAKOBS, G., *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, p. 112; KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», pp. 101 ss.; WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, pp. 250 s.

entendidas como incluidas en el desvalor final por concurso de leyes⁹⁰, puesto que estaría en mejor condición el autor que comenzó la conducta con dolo de matar que aquel que lo hizo con dolo de lesionar⁹¹. Asimismo, la unidad de motivación debe estar acompañada por una cercanía temporal entre las diversas acciones⁹², puesto que, de otro modo, se ampliaría demasiado el ámbito de la unidad natural de acción dando lugar a una tergiversación de la figura. Para decirlo con un ejemplo, supongamos que alguien pretende que su vecino se vaya del barrio, y así él poder quedarse con el lugar del estacionamiento que aquel utiliza, por lo que procede a pincharle los neumáticos del coche en diferentes ocasiones, separadas por semanas, durante un año, dejándole notas simulando ser una tercera persona anónima. La víctima no sabía quién era el autor, por lo que tampoco podía realizar ninguna denuncia concreta y se limitaba a cambiar las ruedas del vehículo una y otra vez, hasta que un día lo encontró en flagrancia. Identificar este hecho como un solo delito de daños por el simple hecho de la unidad de motivación resultaría algo forzado⁹³.

e) Conclusiones

Jakobs dice que «la llamada unidad natural de acción se considera que puede conducir a la unión de varias acciones en un suceso delictivo único o al concurso ideal», no obstante estimarla «completamente inútil»⁹⁴. Sin embargo, la primera afirmación permite constatar una utilidad que no cabría despreciar: por un lado, como ya fue observado, conduce a la unidad delictiva en

⁹⁰ Ya sea por la regla de subsidiariedad, como se sostiene mayoritariamente en Alemania, ya sea por la de consunción, como sostiene la mayoría de la doctrina en España (*vid.*, por todos, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 174 ss.).

⁹¹ Muy claro en este sentido, GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 350.

⁹² PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», N.º 6, p. 504. Ya el Tribunal Imperial alemán tenía claro que no podía concederse todo el peso al aspecto subjetivo indicando que la combinación de varios actos no puede dejarse a discreción del infractor permitiendo que baste con una intención subjetiva de su parte (*vid.*, con la cita jurisprudencial correspondiente, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 358 s.). Similar, respecto de los delitos de agresión sexual, VALVERDE-CANO, A. B., «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», p. 322, refiere que «el elemento subjetivo, sin un soporte objetivo que lo respalde, es irrelevante para la parcelación de una acción».

⁹³ En este sentido, GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 347, dice que «[a]un concediendo a efectos puramente dialécticos que baste con esa intención unitaria, o con un único fundamento motivacional, nadie admitirá un desplazamiento de una tentativa producida meses atrás de la definitiva tentativa y consumación del delito».

⁹⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1090. Similar, KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», p. 105.

casos que, de otra manera, deberían ser considerados como de concurso real⁹⁵, y, por el otro, también sirve para trazar la diferencia entre concurso ideal y concurso real⁹⁶ en aquellos supuestos específicos de afectación a bienes eminentemente personales que afecten a una pluralidad de víctimas. Esto es, si esa afectación se produce en un contexto que podría encuadrarse como uno de unidad natural de acción, la modalidad de concurrencia sería de tipo ideal⁹⁷. Por último, la unidad natural de acción también conlleva la aplicación del concurso ideal en supuestos de afectación a bienes no personalísimos en que los delitos cometidos sean diferentes, en el sentido de naturaleza no semejante.

Geerds observa que el problema principal que tiene la teoría de la unidad natural de acción es que se pretende considerar la unidad de acción como una situación de hecho dada por la realidad de la vida cuando en verdad se trata de un concepto específicamente penal⁹⁸. Creo que la crítica es correcta en la medida en que se asocie la unidad natural de acción con un criterio ontológico o pre-jurídico de individualización de los hechos, pero no, en cambio, si se asume un criterio normativo o jurídico, con independencia del nombre con el que se la identifique⁹⁹.

⁹⁵ Así lo dice expresamente, con más referencias, GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», p. 213. En el mismo sentido, el TS tiene dicho que lo relativo a la unidad natural de acción plantea el problema de «si nos encontramos ante una pluralidad de acciones que determinan una pluralidad de delitos en concurso real o si, por el contrario, las distintas acciones se engloban en una unidad, natural o tímica, de acción que determinaría un único delito» (Vid. STS 1342/2000, de 18 de julio); manteniéndose en la misma línea con posterioridad (Vid. SSTS 104/2005, de 31 de enero; 673/2022, de 4 de julio). WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», p. 245, también le reconoce un efecto excluyente respecto del concurso ideal.

⁹⁶ Reconocen también esta doble función, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 112; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 356, 408; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 558; EL MISMO, «Non bis in idem» material y concurso de leyes penales, p. 121; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 519; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 113 s.; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», p. 14, nm. 35; SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», p. 466.

⁹⁷ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1083, 1091; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, pp. 503, 519; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 84. Reconoce la concurrencia delictiva en estos contextos, aunque parece inclinarse por la solución del concurso real, WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», pp. 247, 256. Sobre esta situación Vid. infra 5.2.7.

⁹⁸ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 427. Similar, CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 351 s.

⁹⁹ Muy claro en este sentido, GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», p. 238, ha indicado que «al margen, claro está, de que la solución a favor de la unidad delictiva no responda, como se afirma, a un pretendido “criterio de la unidad natural de la conducta como base de la unidad del delito”, sino que, como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, a criterios normativos deducidos de una interpretación teleológicamente orientada de los tipos. Pero el hábito no hace al monje ni las disputas terminológicas deben trascender de lo que en realidad son. En este sentido, la expresión unidad natural de la conducta, o unidad natural de acción, podrá no ser el fiel reflejo de lo que en realidad es; pero en cualquier caso se legitima, como cualquier convención, por el uso habitual –y conocido en su real significación–, de los operadores jurídicos».

En otras palabras, aunque se mantuviese el nombre de unidad natural de acción, ello no obsta a que su aplicación práctica se lleve a cabo con interpretaciones normativas, de sentido, y no «naturales». Por ello creo que sería preferible la denominación como unidad típica en sentido amplio, o bien llamarla de una manera diferente: «unidad de hecho contextual».

De todo lo expuesto, resulta evidente que ninguno de todos los criterios mencionados es suficiente por sí solo para tener por acreditada la unidad natural de acción. En este sentido, como ya se ha apuntado, y la casuística jurisprudencial ha dado muestras de ello, en un supuesto de hecho puede existir una voluntad unitaria de realización, pero cuyos actos individuales estén separados por intervalos de tiempo muy largos, o viceversa¹⁰⁰. Sin embargo, se puede decir que la conjunción de ambos elementos, tanto el objetivo como el subjetivo, proporcionan herramientas que permiten al juez poder interpretar el acontecimiento como una unidad de desvalor o no¹⁰¹. En otras palabras, la conexión temporal y, en menor medida, la espacial, conforman el aspecto objetivo de la unidad natural de acción, el cual, junto al aspecto subjetivo, le permitirán al tercero (*sc.* el juez) interpretar el evento como una unidad o no.

Creo que con ello puede lograrse un mayor ámbito de concreción si se tienen en cuenta, además de estos dos criterios, todos los otros aspectos que fueron mencionados, a saber: que, con independencia de la ontología de los elementos, lo que importa es la interpretación que se haga de ellos, y ésta es normativa y no natural¹⁰²; que las consecuencias de la unidad natural de acción varían según la entidad de los bienes jurídicos afectados y la cantidad de víctimas, pudiendo dar lugar a supuestos de unidad delictiva o de concurrencia delictiva, según el caso; y que la homogeneidad de los delitos no es un elemento que deba tenerse en cuenta para considerar la unidad de hecho por unidad

¹⁰⁰ Para un panorama sobre las variaciones jurisprudenciales al respecto, *Vid.* BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», 1973, pp. 96 ss.

¹⁰¹ Similar, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 413 ss., pretende circunscribir a dos los elementos a considerarse, con la diferencia de que al objetivo lo vincula con la visión de un tercero y le da una importancia menor a la conexión espacio-temporal. Por el contrario, VALVERDE-CANO, A. B., «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», p. 319, refiere que deben tenerse en cuenta «la unidad espacio-temporal, la unidad de injusto (valoración donde la pena cobra un peso especial), y la unidad de culpabilidad. En realidad, los dos últimos elementos dependen en gran medida del primero, ya que, ante una interrupción temporal relevante, difícilmente podrá hablarse de una única acción»; sin embargo, luego, afirma que «[I] o fundamental es que los hechos puedan ser vistos como una unidad por un tercero imparcial y que sobre ellos haya una vinculación subjetiva global», con lo cual no termina de quedar lo suficientemente claro si la vinculación subjetiva –en el sentido de unidad de culpabilidad– depende de la unidad espacio-temporal, o bien se trata de dos elementos igualmente fundamentales para que pueda hablarse de una única acción.

¹⁰² En este punto es correcta la crítica de Puppe a las concepciones naturalistas a este respecto (*Vid.* PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», N.º 7, pp. 638 ss.), que, por lo dicho, aquí no son de recibo.

natural de acción, aunque sí puede ser determinante en algunos supuestos para diferenciar entre la unidad delictiva y el concurso ideal ¹⁰³.

No se me escapa, sin embargo, que con ello no se soluciona la inseguridad jurídica que se le ha achacado siempre a esta figura. En cualquier caso, creo que ello sería imposible de evitar. En este punto, como en tantos otros de la teoría de los concursos, hay un margen de incertidumbre con el que convivir, ya que las diferentes variables que pueden integrar estos procesos delictivos son interminables y no pueden ser todas ellas abarcadas por conceptos abstractos. De esta circunstancia ya daba cuenta Höpfner a principios de siglo pasado de una forma magnífica, y por cuya claridad no me resisto a reproducir:

«Si bien debe admitirse sin equívocos que el criterio aquí establecido no proporciona una distinción clara entre unidad de acción y pluralidad de acciones, debe negarse, no obstante, que la opinión defendida parezca censurable por este motivo. Antes bien, de este hecho debe concluirse que no existe una frontera nítida entre la unidad de acción [*sc.* concurso ideal] y la pluralidad de acciones [*sc.* concurso real] y, en consecuencia, tampoco entre la unidad y la pluralidad delictiva [...]. Sin embargo, si llegamos a la conclusión de que intentar trazar un límite nítido equivale a intentar la cuadratura del círculo, entonces debemos renunciar a ello de una vez por todas. Por supuesto, esto no nos priva en absoluto del derecho a hacer una distinción. A menudo, el jurista se ve obligado a oponer conceptos cuando no es posible establecer una distinción nítida entre ambos» ¹⁰⁴.

1.2 El delito continuado y delito masa

El delito continuado fue, originariamente, una creación jurisprudencial que ha sido acompañada por la doctrina para evitar que a determinados supuestos de pluralidad de acciones les sean aplicadas las reglas especialmente severas del concurso real ¹⁰⁵, ya que presentaban características específicas que

¹⁰³ Así también, aunque respecto de un mismo delito de administración desleal, PÉREZ DEL VALLE, C., «Administración desleal, unidad de acción y continuidad delictiva», p. 4, basándose en algunas sentencias del TS, sostiene que la unidad natural de acción, a diferencia de lo que ocurre con la unidad típica de acción, permite pensar en las reglas del concurso ideal, y agrega «[c]on la unidad natural de acción se consideran diversos movimientos corporales como una única acción que puede ser subsumida en el tipo penal; pero esto no excluye que, aun siendo “un solo hecho”, pueda “constituir dos o más delitos” en el sentido del artículo 77.1 CP y, en consecuencia, sea sancionado como un concurso ideal de delitos (artículo 77.2 CP)».

¹⁰⁴ HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 235 (traducción propia. Las aclaraciones entre corchetes son mías).

¹⁰⁵ BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, p. 430; CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de ac-

justificaban una diferenciación. Estas características tienen que ver con un contexto objetivo y subjetivo que permite identificar distintos actos como parte de un proceso unitario. El ejemplo clásico que puede encontrarse en la manualística es el del cajero de banco que se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades de dinero de la caja, con el objetivo de alcanzar una suma específica o aprovechando circunstancias parecidas¹⁰⁶. En estos casos se apreciará «un solo delito» continuado y no, como correspondería de no existir esta figura, tantos delitos en concurso real como apropiaciones se hubieran cometido. Por esta razón se dice que se trata de una «unidad jurídica de acción»¹⁰⁷. Choclán Montalvo lo define, con independencia de la regulación legal en particular, como «una repetición de acciones u omisiones de equivalente significación penal, llevada a cabo por un mismo sujeto que, en virtud de similares circunstancias favorecedoras, se representa unas como continuación de las otras, se consideran, por decisión normativa, un solo hecho en sentido jurídico, que adicionalmente puede conllevar una sola realización típica (unidad de nor-

ción» y el delito continuado», p. 50; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 21 ss.; CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 57 s.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 484; GEPPERT, K., «Die “fortgesetzte Tat” im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur», pp. 649 s.; MONTEIRO, C. L., «Crime continuado e bens pessoalfíssimos – A concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal», p. 735; PÉREZ DEL VALLE, C., «Administración desleal, unidad de acción y continuidad delictiva», p. 6; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 1025 ss.; WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 231. Así también la jurisprudencia. Vid. STS 670/2018, de 19 de diciembre. Sin embargo, en Alemania, el Tribunal Federal parece haberla abandonado –BGHSt., 40, 138– (Vid. JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 770; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 504; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 451; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 823 ss.; WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 476 s., dicen que esa sentencia condenó a la insignificancia el concepto jurídico de delito continuado).

¹⁰⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 670; con un ejemplo similar, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 436; de modo más general, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 1026.

¹⁰⁷ Remarcan la idea del delito continuado como un supuesto de unidad delictiva, BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 544 s.; con algún matiz, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 85 ss.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 294 s.; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 504; MALDONADO FUENTES, F., «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», pp. 33 s.; PÉREZ DEL VALLE, C., «Administración desleal, unidad de acción y continuidad delictiva», pp. 1 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 195 ss.; EL MISMO, «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», pp. 506 ss. En efecto, el propio Código penal, al definir esta figura en el artículo 74 CP, refiere que «será castigado como autor de un delito o falta continuados» (la cursiva me pertenece). En cambio, el Tribunal Supremo indica que «no es, pues, un solo delito, sino varios sancionados como uno, que se denomina así como “delito continuado”» (Vid. STS 192/2024, de 29 de febrero, STS 670/2018, de 19 de diciembre). También en este sentido, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 397, sostiene que «también quedaría comprendida en esta sede [la de una “verdadera situación concursal”] el delito continuado que, aunque constituye un supuesto de unidad delictiva, se caracteriza por la “concurcencia de realizaciones típicas”»; también asimila el delito continuado con la pluralidad delictiva, VALVERDE-CANO, A. B., «Lo técnico y lo valorativo en el proceso de individualización de delitos», pp. 420, 427, 428, 433.

ma penal lesionada) o varias (concurso ideal) dependiendo del carácter, personalísimo o no, del bien jurídico lesionado por cada acción»¹⁰⁸, y Max Ernst Mayer, de forma más concreta, ha dicho que «se entiende por delito continuado (*delictum continuatum*) el aprovechamiento de una misma ocasión a través de varias acciones (punibles, pero todavía no castigadas), cada una de las cuales llena del mismo modo las exigencias del mismo tipo legal»¹⁰⁹.

a) *Naturaleza jurídica*

La existencia de esta figura extraña –que presenta las características de un concurso real¹¹⁰ en cuanto a que posee una pluralidad de acciones, pero que, sin embargo, tradicionalmente le fueron asignadas las mismas consecuencias jurídicas que al concurso ideal– está marcada por una disparidad de criterios político-criminales sobre la necesidad de su regulación específica¹¹¹. Si bien en España, y otros países¹¹², se encuentra especialmente regulada, no es esa la lógica adoptada en otras legislaciones. Así, por ejemplo, en Alemania, el legislador federal¹¹³ no se decidió por incorporar a este supuesto de hecho dentro de las posibles modalidades concursales, por lo que siempre fue una figura que era interpretada por la doctrina y jurisprudencia de las distintas épocas, situación que explica por qué, en su desarrollo histórico¹¹⁴

¹⁰⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 128 (en cursiva en el original).

¹⁰⁹ MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 207.

¹¹⁰ De hecho, hay quienes lo ven como una hipótesis especial de concurso material (*Vid.* CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 664; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, pp. 755 s.; EL MISMO, «Artículo 73», p. 539; RIZ, R., *Lineamenti di diritto penale*, p. 126); o bien como límite del concurso real homogéneo (*Vid.* COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 781); o bien como un caso de «concurso real aparente» (*Vid.* ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, p. 541 ss.). CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 87, por un lado, dice que el delito continuado «no es ontológicamente sino un caso de concurso real que sólo por razones jurídicas es tratado como un solo hecho»; sin embargo, luego, afirma «el delito continuado es un caso de concurso ideal» (*Vid.* ÍDEM, p. 188).

¹¹¹ Muy crítico con su regulación, MORILLAS CUEVA, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», p. 475, llegando a proponer su supresión (*Vid.* p. 480, nota 76).

¹¹² Así, entre otros, el artículo 81.2 del CP italiano; los artículos 30.2 y 79 del Código penal portugués; el artículo 49 del CP peruano; el artículo 71 CP brasileño.

¹¹³ Sí existieron, en cambio, regulaciones en la materia en algunas legislaciones regionales –*Landesstrafrecht*– (*Vid.* MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 207, nota 150).

¹¹⁴ Sobre ello, *Vid.* CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», pp. 46 ss.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 300, nota 310, refiere que el concepto «delito continuado» aparece por primera vez en 1794 en la obra de Quistorp, su primera legislación fue en el Código penal bávaro de 1813.

—en ese país— pasó de considerarse un supuesto de *Tatmehrheit*¹¹⁵ a uno de *Tateinheit*, integrándose como una modalidad más, bajo el nombre de «unidad jurídica de acción» (*rechtlichen Handlungseinheit*), de unidad de delito¹¹⁶. Como el antiguo §74 del Código penal alemán de 1871 se refería al supuesto de concurso real como de varias acciones «independientes», se propiciaba una interpretación a *contrario sensu* de la figura del delito continuado como un supuesto de varias acciones que, sin embargo, eran «dependientes» entre sí, lo que permitía esquivar la aplicación del concurso real en estos supuestos¹¹⁷.

En el ámbito angloparlante, aunque no exista una figura específica como la del delito continuado, se analizan supuestos que se corresponden con su estructura, y además con la misma finalidad: evitar las consecuencias más graves que tiene la aplicación de las reglas previstas para las *multiple offence sentencing*. En este sentido, Vibla, siguiendo los estudios de Lovegrove, desarrolla la idea de *connectedness* como un supuesto de unidad delictiva donde, a primera vista, pareciera tratarse de varios hechos¹¹⁸. Sin embargo, esa noción de conectividad está supeditada a razones criminológicas antes que normativas, y, a mi modo de ver, la circunstancia de que existan razones condicionantes en una persona que la llevan a cometer hechos de determinadas características, que los pueda «conectar» en ese sentido, no aporta un fundamento

¹¹⁵ Propiciado por la idea central que dominó la discusión en el siglo XIX y principios del XX de que delito es acción, por lo que muchas acciones no pueden dar lugar a un solo delito (*Vid.* GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 43 ss.).

¹¹⁶ Más allá de que el §52 StGB está pensado para el supuesto de concurso ideal, los casos en que hay pluralidad de acciones en sentido natural, pero que, sin embargo, se consideran que concurren en unidad de acción, sea en unidad natural, unidad típica o unidad jurídica, se les aplica la regla penológica de la absorción simple que prevé dicho parágrafo, con independencia de que, *stricto sensu*, se trate de supuesto de unidad delictiva y no de concurso de delitos. En relación con la consideración de la continuidad delictiva como una manifestación más de la distinción entre unidad delictiva y concurso ideal, *Vid.* JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1092 s.; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 504; 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», p. 501; MERKEL, A., «Derecho penal. Parte general», p. 276 ss.; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, pp. 71 ss., en cambio, rechaza la unidad delictiva sostiene la categoría «unidad de pena en pluralidad de delitos».

¹¹⁷ *Vid.* MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», pp. 207 s.; MERKEL, A., «Derecho penal. Parte general», pp. 276 s.; MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 333 ss. De igual manera sucede en Argentina, donde el artículo 55 CP regula el concurso real también con referencia a «varios hechos independientes». También en Italia se hace hincapié en la necesidad de la independencia que debe existir entre las conductas (*Vid.* BETTIOL, G./PETTOELLO-MANTOVANI, L., *Diritto Penale. Parte generale*, p. 702, donde refieren que la característica del concurso real es la «independencia estructural» de las conductas infractoras). El §28 CP austríaco, aunque no prevé una consecuencia distinta para las modalidades de concurso, se refiere al concurso real como aquél que se comete mediante hechos independientes (*Vid.* KIENAPFEL, D., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 224).

¹¹⁸ VIBLA, N., «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», pp. 172 ss.

material para que de ello se derive una unidad de delito, como si de un delito continuado se tratase. Lo mismo puede observarse cuando aborda el capítulo referido al *Continuum of Criminal Conduct*¹¹⁹, en el que otorga a factores criminológicos la entidad de agrupar diversas infracciones como si se tratasen de una sola, por el hecho de que responden al mismo impulso criminal.

Producto de esa falta de regulación en las distintas legislaciones, durante mucho tiempo se ha discutido intensamente sobre su naturaleza jurídica¹²⁰, en cuanto a considerarla una ficción, una realidad o una realidad jurídica, en la medida en que podía llegar a tener efectos sobre su legitimidad constitucional desde la óptica del principio de legalidad; sin embargo, en España, luego de su incorporación al derecho positivo a partir del año 1983, este debate perdió gran parte de su sentido.

En cuanto a sus requisitos de procedencia, ante la ausencia de una previsión legal expresa hasta ese momento, la doctrina y jurisprudencia fueron perfilando las características que debían tener las diversas acciones para que puedan ser consideradas como partes de un único delito. En este contexto fue que comenzó la disputa entre teorías objetivas y teorías subjetivas¹²¹ indicando, la primera de ellas, que la relación de continuidad se basa exclusivamente en características objetivas que presentan las distintas acciones, como el carácter unitario del bien jurídico, la homogeneidad en la ejecución, la conexión temporal y el aprovechamiento de la misma ocasión. Además, se decía, si la figura tiene una razón de ser pietista, debido a la mayor benignidad que supone su consecuencia jurídica con respecto a la del concurso real, la exigencia de un dolo unitario resultaría incoherente con aquel fundamento en la medida en que estaría transformando una circunstancia que sería de agravación –una mayor energía criminal– en un motivo de atenuación¹²². La teoría subjetiva, que en su estado más puro fue sostenida fundamentalmente en Italia¹²³, viene a sostener que la característica esencial del delito continuado está vinculada a la unidad de resolución o de propósito que permiten vincular cada una de las acciones como partes de la voluntad del sujeto de realizar un solo hecho delictivo.

Como es evidente, ambas teorías tienen buenas razones para esgrimir en su favor, es por ello por lo que ninguna puede tener éxito al proponerse en estado puro, ya que se estaría prescindiendo de las características que ofrece la

¹¹⁹ VIBLA, N., «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», pp. 174 ss.

¹²⁰ Sobre ello, ampliamente, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 128 ss.

¹²¹ Con referencias sobre ambas posiciones, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 772.

¹²² MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 211.

¹²³ Da cuenta de ello, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 180 ss.

otra y carecería de elementos que son sustanciales para considerar la continuidad delictiva. Rápidamente, entonces, fueron surgiendo teorías objetivo-subjetivas que reúnen los elementos más fuertes de cada una de ellas, sin por ello tener que resignar ninguna característica esencial. En la actualidad es la posición mayoritaria, tanto en España como en Alemania e Italia¹²⁴, aunque no hay un acuerdo tan claro sobre cuáles son las particularidades que deben estar presentes. En este sentido, se mencionaba mayoritariamente la necesidad de una triple unidad que debía concurrir: unidad de bien jurídico afectado, unidad de propósito o dolo y unidad de sujeto pasivo¹²⁵, aunque se discutían los alcances que debían tener cada uno de ellos.

b) *La regulación en el Código penal español*

La inclusión en el Código penal, más allá de las críticas que podrían hacerse, vino a ofrecer mayor seguridad jurídica sobre su aplicación¹²⁶. El actual artículo 74 CP que, en lo sustancial, coincide con el anterior artículo 69 bis CP, que supuso su primer regulación¹²⁷, exige que (1) la multiplicidad de acciones u omisiones sea llevada a cabo (2) en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, (3) que infrinjan un mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, independientemente de si ofenden a uno o varios sujetos, (4) siempre que no se trate de una afectación a bienes eminentemente personales, a excepción de aquellos contra el honor o la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, situación en la que deberá atenderse a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

¹²⁴ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 183 s.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 300 s. Así también, respecto del derecho portugués, MONTEIRO, C. L., «Crime continuado e bens pessoalíssimos – A concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal», pp. 740 s.

¹²⁵ Con referencias a sentencias del BGH en este sentido, WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general*, pp. 231 s., aunque en ediciones posteriores ya desaparece la exigencia de sujeto pasivo único (Vid. WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 476 s.). La jurisprudencia española también requería, en algunas ocasiones, la indeterminación procesal de las acciones. Sobre toda esta evolución prelegislativa, Vid. CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 51; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito continuado*, p. 30; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 25 ss.

¹²⁶ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 99 s.

¹²⁷ Aunque también se mencionan la regulación en el artículo 164 del CP de 1928 y en la Ley de Contrabando, LO 7/1982 (Vid. CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 51, nota 89; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 38 s.; COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)», pp. 243 s., 247).

Donde sí hay diferencias entre la regulación actual y la primigenia es en la norma de sanción, en cuanto a la determinación de la pena en estos supuestos. El antiguo artículo 69 bis CP preveía para el delito continuado la imposición de la pena más grave, permitiendo al juez recorrer todo el marco penal, y pudiendo exasperarse hasta el grado medio de la pena superior, y, para el delito masa, la exasperación obligatoria en un grado¹²⁸. El Código penal de 1995, por un lado, redujo la sanción para el delito continuado al quitar la posibilidad de exasperar la pena, y, por el otro, elevó el mínimo aplicable al imponer una absorción agravada, e incrementó la sanción al delito masa a la pena superior en grado, permitiendo la exasperación incluso hasta en dos grados. Sin embargo, en el año 2003 volvió a modificarse el primer apartado incluyendo –nuevamente– la exasperación facultativa hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. En efecto, el actual artículo 74.1 CP dispone que la pena para el delito continuado se impondrá teniendo en cuenta la mitad superior de la infracción más grave, la cual podrá llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado¹²⁹. Esto no significa aceptar un marco que abarque ambos grados de la escala, sino que es una opción alternativa que tiene el juez: o se mueve dentro de la mitad superior del marco base, o lo hace dentro de la mitad inferior de la pena superior¹³⁰.

No obstante, si se trata de delitos contra el patrimonio, el artículo 74.2 CP establece que la pena se impondrá teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Esta regla ha traído numerosos problemas interpretativos¹³¹. Por un lado, al ser más específica, parece tener preferencia respecto de la del artículo 74.1 CP, no pudiendo aplicarse ambas conjuntamente, lo que le permitiría al juez recorrer «todo» el marco penal y no solo la mitad superior. Por otro lado, se indica que la regla penológica para todo delito continuado es la del artículo 74.1 CP, y también en los casos de infracciones patrimoniales debería aplicarse la regla que establece ese primer inciso, mientras que el inciso segundo está pensado exclusivamente para los supuestos de delito masa¹³², o bien que esa referencia, de que hay que tener en cuenta el perjuicio total causado, es un criterio de individualización judicial de la pena –similar al art. 66.1.6.^a– con base en la mayor o menor gravedad del hecho¹³³. Una tercera vía interpretativa entiende

¹²⁸ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 100 s.

¹²⁹ Esta última posibilidad fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

¹³⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», pp. 688 s., nm. 5600. Esta misma interpretación sostenía CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 105 ss., respecto del anterior artículo 69 bis CP.

¹³¹ ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», p. 698.

¹³² CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 139 ss.

¹³³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 352 ss.

que se pueden imponer de forma «complementaria», esto es, determinando en un primer momento el marco concreto del delito que corresponda según el perjuicio total causado (art. 74.2 CP) y, sobre ello, establecer el submarco en la mitad superior (art. 74.1 CP).

Todas tienen puntos a favor y puntos en contra. La primera interpretación se sostiene en la idea de que el artículo 74.2 CP es especial respecto del régimen general del artículo 74.1 CP, y, por lo tanto, de aplicación preferente. Cuando se trate de infracciones patrimoniales «simples» (*sc.* no delito masa) rige la primera parte de ese segundo inciso, es decir la de recorrer todo el marco penal del tipo que tenga en cuenta el total del perjuicio causado, y cuando se trate de un delito masa se exasperará la pena en uno o dos grados¹³⁴. Esta variante tiene la ventaja de ofrecer una respuesta proporcionada cuando el perjuicio total produce un cambio de calificación que no se produciría con «cada uno de los delitos» en cuestión, ya sea de delito leve a delito menos grave, por ejemplo, 3 hurtos de 200€, ya sea de un tipo base a uno calificado, por ejemplo, 5 estafas de 11.000€. Sin embargo, pierde esa proporción cuando ya cada delito individualmente considerado contiene ese cambio de calificación, o bien cuando la sumatoria no lo produce. Siguiendo con el ejemplo anterior, si los 3 hurtos son de 410€ cada uno, o bien de 50€ cada uno, pues la pena no reflejaría el especial desvalor que tiene la continuidad, ya que se recorrería todo el marco penal igualmente.

La segunda interpretación, que sugiere aplicar en todo delito continuado el artículo 74.1 CP –con la excepción del delito masa, en el que se aplicaría el art. 74.2 CP–, además de ser difícil de justificar de *lege lata*, produce consecuencias desproporcionadas al obligar a utilizar la mitad superior del marco penal cuando se trate de infracciones patrimoniales de escasa cuantía; por ejemplo, 3 estafas continuadas, dos de 50€ y otra de 410€, tendrían un submarco aplicable (mitad superior de la infracción más grave) más gravoso que una única estafa de 49.000€, que permitiría recorrer todo el marco. Si se piensa que el monto de 49.000€ de todas maneras justificaría la aplicación de una pena especialmente grave, quizás dentro de la mitad superior del marco penal, cambiemos el ejemplo a una estafa de 2.000€, en la que con seguridad se aplicará una pena cercana al mínimo establecido, cuando el monto es muy superior al ejemplo dado en continuidad delictiva.

La última interpretación, que sugiere combinar ambos incisos, ofrece una respuesta proporcionada en los casos en que la primera interpretación no lo

¹³⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 673 s. Esta fue la tesis sostenida mayoritariamente por la jurisprudencia hasta los Acuerdos Plenarios de 2007 que veremos enseguida.

hacía, es decir, aquellos en que permite reflejar el desvalor propio de la continuidad cuando la calificación no varía; pero, a cambio, viola la prohibición de doble valoración, manifestación del *non bis in idem*, en los supuestos en que sí cambia la calificación jurídica por el monto.

Por todo ello, a partir del año 2007, y a través de dos Acuerdos de Pleno¹³⁵ con la intención de unificar la jurisprudencia, el Tribunal Supremo español adopta la última interpretación, pero de forma condicionada, de la siguiente manera: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración» (Acuerdo del 30 de octubre de 2007)¹³⁶. En consecuencia, el esquema de la regla de determinación de la pena queda de la siguiente manera: 1) a todo delito continuado no patrimonial se le aplica el artículo 74.1 CP; 2) a los delitos continuados patrimoniales se le aplicará el artículo 74.1 CP, pero la infracción más grave se determinará teniendo en cuenta el total del perjuicio causado; 3) sin embargo, cuando, como consecuencia de tener en cuenta el total del perjuicio causado, hubiese cambiado la calificación del delito de que se trate, de tipo básico a agravado, o bien cuando se trate de un delito masa¹³⁷, se aplicará únicamente el 74.2 CP, y no el inciso primero, pudiendo el juez recorrer todo el marco penal de dicha infracción; 4) cuando se trate de un delito masa se aplicará la regla prevista en el 74.2 CP *in fine*, esto es, la pena superior en uno o dos grados de aquella que resultara teniendo en cuenta el total del perjuicio causado. Es verdad que esta decisión implicó una interpretación contraria al reo respecto de la que se venía sosteniendo en los casos en que no variaba la calificación, puesto que pasó de considerarse aplicable todo el marco penal en su extensión a la de la mitad superior. Sin embargo, es la

¹³⁵ Acuerdos de Pleno de 18 de julio de 2007 y, fundamentalmente, de 30 de octubre de 2007.

¹³⁶ En contra, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 673 s., quien sigue denunciando una vulneración al *non bis in idem*. No obstante, tengo para mí que Mir Puig no ha tenido en cuenta los cambios jurisprudenciales que se dieron a partir del año 2007 (a pesar de que la edición que aquí se cita es posterior), por un lado, porque las sentencias que se citan, *en este punto*, son anteriores al año 2000, y, por el otro, porque además de mantener el argumento de la vulneración al *non bis in idem* cuando expresamente el acuerdo indica que quedará sin efecto la aplicación de la primera regla cuando ello pueda ocurrir, argumenta que se «volvería a mantener un trato discriminatorio, más grave, para los delitos patrimoniales respecto a los que no lo son. Esta diferencia de trato desaparece si se compensa el hecho de sumar el monto económico de los actos parciales con la exclusión de la agravación del artículo 74.1», que es, precisamente, lo que indica el Acuerdo referenciado y la sentencia que lo desarrolla (Vid. STS 950/2007, de 13 de noviembre).

¹³⁷ Así queda explicitado en la STS 365/2009, de 16 de abril.

posición que otorga una mayor cantidad de respuestas proporcionadas en los diferentes escenarios posibles ¹³⁸.

c) *Concepto y alcance*

Retomando lo que a la norma de conducta refiere, el Código recoge una teoría subjetiva para la unificación de acciones, basadas en el «dolo conjunto» que supone el plan preconcebido, sin que importe la ocasión ¹³⁹, pero también una teoría objetivo-subjetiva con el aprovechamiento (parte subjetiva) de la idéntica ocasión (parte objetiva), que algunos han llamado «culpabilidad homogénea» ¹⁴⁰. También se hace eco de la exigencia de unidad de bien jurídico de la teoría objetiva, aunque lo hace extensivo a aquellos que, sin ser idénticos, son de naturaleza semejante, y, aunque no lo diga expresamente, una cierta conexión espaciotemporal ¹⁴¹. Por último, se admite la continuidad delictiva con independencia de que se trate de un mismo sujeto pasivo o de varios, sin embargo, se considera excluida en supuestos de ofensas a bienes eminentemente personales. Esto último tiene una (posible) excepción en casos de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidades sexuales, siempre que afecten a un mismo sujeto pasivo ¹⁴².

El Tribunal Supremo ha ido desarrollando, con algunas variaciones a través de los años, los alcances de cada uno de estos requisitos para establecer la

¹³⁸ También se muestra favorable a esta «solución doble», MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», p. 690, nm. 5605.

¹³⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 672.

¹⁴⁰ CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 52; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito continuado*, pp. 134 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 90. El Tribunal Supremo en algunas ocasiones ha vinculado la culpabilidad homogénea al dolo conjunto o unitario que está presente en el plan preconcebido (*Vid.* SSTS 192/2024, de 29 de febrero, 575/2023, de 10 de julio, 521/2023, de 29 de junio), en otras como un concepto, abarcativo de ambas situaciones, en el que «cabe incardinar tanto el dolo planificado como el aprovechamiento de idéntica ocasión» (*Vid.* STS 1182/1995, de 1 de marzo), y en otras como si se tratase de lo mismo, esto es, un «elemento básico y fundamental del delito del artículo 74 CP, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responda al aprovechamiento de idéntica ocasión» (*Vid.* STS 625/2018, de 11 de diciembre). Da cuenta de la ambivalencia de la jurisprudencia en este punto, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 255 s.

¹⁴¹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 184.

¹⁴² En general, y no solo en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y el honor, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 304 ss., de forma similar a lo que acontece en la determinación de la unidad natural de acción, indica que la continuidad delictiva se excluye en supuestos de afectación a bienes jurídicos personalísimos de distintas víctimas, pero que sí sería viable en casos de reiteración de dicha afectación cuando se trate de un único sujeto pasivo. Sobre las distintas posiciones en relación con el requisito de unidad de sujeto pasivo, *Vid.* POSADA MAYA, R., *Aspectos fundamentales del delito continuado*, pp. 86 ss.

continuidad delictiva¹⁴³. Así, en la STS 354/2014, de 9 de mayo, se menciona el elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones dentro de una unidad final, una conexión temporal dentro de esa pluralidad, el elemento subjetivo en las distintas acciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando una idéntica situación, homogeneidad del *modus operandi*, el elemento normativo de que se trate de preceptos penales iguales o semejantes, y que se trate del mismo sujeto activo. Recientemente, con cita en otra sentencia anterior, ha dicho que el delito continuado requiere:

«a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de “hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión”, por ello “esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos”, ya que “en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales; en aquel las acciones son plurales pero el delito se valora como único”.

b) Una cierta “conexidad temporal” dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

c) El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de «una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos»; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace “caer” al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

d) Homogeneidad del “modus operandi” en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

e) El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones “fraccionadas”, aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (SSTS. 97/2010, de 20.2, 89/2010 de 10.2, 860/2008 de 17.12, 554/2008 de 24.9, 11/2007 de 16.1, 309/2006 de 16.3)»¹⁴⁴.

¹⁴³ Sobre esta evolución, Vid. CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito continuado*, pp. 30 ss.

¹⁴⁴ STS 192/2024, de 29 de febrero, FJ 6.4.

Estos diferentes requisitos pueden aglutinarse para simplificar la clasificación y, fundamentalmente, ordenarla. Así, la pluralidad de acciones u omisiones, la conexión temporal entre ellas, la homogeneidad del *modus operandi*, la unidad o semejanza de los bienes jurídicos afectados y la unidad de sujeto activo, forman parte de la identidad objetiva que requiere el delito continuado¹⁴⁵. Mientras que la identidad subjetiva viene determinada, o bien por el dolo global en el plan preconcebido, o bien por un dolo reiterado en el aprovechamiento de la ocasión.

d) *Identidad objetiva*

La pluralidad de acciones u omisiones, por sí solas, no aportan demasiado para poder identificar si estamos en presencia de un delito continuado o, por ejemplo, de un concurso real o de una unidad delictiva en unidad natural de acción, ya que también allí están presentes múltiples acciones u omisiones. Por lo tanto, que la regulación del artículo 74 CP comience mencionando esa particularidad se explica por la necesidad de oponerse al concurso real que regula el artículo 73 CP, partiendo de considerar lo que tienen en común, precisamente la pluralidad de acciones u omisiones, aunque la posibilidad o no de considerar la continuidad delictiva vendrá dada por la concurrencia de los restantes requisitos.

La conexión temporal, por el contrario, si bien no está determinada por la previsión legal, aparece como un requisito ineludible para hablar de continuidad delictiva. La conexión espacial, normalmente vinculada a la temporal, ha ido perdiendo peso específico al punto de que en la sentencia referenciada ya ni siquiera se la menciona. Creo que hay buenas razones para ello, ya que el espacio geográfico en el que se cometan las acciones tiene muy poco que aportar a la valoración del hecho como una unidad o no. Cuando existe esa conexión normalmente está vinculada a una, también estrecha, conexión temporal, por lo que es sobreabundante; o bien es irrelevante cuando no hay tal conexión espacial, pero sí se da la temporal; y también es intrascendente en el caso inverso, cuando hay una conexión espacial sin que exista una temporal.

Volviendo a la que sí es de importancia, la estrecha conexión temporal entre cada una de las acciones, por un lado, permite que esa sucesión pueda ser

¹⁴⁵ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 301, menciona, como un acuerdo en los partidarios de la tesis objetiva, la homogeneidad jurídica de los bienes jurídicos lesionados y la homogeneidad en la comisión efectiva, que debe estar vinculada a una determinada conexión temporal y espacial.

valorada de forma unitaria, y, por el otro, sirve como un indicio fuerte de la presencia de una motivación unitaria como elemento subjetivo¹⁴⁶. En cuanto a lo primero, es inevitable asimilar esa circunstancia con la que fuera analizada en ocasión de abordar la unidad natural de acción, de forma tal que surge la pregunta de si se trata de lo mismo o puede establecerse una diferencia. En ese sentido, se indica, y creo que con razón, que esa conexión es más laxa en la continuidad delictiva que en la unidad natural de acción, donde se requiere una mayor proximidad entre las diversas acciones, ya sea en realización iterativa o en realización progresiva¹⁴⁷. De ello parece deducirse que, en lo que a este punto se refiere, la continuidad delictiva está a mitad de camino entre la unidad natural de acción, donde la vinculación temporal es más estrecha, y el concurso real, donde la secuencia es tan amplia que adquieren independencia entre sí y no cabe hablar de vinculación alguna.

Ahora bien, aquí también los límites son difusos y la diferenciación de cuándo estamos ante un supuesto de unidad delictiva, cuándo en uno de continuidad delictiva y cuándo en uno de concurrencia delictiva es extremadamente problemática. Además del inconveniente de delimitación epistemológico propio de cualquier progresión que es continua¹⁴⁸, la jurisprudencia ha utilizado este criterio temporal de una forma inconsistente. En una reciente sentencia¹⁴⁹, el Tribunal Supremo ha confirmado parcialmente la resolución de la Audiencia de instancia que, en lo que aquí interesa, había condenado como un delito continuado de abuso sexual, con acceso carnal, de un adulto de 25 años a una menor de 12 años, en varias ocasiones, «durante los veranos de los años 2014 y 2015». Es decir, un año de diferencia entre un acontecimiento y otro no bastó para «independizar» los hechos e imputarlos en concurso real¹⁵⁰. Y todo ello

¹⁴⁶ Sobre este carácter instrumental que tiene la conexión temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 193.

¹⁴⁷ STS 500/2015 de 24 de julio, FJ 5; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 307 s., 312. Similar, en este sentido, SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 726, dice que la diferencia con la unidad natural de acción es que en el delito continuado falta la estrecha conexión espacial y temporal, por lo que no es igualmente descriptivo y no se impone su juicio de valor como un único hecho punible.

¹⁴⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», *passim*.

¹⁴⁹ STS 235/2023, de 30 de marzo.

¹⁵⁰ Hay que aclarar que la calificación no fue recurrida por la acusación particular ni por el Ministerio Fiscal, razón por la cual es entendible que el Tribunal Supremo no pueda pronunciarse *extra petita*. Si fue cuestionada por los acusados, pero allí el Tribunal estaría impedido, por imperio del principio de *non reformatio in peius*, en modificar una situación que sería desfavorable para el propio recurrente. No obstante, nada le impedía al Tribunal, si así lo consideraba, realizar una mención sobre este punto a modo de *obiter dictum*, lo que hubiera sido deseable para evitar quedar vinculado, por omisión, a la calificación escogida por el *a quo*. Sobre todo, teniendo en cuenta que, en un pasaje, para negar la unidad natural de acción de estos hechos, dijo que «[e]l concepto de unidad natural de acción solo puede predicarse de con-

sin perjuicio de lo curioso que resulta afirmar, descartado el aprovechamiento de una idéntica ocasión, que ambos acontecimientos hayan formado parte de un mismo plan preconcebido. ¿Puede este caso significar que el dato de la conexión espacial no es superfluo, como se dijo anteriormente, sino que puede ser decisivo? Yo creo que no. Si la razón por la que se estableció la continuidad delictiva es que se produjo en el mismo lugar, aunque se desestime la conexión temporal, debería haber sido el argumento central de la sentencia para atribuirle los hechos en virtud del artículo 74 CP. Por lo demás, si esto fuera así, resultaría inasumible que la mera coincidencia del lugar pueda tener el peso suficiente para sustituir la ausencia de una vinculación temporal¹⁵¹. Piénsese en el siguiente ejemplo: Fulano se entera de que su ex socio, Mengano, se ha comprado una casa en los alrededores de Cangas de Onís con el dinero de la venta de la empresa que era de ambos. Según la interpretación de Fulano, Mengano se ha quedado injustamente con un mayor porcentaje de la venta y desde entonces le guarda rencor. Fulano, entonces, planea romper distintas partes de la casa, pero para no ser objeto de sospecha, decide hacerlo en lapsos de tiempo espaciados. Como es muy meticuloso y no quiere dejar nada librado a la improvisación, decide hacerlo el día 29 de febrero de cada año que fuera bisiesto, comenzando por el año 2012. Así, el 29 de febrero de 2012 le rompió todas las ventanas, el 29 de febrero de 2016 hizo lo propio con todas las puertas, el 29 de febrero de 2020 le averió completamente el sistema de bombeo y filtrado de la piscina, y el 29 de febrero de 2024 le agrietó todo el muro que cercaba la finca de forma tal que se derrumbó. En esta última ocasión fue visto por las cámaras de seguridad que habían instalado recientemente en el barrio y fue detenido. Aquí se da la multiplicidad de acciones, el plan preconcebido, la

ductas llevadas a cabo en un contexto temporal único. No necesita demasiada explicación justificar que episodios diferenciados con solución de continuidad, en días y años diferentes jamás podrán ser reconducidos a esa categoría. Hablar del mismo espacio *temporal* en relación con los hechos resaltados no es asumible. Es indiscutible que no lo hay» (cursiva en el original). Coincidiendo con lo afirmado, me pregunto si acaso, teniendo en cuenta ese lapso temporal, no requería una explicación la consideración de la continuidad delictiva. Distinto tratamiento, esta vez como concurso real, se le dio a una situación similar en la STS 701/2024, de 3 de julio, en la cual el lapso temporal entre las dos agresiones también era de un año, y tampoco había un plan preconcebido ni idéntica ocasión de la que aprovecharse, pero variaba el lugar de comisión (la primera en casa del autor y la segunda en casa de la víctima) y también fueron distintas las dinámicas comisivas, existiendo en el segundo hecho el empleo de violencia física.

¹⁵¹ Es verdad que la aplicación del delito continuado en delitos sexuales presenta características propias – quizás debido a que se trata de un ámbito en que no debería aplicarse –, y la jurisprudencia ha aplicado, a veces sí y a veces no, el delito continuado, con criterios poco consistentes y, además, poco homogéneos (*vid.*, al respecto, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», pp. 11 ss.; VALVERDE-CANO, A. B., «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», pp. 308 ss.); pero si aquella circunstancia, acaso, puede explicar esta última afirmación, en todo caso, no puede justificarla.

unidad de bien jurídico afectado, el mismo sujeto activo y pasivo, y la conexión espacial. Lo que no se da, sin embargo, es la conexión temporal. ¿Es suficiente todo lo demás para considerar que hay continuidad delictiva o se trata de cuatro delitos de daños en concurso real? Pareciera que esto último es más razonable. Ahora variemos el caso de tal forma que, siendo todo lo demás igual, se trata de 4 viviendas distintas de Mengano, supongamos que a 50 km de distancia entre las que se encuentran más cercanas, que Fulano va dañando una por una durante el transcurso de un mismo día. Aquí sí sería poco razonable aplicar un concurso real¹⁵², y la discusión se trasladaría a la delimitación entre el delito continuado y la unidad delictiva.

La homogeneidad en las circunstancias de realización tampoco está exenta de cuestionamientos¹⁵³ y, según un amplio sector de la doctrina, está íntimamente vinculada la necesidad de unidad de bien jurídico afectado¹⁵⁴. El razonamiento es que, en la medida en que el artículo 74 CP requiere que la pluralidad de acciones infrinja el mismo o semejantes «preceptos penales», ello implica que también estaría requiriendo la «identidad de tipo», por lo que la homogeneidad se extiende hacia las «formas de comisión»¹⁵⁵. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido admitiendo la continuidad delictiva en casos de afectaciones a distintos tipos penales, en tanto y en cuanto se correspondan con un mismo bien jurídico¹⁵⁶.

En cuanto a este requisito de identidad objetiva del bien que se ataca, que Mir Puig denomina «unidad normativa relativa»¹⁵⁷, existe una discusión sobre

¹⁵² Así también, proponiendo un ejemplo similar, GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», p. 118.

¹⁵³ MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 210, dice que «[s]i el suboficial maltrata a un recluta, por la mañana, en la caballeriza, al segundo, tres días después, por la tarde, en la habitación, al tercero después de seis semanas, por la noche, en el patio, no hay delito continuado, a pesar de que exista coincidencia en la clase y el modo del maltrato».

¹⁵⁴ Dice CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 224, que «la necesidad de que las plurales acciones [tengan] que dirigirse contra el mismo bien jurídico [...] es consecuencia de la necesaria homogeneidad objetiva de las diversas acciones cuyo presupuesto es la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico, de manera que es consustancial al nexo de continuidad la unidad del injusto del resultado» (cursivas en el original); JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 771; 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», p. 500.

¹⁵⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 227 ss.

¹⁵⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 241 ss. En ese sentido, también, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 302 ss.; sin embargo, luego, parece confundir la homogeneidad de la lesión con la unidad motivacional que debe tener la continuidad delictiva, *Vid. ÍDEM*, p. 306.

¹⁵⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 672. Con anterioridad a la reforma de 1974, el Código penal italiano solo preveía el supuesto de delito continuado para casos de infracciones homogéneas, habiéndose ampliado –desde entonces– esa situación a los supuestos de infracciones heterogéneas en el actual artículo 81.2 CP, en la medida que responda a una misma decisión criminal. Crítico con este requisito, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 390 ss.

si sus alcances se vinculan con la identidad del objeto o bien con la continuación de una mera intensificación cuantitativa del tipo ya ejecutada. Esta última opción es criticada por Jakobs, quien refiere que, de no darse la intensificación cuantitativa, lo que decae es la posibilidad de su tratamiento como unidad de delito, mas no la consideración de una unidad de comportamiento con la consecuente posibilidad de observar un concurso ideal homogéneo¹⁵⁸. Por su parte, M. E. Mayer se muestra escéptico sobre este extremo, indicando que «[n]o cabe describir con exactitud la manera como se debe crear la conexión, ni es posible concebirla sin algún tino. Un delito continuado tiene, en efecto, un cierto ritmo; los actos singulares se repiten en una cadencia determinada y, en lo que concierne al escenario y al objeto material, no están tan nítidamente individualizados, como para decidir, por sí solos, que tales actos se debieran considerar ocasiones diferenciadas o, más bien, una ocasión única»¹⁵⁹.

e) *Identidad subjetiva*

La exigencia de una vinculación subjetiva no está menos cuestionada¹⁶⁰, aunque cabría hacer algunas precisiones, porque ni se dirigen por igual a los dos aspectos –plan preconcebido y aprovechamiento de idéntica ocasión–, ni el peso específico de cada una de ellas puede ser igualmente válido. Para ello, en primer lugar, cabe asumir la distinción entre el «dolo global» o «unitario», que es aquel que hace referencia a la realización con un plan previo que abarque todas las acciones a llevar a cabo, y el «dolo continuado», vinculado a la realización reiterada que hace el autor merced al aprovechamiento de una misma situación que le permite continuar con la actividad delictiva, aunque no hubiera estado inicialmente prevista¹⁶¹. Estas dos situaciones se corresponden con un componente subjetivo de diversa entidad¹⁶², lo que tiene incidencia, o al menos podría tenerla, en la diferente consideración del injusto culpable del autor.

¹⁵⁸ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1092.

¹⁵⁹ MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 210.

¹⁶⁰ Prescindiendo completamente del elemento subjetivo en el delito continuado, BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 369 ss. Especialmente crítico se muestra MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 211.

¹⁶¹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 155 ss., 254, habla de un *delincuente planificador* y de un *delincuente de oportunidad* para referirse a ambos supuestos.

¹⁶² Remarcan la incoherencia de equiparar ambas formas del aspecto subjetivo cuando tienen distinta reprochabilidad, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «Artículo 74», p. 1056; SANZ MORÁN, Á., «El concurso de delitos en la reforma penal», pp. 206 s.

El dolo global es aquel que supone que el autor ha planificado todo su accionar, discutiéndose si ello también incluye la resolución del mismo o no. Sin embargo, no parece razonable otorgarle un alcance tan preciso a la idea de un plan preconcebido por parte del autor, en el sentido de que haya abarcado con su dolo cada uno de sus actos, sino que basta con una motivación uniforme que guíe todo el acontecer sin que ello implique la planificación de todos los pasos para lograrlo ¹⁶³.

En este sentido, cabe destacar la crítica que suele hacerse a la consideración de un dolo global como un elemento que terminaría por favorecer a un autor que revela un mayor grado de peligrosidad, en la medida que actúa planificando cada uno de sus movimientos ¹⁶⁴. El argumento se basa en que, si la figura tiene una razón de ser pietista ¹⁶⁵, por la mayor benignidad que supone su consecuencia jurídica con respecto a la del concurso real, la exigencia de un dolo unitario resultaría incoherente con aquel fundamento en la medida en que se estaría utilizando para «atenuar» una circunstancia que reflejaría un mayor desvalor ¹⁶⁶. Por esa razón, se estima que no es preciso un dolo de esas características, sino que basta con el dolo de continuación ¹⁶⁷.

El dolo de continuación, en cambio, consiste en una forma de reiteración, con base en el aprovechamiento de una misma ocasión ¹⁶⁸, que hace de nexo de continuidad entre cada una de las acciones. Choclán Montalvo ha dicho que se trata de una «*ocasión que por sí misma permita una realización repetida de acciones análogas, de tal manera que el dolo de cada una de esas repetidas realizaciones aparezca como una continuación de la decisión anterior*» ¹⁶⁹. Así entendido, esta forma de caracterizar el aspecto subjetivo del delito continuado permite eludir la crítica que, con base en la incongruencia sistemática, se le hace al concepto del dolo global, ya que aquí el trato más benigno que

¹⁶³ CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «Artículo 74», p. 1059; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 413 s.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 308 s.

¹⁶⁴ Con referencias a sentencias del BGH en este sentido, GEPPERT, K., «Die “fortgesetzte Tat” im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur», p. 650; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1094; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 540; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 36; SAMSON, E., «SK-StGB §52 a §55», p. 14, nm. 44.

¹⁶⁵ Lo que es discutible con la regulación actual, fundamentalmente a través de la figura del «delito masa» (Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 437), cuyas «desmesuradas consecuencias» expliquen, posiblemente, la apreciación restrictiva que viene haciendo la jurisprudencia (Vid. SANZ MORÁN, Á., «El delito patrimonial continuado su sinuosa aplicación jurisprudencial», p. 12).

¹⁶⁶ MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 211.

¹⁶⁷ Así la doctrina mayoritaria, *vid.*, por todos, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 263 ss. En contra, consideran que se amplía demasiado el ámbito del delito continuado, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 771 s.; WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general*, pp. 232 s.

¹⁶⁸ De otra opinión, CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito continuado*, pp. 132 ss., quien niega esa vinculación entre ambos conceptos con base en una diferencia en la representación del autor.

¹⁶⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 265 (cursivas en el original).

supone la aplicación del artículo 74 CP encontraría su justificación en una menor culpabilidad de quien se ve tentado de continuar con su acción debido a una situación provechosa extraordinaria¹⁷⁰.

Puede observarse cómo el delito continuado es más estricto en el requerimiento de la conexión subjetiva que la que se requiere para considerar una unidad delictiva por unidad natural de acción¹⁷¹. Allí decíamos que el dolo del autor puede variar durante la sucesión de hechos, mientras que aquí se requiere que esté desde un inicio. Sin embargo, como también se ha aclarado, no se trata de un dolo global que precise abarcar desde un primer momento todos los actos a realizar, sino que basta con que sea la misma motivación que guíe la continuidad delictiva. Para decirlo con un ejemplo, el autor que pretende apoderarse de una cuantiosa suma de dinero, pero que, para evitar que el dueño se percate del faltante, planea hacerlo en distintas ocasiones retirando pequeñas cantidades que sean imperceptibles, tiene ese dolo global sin necesidad de que haya planificado cada una de las acciones que tiene que realizar. Además, se sostiene que también permite incluir dentro de la continuidad delictiva a aquellos casos realizados por imprudencia, lo que sería imposible de sostener si se requiriese el dolo global en un sentido tan estricto¹⁷². Sin embargo, con la regulación del Código penal español resulta difícil de sostener un posible delito continuado imprudente, ya que, tanto el plan preconcebido como el aprovechamiento de una misma ocasión, requieren de una subjetividad prácticamente incompatible con la imprudencia.

Ahora bien, como ya se ha indicado, también es posible afirmar la vinculación subjetiva en el supuesto del autor de reiteración que aprovecha la misma ocasión para realizar una segunda acción delictiva que no estaba prevista inicialmente. Con lo cual, este llamado dolo de continuación sí estaría emparentado con las situaciones de unidad natural de acción en las que la reiteración surge dentro del mismo contexto.

f) Conclusiones

En definitiva, con pequeñas variaciones que no inciden de forma determinante para justificar su existencia, la figura del delito continuado posee las mismas características que se esgrimen respecto de la unidad natural de ac-

¹⁷⁰ CORREIA, E., *A teoría do concurso em direito criminal*, pp. 245 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 134. Crítico con esta interpretación, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 159 ss.

¹⁷¹ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 312.

¹⁷² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 267 s.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 772.

ción¹⁷³. De hecho, como indica Sanz Morán, «el delito continuado, correctamente entendido, constituye sólo una forma extrema de lo que impropriamente se denomina “unidad natural de acción” y, como sucede con ésta, no es preciso que el legislador se refiera expresamente al mismo»¹⁷⁴. Si la única diferencia, que justificaría su presencia para evitar la aplicación de un concurso real, es que puede aglutinar acciones que se encuentran muy separadas en el tiempo como para ser concebidas como una unidad delictiva¹⁷⁵, esta situación puede ser solventada con una interpretación más generosa del requisito de conexión temporal en ese ámbito compensándolo, a su vez, con una exigencia más estricta de conexión subjetiva¹⁷⁶.

El fundamento asociado a una culpabilidad diferente, más grave respecto de la unidad delictiva¹⁷⁷, y disminuida respecto del concurso real, parece responder a la necesidad de explicar su existencia como institución independiente antes que a verdaderas razones de fondo¹⁷⁸. Ya se vieron los problemas de afirmar una culpabilidad disminuida en los supuestos de un plan preconcebido

¹⁷³ SANZ MORÁN, Á., «El concurso de delitos en la reforma penal», p. 201. Luego de que el BGH haya determinado su desaparición, Sowada ha comenzado un artículo suyo afirmando «[e]l delito continuado ha muerto – viva la unidad natural de acción» (Vid. SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», p. 465 –traducción propia–, donde analiza la sentencia en cuestión –BGHSt., 40, 138–). De otra opinión, PÉREZ DEL VALLE, C., «Administración desleal, unidad de acción y continuidad delictiva», p. 6, las considera «figuras contrapuestas: no hay continuidad en casos de unidad [natural] de acción».

¹⁷⁴ SANZ MORÁN, Á., «Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas», p. 275; EL MISMO, *El concurso de delitos*, pp. 135, 209; con anterioridad, también lo sostenía MIR PUIG, S., «Adiciones», pp. 1009 s.

¹⁷⁵ Circunstancia que tampoco parece determinante materialmente si tenemos en cuenta que en algún momento estuvo a punto de desaparecer, puesto que el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 pretendía exigir que la pluralidad de acciones u omisiones estén «cerca temporalmente» (Vid. GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», pp. 116 ss.).

¹⁷⁶ Si decíamos que, en la unidad natural de acción, donde la conexión temporal es más estrecha, no es necesario un dolo unitario desde el inicio, aquí se invierten las relaciones de conexión de ambos elementos para determinar la unidad, por lo que la mayor distancia temporal entre las acciones pueden terminar vinculándose a través de una conexión más intensa en el aspecto subjetivo.

¹⁷⁷ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 78 ss.

¹⁷⁸ El propio Maiwald reconoce que «solo se trata de mostrar que, aunque la unidad natural de acción y el delito continuado tienen características comunes, son necesarias otras consideraciones que justifiquen apreciar las unidades de acción del delito continuado como una ‘unidad de continuación’ mayor. Visto así, el contexto de continuación representa una extensión de la unidad natural de acción, pero –como muestra la disputa sobre la figura del delito continuado– no puede abandonarse la distinción» (Vid. MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 79 –traducción propia–). Lo mismo parece deducirse de la afirmación de Sanz Morán de que el delito continuado «supone siempre un trato de favor y la discusión se centrará entonces en intentar buscar una justificación a este privilegio, analizando los elementos que configuran la existencia del delito continuado» (Vid. SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 134). Aunque también se ha aducido que, en el ámbito de los delitos patrimoniales, supone una interpretación contra el reo (Vid. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)», pp. 262 s.).

por parte del autor, ya que todo indica que esa circunstancia la vuelve más grave y no más leve. Las razones aducidas en torno al llamado dolo de continuación, vinculadas a la debilidad caracterológica que supondría recaer en la tentación en virtud del aprovechamiento de una idéntica ocasión, puede servir como un elemento diferenciador, aunque no el único, respecto del concurso real, pero pierde virtualidad para distanciarse de lo que ocurre en supuestos de unidad natural de acción, como ya se indicó. Quien, durante el descuido de una persona que está en un bar, le hurta la cartera, y al percatarse de lo fácil que le resulta, debido a lo concentrada que estaba en la conversación con su amiga, decide hacer lo mismo con la de ésta, comete un único hurto de dos carteras y no un delito continuado, a pesar de que también aquí se ha aprovechado de una idéntica ocasión.

Por esta razón, tampoco se vería afectado el universo de casos agrupados bajo el nombre de «delito masa», en tanto pueda tenerse en cuenta el total del perjuicio causado y la cantidad de víctimas como criterios de valoración de la gravedad del injusto, cuando no lo haga ya directamente el tipo correspondiente en la parte especial, lo que ocurre a menudo. La imposibilidad de exasperar la pena en uno o dos grados, como se prevé actualmente, lejos de ser un problema aportaría mayor racionalidad, ya que esa posibilidad de imponer una pena tan alta fue criticada por la doctrina debido a su desproporción¹⁷⁹.

Por lo demás, en la medida en que su razón de ser estriba en la necesidad de evitar las consecuencias desproporcionadas que conllevaría la aplicación de las reglas de los artículos 73, 75 y 76 CP, se trata de un «meta» problema, cuyo análisis perdería todo su sentido, o al menos gran parte de este, si se abordase el verdadero problema que se encuentra detrás de toda esta discusión, consistente en el mantenimiento del principio de acumulación como respuesta al concurso real¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Por todos, ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», p. 700. COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)», p. 263, ha dicho que «la reacción penal ante el llamado delito ‘masa’ no debe encausarse a través de la distorsión de instituciones concebidas con otras finalidades, sino tipificando expresamente dicho supuesto. *Pervertido, como está, el delito continuado lo mejor es que desaparezca o recupere su finalidad pietista*» (cursiva en el original).

¹⁸⁰ Sobre ello, Vid. CANTARD, N., «El principio de acumulación a examen: ¿se debe mantener, se debe corregir o se debe erradicar?», pp. 139 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 209 s.; EL MISMO, «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», p. 7; EL MISMO, «Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas», p. 275. Resulta de sumo interés, en este sentido, la propuesta de reforma sobre la concurrencia delictiva que realizan Peñaranda Ramos y Pozuelo Pérez, como resultado de un proyecto de investigación que dirigieron, en el que se acercan las consecuencias del concurso real a las del concurso ideal (Vid. PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», pp. 409 ss.), lo cual «haría innecesario un tratamiento diferenciado del concurso medial y del delito continuado» (Vid.

Tampoco se echaría en falta nada importante con su desaparición del Código penal. Quizás alguien podría pensar que la consideración del perjuicio total causado para determinar la pena se perdería con su falta de regulación, dando lugar así a una infravaloración de los delitos contra la propiedad, fundamentalmente en aquellos que tienen una gravedad especial de acuerdo con el monto, como, por ejemplo, los ya mencionados artículos 234, 235.1.5.º, 250.1.5.º CP. Sin embargo, la consideración de una unidad delictiva no obsta a que sea tenido en cuenta el perjuicio total causado, porque, como se dijo en el caso del hurto de las carteras, que se trate de un solo delito no impide que se tenga en cuenta el total del perjuicio. Lo mismo ocurre en los casos de unidad natural de acción cuando, por ejemplo, una serie de lesiones causan una gravedad por acumulación que ninguna por sí sola sería suficiente para otorgarle esa gravedad. Así, en el caso de que alguien propine cuatro golpes de puño a la víctima causándole unas lesiones del artículo 147.1 CP, cuando ninguno de esos golpes, independientemente considerados, hubieran suscitado una asistencia facultativa con tratamiento médico o quirúrgico, será todo el perjuicio el que deba tenerse en cuenta para calificar «el» delito en cuestión. Además, se ganaría mucho al quitar una regulación que ha sido tan controvertida en la doctrina y jurisprudencia, generando una multiplicidad de cambios de criterios interpretativos a lo largo de los años¹⁸¹.

En relación con la afectación a bienes eminentemente personales, la falta de regulación no solo no generaría inconvenientes interpretativos, ya que los contornos en que éstos deben abordarse no varían respecto de cómo son tratados estos casos en la unidad natural de acción, sino que, además, se eliminaría la «excepción de la excepción» que se hace respecto de los delitos contra el honor y la libertad e indemnidades sexuales, cuya justificación siempre ha sido discutida¹⁸². En este sentido, hay algo en la regulación actual del delito continuado en estos supuestos que resulta contraintuitivo: no parece razonable que

PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», p. 390), eliminando, por tanto, ambas figuras en la propuesta de reforma.

¹⁸¹ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 347 ss.; SANZ MORÁN, Á., «El delito patrimonial continuado su sinuosa aplicación jurisprudencial», pp. 13 ss.

¹⁸² CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «Artículo 74», pp. 1066 ss.; GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 74», pp. 542 s.; VALVERDE-CANO, A. B., «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», pp. 308 ss. Hay que tener en cuenta que el Proyecto de Reforma del Código penal del año 2013 excluía la aplicación del delito continuado a los delitos sexuales (Vid. GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», pp. 116 ss.). Más rotundamente, el artículo 30.3 CP portugués –incorporado en 2007– no exceptuaba ningún grupo de delitos, sino que todos aquellos que afecten a bienes eminentemente personales quedaban fuera del ámbito de aplicación de la figura del delito continuado, siempre que se afecte a una pluralidad de víctimas. A partir del 2010 –ley 40/2010, de 3 de septiembre–, ni siquiera se exige la pluralidad de víctimas, por lo que cualquier lesión a bienes altamente personales queda impedida de ser considerada como un delito continuado, con independencia del número de víctimas.

se excluya la aplicación del artículo 74.3 CP en casos de afectación a bienes eminentemente personales (que no sean el honor ni la libertad e indemnidad sexual) contra un mismo sujeto pasivo, mientras que la unidad delictiva por unidad natural de acción no viene impedida por esa razón. Es decir, la especial gravedad que supone afectar bienes jurídicos personalísimos justifica la inaplicación del delito continuado, por su carácter benévolo en comparación con las reglas del concurso real; sin embargo, nada impide considerar esas afectaciones como un solo delito, pese a que el artículo 74.1 CP establece una consecuencia más gravosa que la propia de la unidad delictiva, al imponer la pena, como mínimo, en su mitad superior.

A ello se agrega que, según se viene sosteniendo, la alternativa ya no sería exclusivamente entre concurso real o unidad delictiva (incluyendo al delito continuado como una manifestación de ésta) cuando se den una pluralidad de acciones, sino que, con una interpretación más generosa del criterio de unidad natural de acción, podría caber una imputación en concurso ideal por unidad de hecho en virtud de la unificación «natural» de esas acciones. En este esquema, *grosso modo*, podría concluirse lo siguiente:

1) Si se trata de afectaciones a bienes no eminentemente personales, independientemente de que haya pluralidad de sujetos pasivos o no, y siempre que se den las condiciones bajo las cuales se agrupan las distintas acciones en una unidad natural de acción, serán consideradas como un solo delito o bien como concurso ideal, dependiendo de la identidad o semejanza de los preceptos penales infringidos;

2) Si se trata de lesiones a bienes eminentemente personales la unidad delictiva queda descartada si se afecta a distintos sujetos pasivos, y la aplicación de un concurso ideal o un concurso real se determinará según concurren o no los requisitos objetivos y subjetivos de la unidad natural de acción;

3) Cuando esas lesiones de bienes eminentemente personales tengan por víctima a un mismo sujeto pasivo habrá que determinar en el caso concreto si se debe considerar una unidad delictiva, un concurso ideal, o bien un concurso real. Este último caso se diferenciará de los dos primeros según se den los requisitos objetivos y subjetivos para determinar la unidad de hecho. La diferencia entre unidad delictiva y concurso ideal, en cambio, se determinará teniendo en cuenta el tipo de bien jurídico, junto al modo e intensidad de la afectación ¹⁸³.

¹⁸³ Esta distinción no puede hacerse sin tener en cuenta los casos concretos de que se traten, por lo que corresponderá al juez determinar en qué casos el acontecimiento puede desvalorarse como un único

1.3 El concurso de leyes

Resta por ver ahora una última manifestación de unidad delictiva¹⁸⁴ que, sin embargo, está íntimamente relacionada con la teoría del concurso de delitos, debido a que comparten un elemento común consistente en la concurrencia de normas aplicables a una situación delictiva, pero con la diferencia de que aquí no se aplicarán conjuntamente, sino que una de ellas será de aplicación preferente por sobre la o las restantes normas concurrentes. En este sentido, García Albero ha dicho con especial claridad que «[e]n la medida en que la ley preterida no contiene ningún punto de vista valorativo que no esté implícita o explícitamente presente en la prevalente, hay que conceder que la aplicación de esta última agota la relevancia jurídica del hecho en relación con su autor, despojándolo de su aptitud para soportar otra ulterior –y ya expresada– desvaloración. Y aquí se evidencia, además, la relación entre *non bis in idem* y principio de legalidad en sus garantías criminal-penal. Porque, en efecto, la aplicación de la ley preterida junto a la prevalente no sólo contraviene de esta forma la función de garantía del marco penal, sino la propia garantía criminal, en la medida en que se califica como delito un nudo hecho cuya relevancia jurídica ha sido definitivamente saldada con la aplicación de la ley prevalente»¹⁸⁵. La complejidad del tema hace imposible que pueda tratarse aquí en toda su extensión y detalle, lo que ha justificado su estudio monográfico por parte de otros autores, razón por la cual, y fundamentalmente porque no es parte primordial de esta investigación, aquí solo se hará un breve esbozo de él.

delito, y en qué casos esa desvaloración debe ser múltiple. Tengo para mí que, aun dentro de la categoría de bienes eminentemente personales, cabe distinguir entre situaciones que son diversas, debido a que la intensidad de la lesión que puede producirse en algunos de esos bienes jurídicos afecta de una forma más ultrajante a la dignidad de la persona que otros. Los insultos recibidos, sin importar cuántos hayan sido, difícilmente puedan equipararse a los ataques a la libertad sexual, y, dentro de estos, tampoco sería deseable equiparar agresiones sin violencia o intimidación (los anteriormente llamados «abusos sexuales») a las agresiones violentas o intimidatorias con penetración. Por ejemplo, si alguien toca los genitales y el trasero a la víctima no habrá dos delitos de agresión sexual simple, sino uno (art. 178 CP); en cambio, si alguien es obligado a practicar sexo oral y anal, difícilmente pueda considerarse ese hecho bajo una única desvaloración, esto es, como un solo delito de agresión sexual agravada –violación– (179 CP). Sobre esto, *vid. infra* 5.2.7.

¹⁸⁴ También consideran expresamente el concurso de leyes como una situación de unidad delictiva, entre otros, FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, §11, nn.mm. 2, 9, 18-44, pp. 435 ss.; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 555 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 682. De otra opinión, MALDONADO FUENTES, F., «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», p. 736, califica esa afirmación de «altamente discutible»; ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 397 y nota 134, se aparta del binomio unidad y pluralidad *delictiva* para trabajar con el binomio unidad y pluralidad de *realizaciones típicas*, siendo esta última la que genera una «situación concursal», lo que le permite incluir bajo ese mismo concepto al concurso de delitos, concurso de leyes, y al delito continuado.

¹⁸⁵ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 218.

a) *Naturaleza, alcance y fundamento*

En España se denomina a esta institución como concurso de leyes, pero también pueden hallarse otras denominaciones¹⁸⁶, como «unidad de ley»¹⁸⁷, «concurso impropio»¹⁸⁸, «concurso ideal aparente»¹⁸⁹, o «concurso aparente»¹⁹⁰. No se trata de una cuestión meramente terminológica, sino que detrás de ello se halla una discusión en torno a la naturaleza misma del instituto. En este sentido, puede decirse que hay dos posturas claramente definidas en relación con el modo en que es concebida esta forma de concurrencia¹⁹¹: por un lado, quienes entienden que el supuesto de hecho en principio puede ser captado por todas las normas concurrentes, pero que, una vez realizada una correcta interpretación de los tipos penales en juego¹⁹², solo uno de ellos es capaz de aprehender la conducta como subsumible bajo su supuesto de hecho, por lo que esa concurrencia inicial no era verdadera sino meramente aparente, a diferencia de lo que ocurre en el concurso de delitos en donde las normas penales que entran en juego concurren efectivamente y por ello son de aplicación cumulativa. De ahí su denominación como «concurso aparente de leyes» o como «unidad de ley». Por otro lado, están quienes consideran que en el concurso de leyes se da una situación de verdadera concurrencia, solo que, y a diferencia de lo que ocurre en el concurso de delitos, ellas no pueden ser de aplicación cumulativa, porque una sola –la preferente– ya es suficiente para captar todo el desvalor del hecho.

¹⁸⁶ Sobre la discusión terminológica, Vid. EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 142 ss.; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 133 ss.; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 105 ss.; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 35 s.; VOGLER, T., «Funktion und Grenzen der Gesetzeskonkurrenz», p. 715. Crítico con todas ellas, MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», pp. 1039 ss. En cambio, considerando válidas a todas ellas, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 997 s.

¹⁸⁷ FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, pp. 679 ss.; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 730.

¹⁸⁸ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 788, aunque encabezan el capítulo con el título unidad de ley, luego, al referirse a la naturaleza habla de concurso impropio. Igualmente, MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 551; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general* I, p. 553.

¹⁸⁹ MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 345.

¹⁹⁰ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 146; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1043; WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 137.

¹⁹¹ MALDONADO FUENTES, F., «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales», pp. 493 ss., las denomina «tesis de la interpretación» y «tesis de la aplicabilidad».

¹⁹² PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, p. 40; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 119 ss.; EL MISMO, *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría del concurso en Derecho Penal*, pp. 16 ss. Fundamental, con este argumento hermenéutico, WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, pp. 200 ss.

Quienes adoptan la primera tesis mencionada¹⁹³ parten de la base de considerar que lo que *a priori* se presenta como un supuesto de concurrencia de leyes no se da en la realidad, sino que una sola de ellas es la que efectivamente puede abarcar el supuesto de hecho¹⁹⁴, mientras que la otra norma, que era aparentemente concurrente, no tiene –ni tuvo nunca– ninguna posibilidad de ser aplicada¹⁹⁵. Con ello, se indica que esta concepción asume una relación lógico-formal de mutua exclusión de las leyes aparentemente concurrentes¹⁹⁶, por lo que también se cuestiona la denominación de concurso de leyes, en la medida en que «la ley desplazada no aparece en absoluto en la declaración de culpabilidad»¹⁹⁷. En cambio, la segunda tesis¹⁹⁸ sostiene que la relación lógico-formal que vincula a las leyes concurrentes es de inclusión o subordinación, de tal manera que las condiciones de aplicación de la norma preferente no están en tensión con las de la norma preterida, sino que la primera tiene elementos que satisfacen todos los que requiere tener la segunda, y algunos más que la colocan en mejor posición para abarcar todo el desvalor del hecho

¹⁹³ Un buen resumen de algunos de sus exponentes puede verse en PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 39 ss.; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, p. 36, compartiendo los argumentos centrales, prefiere la denominación «colisión de normas penales»; también, entre otros, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 119 ss.

¹⁹⁴ Vale la pena destacar, siguiendo a PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, p. 52, que, según esta concepción, la norma a la que se refieren como aparentemente concurrente es la norma de conducta –de ahí su consideración lógico-formal como de exclusión–, y no solo su condición de aplicación en tanto norma de sanción, puesto que si lo «aparente» fuese solo la aplicación de la norma preterida la controversia entre ambas posturas se perdería, ya que también la posición que entiende que hay una concurrencia «verdadera» entre los preceptos concurrentes, podría afirmar que es aparente la posibilidad de aplicar ambos.

¹⁹⁵ Determinante, en este sentido, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 156 ss., 166 s. Sin embargo, matiza las consecuencias de su posición en relación con la ausencia de infracción material de la ley preterida, al considerar que es viable su aplicación cuando devenga inaplicable la ley prevalente (*Vid. ÍDEM*, pp. 169 ss.); SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 730; WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, pp. 200 ss. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 173 y nota 9, indican que no cabe aceptar la posibilidad de conceder algún tipo de efecto al precepto preterido, pese a afirmar que siguen a Peñaranda Ramos en lo que a la naturaleza del instituto concierne, y esto también sería discutible, pues afirman que «[l]a mencionada apariencia se entiende referida a la aplicación de los preceptos concurrentes y no a la posibilidad lógica de subsumir la conducta en sus respectivos supuestos de hechos, pues, en abstracto, ambas podrían resultar aplicables» (*vid.*, sin embargo, lo indicado en la nota anterior).

¹⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», pp. 849 s., *passim*; MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 345; PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, p. 40.

¹⁹⁷ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 788 s., indica que, por ello, es preferible sustituir esa denominación por la de «unidad de ley».

¹⁹⁸ Entre otros, y con matices entre ellos, ESCUCHURI AISA, E., «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 73; MALDONADO FUENTES, F., «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales», pp. 516 ss.; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 303 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 45 ss.; PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, p. 83 s.

en cuestión. En este sentido, se afirma que se produce un verdadero concurso de leyes, al igual que sucede en el concurso de delitos, pero con la diferencia de que una sola de ellas ya es susceptible de captar todo el desvalor del hecho, por lo que, en esa medida, será la que se aplique de forma prevalente. Esta efectiva concurrencia de todas las normas permite que la norma desplazada pueda, eventualmente, «volver a la vida» en caso de que no pueda aplicarse la norma preferente, o bien tener efectos residuales si ésta no logra captar por completo¹⁹⁹, o de manera suficiente, el desvalor del hecho²⁰⁰. Esto último no implica reconocer al concurso de leyes la posibilidad de aplicar conjuntamente, aunque sea de forma parcial, todas las normas concurrentes, sino que se trata de reconocer que aquel solo tiene cabida si, y solo si, una de ellas es capaz de captar «todo», o de manera suficiente, el desvalor del hecho. Si ello no ocurre, ya no estaremos en el ámbito del concurso de leyes, sino en el del concurso de delitos.

En consecuencia, se indica que el concurso de leyes es un supuesto más de unidad delictiva en la medida que refleja una situación en que una de las normas concurrentes es capaz de captar todo el desvalor del hecho²⁰¹, por lo que cualquier adición que se haga en virtud de la norma preterida incurriría en una violación a la prohibición de doble valoración, en tanto manifestación del *non bis in idem*²⁰². Ni siquiera puede considerarse que exista una intensificación cuantitativa, como ocurre en los casos de unidad natural de acción o deli-

¹⁹⁹ Sobre estos efectos, KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 708; NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, pp. 51 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 54 ss.

²⁰⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 473, nm. 3265.

²⁰¹ Con más referencias, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 112 y nota 19; MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., «Artículo 8», p. 63, hablan del «contenido de injusto del hecho»; PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, p. 184, expresa esta idea muy claramente: «[e]n el concurso de leyes la conducta del autor cumple los presupuestos de varias formulaciones legales (varios tipos de delito) que expresan, sin embargo –eventualmente con un diferente grado de abstracción y una regulación también diferente de sus consecuencias jurídicas–, un solo contenido delictivo: nos encontramos, pues, ante un *único delito pluralmente formulado*. En el concurso ideal o real de delitos cada una de las formulaciones legales a las que se ajusta el comportamiento del autor sólo cubre, en cambio, una parte del contenido delictivo del hecho o hechos realizados: se ha cometido, en esa medida, una *pluralidad de delitos*» (cursivas en el original); QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 100; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 114, refiere que la norma preferente capta por completo el contenido de «ilicitud y culpabilidad del hecho»; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 64.

²⁰² Tiene razón ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 116, cuando indica que «el principio *non bis in idem* no se agota en la exigencia de evitar una doble valoración...», pues aquél es mucho más amplio de lo que éste abarca, y continúa diciendo «...sino que exige que, en el proceso de aplicación de la ley, se capte el total desvalor del hecho». Sin embargo, no comparto esta última afirmación, pues, como se verá a continuación en el texto, implica otorgarle al mencionado principio una extensión que no le es propia, cual es la de considerarlo, no ya como un *límite al ius puniendi* estatal, sino como un principio *fundamentador* del castigo.

to continuado, pues idéntica vulneración de aquel principio se daría si se tuviese en cuenta para agravar el injusto en el momento de determinar la pena²⁰³. Sí puede sostenerse aquí, en cambio, todo lo que se ha mencionado sobre la unidad típica de acción en sentido estricto, ya que se trata de una de las manifestaciones en que puede presentarse el concurso de leyes. Por esa razón, el hecho de que todos estos institutos tengan en común la consideración de una unidad delictiva no debe hacernos perder de vista que no todos ellos comparten el mismo fundamento. La unidad típica de acción en sentido estricto y el concurso de leyes, en general, son supuestos de unidad delictiva por imperio de la prohibición de doble valoración; la unidad natural de acción y el delito continuado, en cambio, son considerados supuestos de unidad delictiva para evitar una pena desproporcionada²⁰⁴. En definitiva, el concurso de leyes no es un instituto vinculado a la determinación de la pena²⁰⁵, sino al injusto típico, y,

²⁰³ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 230 ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 550 s.; MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 347; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 91, 127, reconociendo que en Alemania se utiliza mayoritariamente una especie de combinación de ambas leyes, similar al previsto por el §52 StGB relativo al concurso ideal. También consideran, de modo crítico, que es doctrina dominante el reconocer efectos agravatorios en la norma «desplazada», junto al denominado efecto oclusivo de la ley más benigna, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 198, 202; PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 56 s. Este impedimento se encuentra reconocido expresamente en el artículo 67 CP, cuando prohíbe la aplicación de agravantes o atenuantes del artículo 66 CP cuando la circunstancia que fundamentaría su imposición ya fue tenida en cuenta por el legislador al describir o sancionar la infracción (*Vid.* PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho penal (II)», p. 86). De otra opinión, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 795; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 1017 ss.; VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», pp. 37 s.

²⁰⁴ Coincidentemente con lo primero, pero incluyendo también a la unidad natural de acción y al delito continuado como vinculadas a la prohibición del *bis in idem*, aun reconociendo que en éstos se produce una intensificación cuantitativa del contenido del injusto del hecho, SANZ MORÁN, Á., *Unidad y Pluralidad de delitos: la teoría del concurso en Derecho Penal*, pp. 11 ss.; EL MISMO, «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», pp. 4 ss.; también tiene una visión distinta MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», p. 500, quien, para dar cuenta de la unidad delictiva que representan el concurso aparente y el delito continuado, por oposición a las situaciones derivadas de concursos (punto de partida que aquí se comparte), refiere a la función cuantificadora de ambas categorías en los siguientes términos: «mientras la función de la categoría del concurso aparente consiste en posibilitar el desconocimiento de un concurso heterogéneo de hechos punibles como factor penológico, la función de la categoría del delito continuado consiste en posibilitar el desconocimiento de un concurso homogéneo de hechos punibles como factor penológico. En tal medida, es la posibilidad de configuración de un concurso heterogéneo u homogéneo entre dos o más hechos punibles lo que provee el *contexto de pertinencia* para la postulación de un concurso aparente o un delito continuado, respectivamente» (cursivas en el original).

²⁰⁵ De otra opinión, MALDONADO FUENTES, F., «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales», pp. 500 ss.; EL MISMO, «Reiteración y reincidencia: Conceptos y Fundamentos», pp. 121 s., nota 69; MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», pp. 1040 s., refiere que «[d]esde el punto de vista de la concurrencia de realizaciones típicas, el *concurso aparente* es tan concurso como el concurso auténtico. La diferencia es, en cambio, puramente pragmática. En los casos en que se fundamenta un concurso aparente, lo que se excluye son algunas de las

por lo tanto, no está asociado al principio de proporcionalidad de la pena, como ocurre con el concurso de delitos²⁰⁶, sino al del *non bis in idem*²⁰⁷. Hay autores, sin embargo, que vinculan ambos principios de manera tal que quepa asignarle al *non bis in idem*, no solo una función limitadora al prohibir la doble valoración de una misma circunstancia, sino también la de fundamentar la aplicación, siquiera parcial, de la norma «desplazada» para cumplir con la íntegra valoración del hecho²⁰⁸. Sin embargo, creo que es impreciso asociar el principio de *non bis in idem* con el de proporcionalidad, porque, si bien es cierto que en última instancia todo principio limitador del derecho penal subjetivo puede vincularse al principio de proporcionalidad (*i.e.* toda pena que supere el límite impuesto por cualquier principio resultaría, en esa medida, desproporcionada), creo que se estarían mezclando dos ámbitos que, en sentido estricto, pertenecen a espacios de análisis diversos: el ilícito penal, en tanto manifestación de la gravedad del hecho lesivo, por un lado, y, la teoría de la

consecuencias de la afirmación de un concurso. En rigor, no es el tipo de delito que es inaplicable; más bien, la norma de sanción que establece ese supuesto de hecho es preterida como condición para la aplicación de la consecuencia punitiva. Esto no se debe a que no concurren dos o más realizaciones típicas, sino que su incidencia en la determinación de la pena contravendría la prohibición de doble valoración».

²⁰⁶ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem* material y concurso de leyes penales», p. 288, indicando, con razón, que «si el pensamiento del *non bis in idem* material estuviera en la base del tratamiento legal del concurso ideal, resultaría contradictoria la posibilidad de imponer dos penas en estos supuestos», y en p. 290, que «el principio *non bis in idem* aparece también implicado en la distinción entre el concurso de leyes y el concurso ideal, y no sólo frente a la pluralidad de sanciones propias del concurso real» (cursivas en el original), y, en p. 294, remata afirmando que «[n]o queda más remedio que recurrir al criterio genérico de la proporcionalidad para fundamentar el distinto tratamiento que efectúa nuestro Código del concurso ideal frente al real». De otra opinión, GÓMEZ PERDIGUERO, I., «Concurso de delitos y el artículo 210 ter del código penal», p. 20, considera que el *non bis in idem* permite la aplicación de un concurso ideal –en contra de uno real–.

²⁰⁷ CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», pp. 847 ss.; con más referencias, indica que es postura dominante, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 113; MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, p. 81; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 302 s.; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho penal (II)», p. 85.

²⁰⁸ Expresamente, ESCUCHURI AISA, E., «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 75; LA MISMA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 116 s., 246 ss., quien entiende que «[d]entro de dicho principio cabría distinguir dos aspectos: uno negativo que identifica el principio de proporcionalidad con la *prohibición de exceso*, y uno positivo que se conectaría con la idea de *medida justa*. Del aspecto negativo del principio de proporcionalidad se derivaría la prohibición de establecer consecuencias que superen la medida de lo injusto y de la culpabilidad y, de su aspecto positivo, la necesidad de que dichas consecuencias sean adecuadas al contenido de injusto y culpabilidad. Pues bien, esta doble vertiente es la que se corresponde con los principios manejados en el ámbito concursal: el principio *non bis in idem* y el principio de íntegra valoración del hecho». Es difícil de entender de qué manera se concilia este argumento junto con aquél otro en que basa la crítica al denominado efecto oclusivo de la ley desplazada cuando tiene un mínimo más alto que la ley prevalente (*vid.*, al respecto, la referencia en nota 205). En cambio, GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem* material y concurso de leyes penales», p. 379, considera que «en los casos límites, debe ceder el principio de íntegra valoración cuando se cumplimentan los requisitos de operatividad del *non bis in idem*» (cursiva en el original).

sanción y determinación de la pena, por el otro²⁰⁹. En otras palabras, si se permite la aplicación de la norma preterida, aunque sea con alguno de sus efectos residuales, no será por mor del principio de *non bis in idem*, sino porque no se ha dado el presupuesto básico de aplicación de esta institución, el cual indica que la norma preferente capte «todo» el desvalor de hecho, y, por lo tanto, estaremos en presencia de un verdadero concurso de delitos²¹⁰. La prohibición de incurrir en un *bis in idem*, como cualquier otro principio del Derecho penal, en tanto garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, solo debería ser entendido como «límite» del castigo, como expresión de la prohibición de exceso, y no como «fundamento» de la pena, si se me permite la paráfrasis, como una especie de «permisión por defecto»²¹¹.

b) *La regulación en el Código penal español*

El legislador español, a diferencia de muchas otras legislaciones, se ha decidido por incorporar expresamente al concurso de leyes indicando, además, cuáles serán los criterios que deberá tener en cuenta el juez en el momento de decidir la ley preferente. Independientemente de las buenas o malas razones que se aducen sobre la necesidad de una disposición específica, sobre lo cual aquí no voy a detenerme²¹², la regulación de este instituto se encuentra en el

²⁰⁹ De otra opinión, PÉREZ MANZANO, M., «*The spanish connection: Los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem*», pp. 383, 416. Con anterioridad, aunque también reconocía la vinculación con el principio de proporcionalidad, parecía derivarlo en mayor medida del de legalidad (Vid. LA MISMA, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, pp. 57 ss., 71 ss.), como también lo hace el Tribunal Constitucional (Vid. STC 2/1981, de 30 de enero) lo que me parece más correcto. También refiere que su fundamento se asocia al principio de proporcionalidad, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 393 s.

²¹⁰ Similar, MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 323 ss.

²¹¹ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 248, refiere que «respecto al principio de íntegra valoración jurídica, aunque las manifestaciones de la doctrina hayan sido escasas en cuanto su fundamentación, también puede afirmarse que encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad al observar que «se abre una vía para el recurso de casación por infracción de ley» que no se daría, o al menos las vías de impugnación serían «mucho más estrechas» si dicha regla no existiese (cur-sivas en el original). Sin embargo, en un hipotético escenario en que el artículo 8 CP no existiese, la mala aplicación de las reglas del concurso de leyes, sea para admitirlo o para excluirlo, fundamentaría la vía del

²¹² Sobre esa discusión en Alemania, previa a la reforma de 1975, Vid. MATUS ACUÑA, J. P., «El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana», pp. 423 ss. A todo evento me remito a lo que han dicho, en contra de ella, SANZ MORÁN, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», pp. 507 ss.; EL MISMO, «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», p. 8, ha calificado al precepto del artículo 8 CP de «superfluo y perturbador»; y a favor de ella, CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», pp. 861; QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 98, quien ve en la regulación un argumento procesal de importancia al observar que «se abre una vía para el recurso de casación por infracción de ley» que no se daría, o al menos las vías de impugnación serían «mucho más estrechas» si dicha regla no existiese (cur-sivas en el original). Sin embargo, en un hipotético escenario en que el artículo 8 CP no existiese, la mala aplicación de las reglas del concurso de leyes, sea para admitirlo o para excluirlo, fundamentaría la vía del

artículo 8 CP, dentro del título preliminar referido a las garantías penales y la aplicación de la ley penal. Con ello, algunos autores indican que el legislador pareciera inclinarse por la tesis que propicia entender su naturaleza como un problema de interpretación, a diferencia de los «verdaderos concursos» que se encuentran en el capítulo segundo del título tercero, referidos a las reglas de aplicación de las penas²¹³.

En el mencionado artículo se exponen los cuatro criterios que deben ser tenidos en cuenta para resolver las situaciones de concurrencia de leyes: «especialidad, subsidiariedad, consunción» y «alternatividad». Si bien esa decisión no implicó una sorpresa, puesto que eran los criterios que ya venían siendo adoptados por la doctrina y jurisprudencia, sí produjo una diferencia respecto de la regulación anterior que se encontraba en el artículo 68 del CP de 1944, en tanto aquel no mencionaba aquellos criterios, sino que indicaba que «[l]os 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». Ello era entendido como expresión de un criterio de alternatividad, lo que producía consecuencias insatisfactorias, como, por ejemplo, que no pueda aplicarse nunca un tipo privilegiado respecto de uno básico, en tanto este era el que tenía la pena mayor²¹⁴. Sin embargo, para evitar esas consecuencias indeseables, se decía que el artículo 68 CP no comprendía todos los supuestos posibles de concurso de leyes, sino solo una parte o sector de ellos²¹⁵.

Por otra parte, la redacción del artículo 8 CP parece indicar que el concurso de leyes es subsidiario del concurso de delitos, en tanto indica que «[l]os hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, “y no comprendidos en los artículos 73 a 77”, se castigarán observando las siguientes reglas...». Sin embargo, ello invierte la metodología en que deben analizarse las situaciones concursales en sentido amplio: primero se debe determinar si estamos en presencia de un supuesto de unidad delictiva o no, momento en el que entraría el análisis del concurso de leyes, y luego, si se afirma lo segundo, se determina con arreglo a qué modalidad de concurso se resuelve la pluralidad de delitos²¹⁶.

recurso de casación por infracción de ley, por la no aplicación de los artículos 73, 75, 76 o 77 CP, en el primer caso, o por la aplicación indebida de los mencionados artículos, en el segundo.

²¹³ QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 99.

²¹⁴ CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», p. 327.

²¹⁵ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 214 ss.; PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 111 ss.

²¹⁶ MATUS ACUÑA, J. P., «El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana», pp. 440 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 403 s.; QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 100; SANZ MORÁN, Á., «Hacia una nueva

c) *Especialidad*

El criterio de especialidad es probablemente el que menos inconvenientes interpretativos ha generado, siendo además el que tiene mayor consenso en cuanto a su virtualidad explicativa en la materia²¹⁷, aunque no se trata de un principio propio del Derecho penal, sino de la Teoría general del derecho²¹⁸, y viene recogido en la primera regla del artículo 8 CP: «El precepto especial se aplicará con preferencia al general». Una ley será especial respecto de otra, que se denomina general, cuando reproduce todos los elementos de ésta, a los que añade todavía ulteriores características individualizadoras²¹⁹. Esto es lo que sucede, normalmente, con las relaciones entre tipos cualificados o privilegiados respecto del tipo básico. Así, por ejemplo, el robo respecto del hurto, el asesinato o el homicidio a petición respecto del homicidio, entre muchos otros. En cuanto a la relación lógico-conceptual que se da entre las normas en estos casos, se dice que existe una inclusión o subordinación entre ellas, de forma tal que «cada objeto que cae bajo el concepto A también cae bajo el concepto B, sin que valga lo inverso»²²⁰. Gráficamente puede presentarse esta relación como de dos círculos concéntricos, uno con radio menor que el otro²²¹, es decir un círculo dentro de otro de mayor tamaño.

d) *Subsidiariedad*

La segunda regla que establece el Código penal es la de subsidiariedad, y dice: «El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible». A diferencia de lo que se mencionó respecto de la especialidad, aquí el consenso en la doctrina empieza a desaparecer. Como su nombre lo indica, esta regla implica que la ley subsidiaria se aplique solo cuando resulte inapli-

regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas», pp. 273 s. Sobre esto, *Vid. supra* 1, y nota 6.

²¹⁷ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 168. PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 160 s., en efecto, lo considera el único supuesto real de concurso de leyes.

²¹⁸ PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, p. 97.

²¹⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 8», pp. 46 s.

²²⁰ KLUG, U., *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, p. 60. En contra, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», p. 849, considera que «[s]e trata, por el contrario, de una relación de exclusión y residual».

²²¹ NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, p. 39.

cable la ley principal. Sin embargo, surge evidente de la mera lectura que de dicho concepto no puede inferirse ninguna particularidad en esta regla que no se pueda afirmar respecto de las restantes. En definitiva, en todo caso de concurso de leyes una ley se aplicará en defecto de otra²²².

Pero también es cierto que muchas veces es el propio legislador el que establece la relación subsidiaria, y es aquí donde puede encontrar un sentido propio la regla, en la llamada subsidiariedad expresa. En estos casos, el legislador establece en las normas subsidiarias respectivas que su inaplicabilidad está condicionada a la concurrencia de otro delito, ya sea por estar más gravemente penado o por tratarse de un grupo de delitos concretos²²³. Un ejemplo de estos puede observarse en el delito de daños mediante incendio (art. 266 CP, en virtud del art. 263 CP), que es subsidiario del incendio que no genere peligro para la vida o la integridad física de las personas (art. 351 CP)²²⁴, o el artículo 556 CP que solo castigará a quienes «sin estar comprendidos en el artículo 550» resistieren o desobedecieren a la autoridad.

Distinto es el caso de la subsidiariedad tácita, la cual ya no viene expresamente determinada, sino que hay que deducirla del sentido y fin del precepto subsidiario en conexión con el principal. Es por ello por lo que un sector de la doctrina considera que aquí no pueden ser de utilidad explicaciones en torno a las relaciones lógico-conceptuales como sí se admiten en la especialidad, sino que hay que atender a un enfoque valorativo²²⁵. Sin embargo, también en este punto hay quienes consideran que puede darse una conexión lógica, no ya de inclusión o subordinación, sino de interferencia o intersección, en la cual «por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A cae también bajo el concepto B y por lo menos un objeto que cae bajo el concepto A no cae al mismo tiempo bajo el concepto B. Además, viceversa, tiene que valer lo mismo con respecto a los objetos que caen bajo el concepto B en relación con el concepto A»²²⁶, cuya representación gráfica serían dos círculos secantes²²⁷. En otras palabras, se trata de comportamientos que únicamente realizan el tipo de uno

²²² CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 8», p. 63; también, siguiendo a Beling, MAÑALICH, J. P., «El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles», pp. 524 s.; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 327 ss.; en cambio, lo considera un recurso fundamental, PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 73 ss.

²²³ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 335.

²²⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Artículo 8», p. 341.

²²⁵ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 339 s.; JESCHECK, H. H., «Die Konkurrenz», pp. 534 s.

²²⁶ KLUG, U., *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, p. 61.

²²⁷ ESCUCHURI AISA, E., «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 85; NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, p. 40.

de los preceptos en cuestión, comportamientos que solo resultan subsumibles en el del otro y comportamientos que pueden ser subsumidos en ambos ²²⁸.

Puig Peña indica que, a diferencia de lo que ocurre con el principio de especialidad, en que la relación entre las normas es de una variación cualitativa, un precepto tiene algo más que el otro no tiene, en la regla de subsidiariedad «el tipo complementario tiene necesariamente que ser de menor intensidad en orden a la pena como representando un tipo de menor importancia jurídica en relación con la figura primaria» ²²⁹. Ahora bien, afirmado eso, resulta muy difícil, si no imposible, distinguirla de la regla de consunción que se examinará a continuación, puesto que también en él se produce la absorción por parte de la norma que capta con mayor amplitud el desvalor del hecho ²³⁰. Por ello, Puig Peña agrega a la mencionada relación de mayor a menor intensidad de los tipos penales concurrentes la necesidad de que los tipos en conexión sean de naturaleza distinta, situación que permitiría diferenciar la subsidiariedad de la consunción, en la cual, al menos «en la mayoría de los supuestos, los dos tipos que entran en concurrencia son de la misma especie» ²³¹.

e) *Consunción*

Sin embargo, la consunción no tiene como nota característica la identidad de especie de los bienes jurídicos que protejan las normas concurrentes ²³², sino que el desvalor captado por uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro ²³³. Dice la regla 3.^a del artículo 8 CP: «El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel». La redacción de esta regla ha sido criticada por la doctrina, con buenas razones, debido a que puede resultar contradictoria, en algunos casos, o redundante, en otros, con la regla de la especialidad ²³⁴.

²²⁸ PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, p. 47. Diferente parece ser la definición de subsidiariedad, también con base en presupuestos lógicos, que dan COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 176, al referir que «existe subsidiariedad cuando una clase de hechos X se halla prevista en dos grupos de preceptos P (principales) s (subsidiarios), de tal suerte que todos los X que no sean P (y sólo los que no lo sean) habrán de ser S».

²²⁹ PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 80 s.

²³⁰ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 340.

²³¹ PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, p. 81.

²³² ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 181; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 390; PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, pp. 147 ss.

²³³ Por todos, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 179.

²³⁴ Entre otros, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 178; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 314 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 686.

Así, por ejemplo, si el contraste de un precepto «más amplio» es con uno «menos amplio», y en relaciones de género a especie el tipo más amplio es el general y el menos amplio el especial, la regla 3.^a contradiría lo que indica la 1.^a respecto de la especialidad; y, si por precepto «más complejo» se entiende aquel que contiene más elementos que el «menos complejo», estaría reiterando las relaciones de inclusión o subordinación que ya se dan en la especialidad. Por esa razón es que hay que interpretar la noción de precepto más amplio o complejo como aquel que capta todo el desvalor del hecho, incluido el que era propio del precepto desplazado.

En ese sentido, tiene razón Peñaranda Ramos cuando indica que «la noción de la consunción [...] 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 la consunción, la 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!*»²³⁵.

De esta forma, el principio de consunción expresa con toda claridad el sentido y fundamento que se encuentra presente en todo concurso de leyes: una sola de las normas concurrentes basta para desvalorar el hecho de forma completa o suficiente²³⁶. Este último aspecto permitiría incluir situaciones que, si bien no son del todo captadas por la norma preferente, ésta es lo suficientemente intensa en su desvaloración de manera tal que la ausencia del

²³⁵ PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», p. 405 (cursivas en el original). En el mismo sentido, antes, PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, pp. 15 ss.

²³⁶ Expresamente hace referencia a la idea de *suficiencia* MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 473, nm. 3265. En cambio, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 180, parecen aceptar únicamente el concurso de leyes en los supuestos en que una de leyes «contemple, *totalmente* el desvalor y el reproche que el ordenamiento jurídico atribuya a la conducta de que se trate» (cursivas en el original).

desvalor de aquella no supone una infra punición en absoluto²³⁷. Por lo demás, se indica que aquí no se trata de una relación abstracta entre las normas concurrentes, como sucede en la especialidad y en la subsidiariedad, sino de los hechos concretamente verificados²³⁸. Ello es estrictamente así, no se puede hacer una valoración en abstracto sobre las normas, porque son «los hechos» y su respectiva gravedad los que van a determinar cuál de las normas concurrentes capta completa, o suficientemente, su desvalor, o bien no lo hace ninguna de ellas y, por lo tanto, habrá que apreciar un concurso de delitos. Sin embargo, creo que esto mismo vale también para los casos de especialidad²³⁹ o de subsidiariedad tácita, puesto que es constante la jurisprudencia que varía la aplicación de concurso de leyes, por cualquiera de sus reglas, o del concurso de delitos, «dependiendo de la intensidad en el caso concreto» de las lesiones a los bienes jurídicos en juego²⁴⁰. En definitiva, sin menospreciar la importancia

²³⁷ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 389, se refiere al principio de insignificancia en el supuesto de los daños en el traje de la víctima de un homicidio. Claramente, a este respecto, 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», pp. 483 ss., quien directamente vincula la regla de consunción con el principio de insignificancia y no con el *non bis in idem*, que queda reservado para las otras tres reglas; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 478, nm. 3288.

²³⁸ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 383; 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», pp. 485 s., siguiendo a Beling, habla de una «absorción empírica» que se daría en la consunción, mientras que en la especialidad y la subsidiariedad esa relación sería «lógico-formal», y además, como consecuencia de ello, en aquella la preferencia de una norma por sobre la otra no puede hacerse de forma apriorística, sino que dependerá del caso concreto cuál será el precepto preferente en orden a su «intensidad relativa»; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 836. De forma ambigua, Escuchuri Aisa, por un lado, observa aquí una estructura lógico-conceptual de interferencia (Vid. ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 180), aunque también refiere que las diferencias con la especialidad subsidiariedad «no pueden resolverse a partir solo de la comparación abstracta de los tipos concurrentes, sino que exige tener en cuenta el modo concreto en que se ha producido el hecho» (Vid. LA MISMA, «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 91). En cambio, KLUG, U., *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, pp. 65 s., lo identifica como un supuesto de interferencia en el que no es el legislador el que ordena la aplicación de los tipos, por lo que la consunción se trataría de un caso más de subsidiariedad tácita; similar, SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 731.

²³⁹ Así, también, PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.ª ed., p. 1950, nm. 12; LA MISMA, «Was ist Gesetzeskonkurrenz?», p. 963.

²⁴⁰ Vid. SSTS 64/2024, de 24 de enero, 357/2022, de 7 de abril, y las diferentes sentencias que allí se citan sobre las relaciones entre el robo violento y las detenciones ilegales, según la duración del encierro; o sobre la independencia que adquieren o no las lesiones, en el contexto de un robo violento, según la intensidad de aquellas (vid., entre otras, SAP Barcelona 304/2023, de 10 de mayo). Así también, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», p. 22, indica que el TS, en la STS 14/2024, de 11 de enero, «aborda el concurso de leyes como si se tratara únicamente de una cuestión lógica de solapamiento de tipos penales en abstracto, de forma que si uno no presupone en abstracto al otro no hay problema de solapamiento entre los mismos, cuando en realidad es el suceso en concreto el que los pone en contacto siendo este el que hay que valorar para responder a la objeción del *bis in idem*. En otras palabras, la ausencia de *bis in idem* en abstracto no supone necesariamente la ausencia de *bis in idem* en concreto» (cursivas en el original).

que puedan tener las relaciones lógico-formales entre las normas concurrentes, tampoco se debería sobrestimarlas, ya que los conceptos que integran los tipos penales no pueden aprehenderse sin tener en cuenta las características de los hechos bajo los cuales se analizan, y ello dependerá, en gran medida, de las valoraciones sociales del momento en el que ocurren²⁴¹.

Son fundamentalmente dos los grupos de casos que se vinculan a la regla de la consunción. Por un lado, los denominados «hechos acompañantes típicos», y, por el otro, los «actos anteriores o posteriores copenados»²⁴². Se hace referencia a los primeros cuando las acciones vinculadas a un determinado tipo delictivo van asociadas, de forma regular, habitual, normal o general, aunque no necesariamente²⁴³, a la realización de otro tipo delictivo. Ejemplos de este tipo los podemos encontrar en los delitos que sufren una progresión que va incrementando la lesión del bien jurídico, como pueden ser las lesiones que terminan en homicidio²⁴⁴, y en general los actos preparatorios y de ejecución previos a la consumación²⁴⁵, el allanamiento de morada con respecto al robo cometido en casa habitada²⁴⁶, las lesiones leves ocasionadas en un robo violento o las lesiones psíquicas derivadas de una violación²⁴⁷.

En los actos anteriores o posteriores copenados, en cambio, ya no se trata de una vinculación que se dé generalmente, sino de conductas que ya se con-

²⁴¹ MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 346, dice que no se trata de una cuestión lógica sino valorativa; PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, pp. 43 ss. En el mismo sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 76 s., ha dicho con especial claridad que «parece preferible adoptar una concepción que no imponga, pero que tampoco excluya *a priori* una determinada solución a este respecto: una concepción, en suma, que permita afrontar esta materia con criterios teleológicos y no exclusivamente lógico-formales»; así también, EL MISMO, «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», p. 404, cuando –por contraste con los demás criterios– se refiere a la especialidad de la siguiente manera: «[e]l 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)» (cursivas en el original).

²⁴² KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, pp. 711 s.; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, pp. 318 ss.

²⁴³ ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 181.

²⁴⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 104. De otra opinión, NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, p. 59.

²⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 104. En cambio, 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», p. 487, los incluye como ejemplo de actos anteriores copenados. *Vid.*, no obstante, lo mencionado en notas 61 ss. respecto de quienes consideran aquí una regla de subsidiariedad, especialidad o alternatividad.

²⁴⁶ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 386.

²⁴⁷ Con referencias bibliográficas al respecto, ESCUCHURI AISA, E., «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 92.

sideran desvaloradas en el tipo prevalente. Es aquí donde encuentra mayor sentido la idea de insignificancia como principio explicativo en la consunción²⁴⁸. Sin embargo, antes que ese principio, que viene asociado al de lesividad y de intervención mínima del Derecho penal, creo que la noción detrás de esta modalidad de la consunción está mejor fundamentada si se entiende que el acto descrito en la ley consumida se encuentra «también» desvalorado, en este sentido «copenado», por la ley consumente²⁴⁹. En otras palabras, si se tratase de una lesión insignificante del bien jurídico, ésta no debería castigarse en absoluto, por imperio del principio de lesividad y de intervención mínima, lo que resulta contrario a sostener que se encuentra copenada.

En este sentido, se hace referencia al daño que se produce en la cosa previamente hurtada²⁵⁰, en la falsificación de moneda posteriormente puesta en circulación, o en la falsedad documental de documento privado respecto de su uso posterior²⁵¹. Lógicamente esta categoría es más discutida que la de los hechos acompañantes típicos, ya que la inclusión del contenido del injusto del tipo preterido en el del tipo prevalente no es tan diáfana como en aquella, y, por lo tanto, está sometida a criterios valorativos más inseguros. De hecho, hasta su propia naturaleza está cuestionada en la doctrina, donde se pueden hallar posiciones que lo consideran como un supuesto de concurso de leyes por subsidiariedad²⁵², o de concurso de delitos²⁵³, ya sea de concurrencia real²⁵⁴, ya sea de concurrencia ideal²⁵⁵.

f) *Alternatividad*

Por último, hallamos una cuarta regla que sirve para resolver los supuestos de concurso de leyes, que es la de alternatividad. Se trata, con diferencia, de la

²⁴⁸ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 389; 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», pp. 483 ss.; EL MISMO, *El concurso aparente de leyes*, pp. 317 s.

²⁴⁹ PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», p. 405.

²⁵⁰ KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 712

²⁵¹ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 440. Similar, aunque respecto de la falsedad documental y la estafa posterior, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 477, nm. 3286. De otra opinión, WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, pp. 254 s., quien afirma, en estos dos últimos ejemplos, un concurso real.

²⁵² SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», N.º 1, pp. 54 s.

²⁵³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 66 y nota 77.

²⁵⁴ WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, pp. 254 s.

²⁵⁵ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 196 s.; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 158.

regla más cuestionada de todas, al punto tal de que es dejada de lado por gran parte de la doctrina²⁵⁶. Sin embargo, forma parte del catálogo de reglas que el legislador español decidió contemplar en el Código penal de 1995, y era la única que estaba regulada en el anterior artículo 68 CP²⁵⁷. Dice la regla 4.^a del artículo 8 CP: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor». Esta regla, que es subsidiaria de las restantes al aplicarse «en defecto de los criterios anteriores», opera como una cláusula de cierre para «evitar absurdas impunidades o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica»²⁵⁸.

Es muy discutida la relación lógica, si es que la hay, entre las normas concurrentes en un supuesto de alternatividad, pudiendo hallarse en la doctrina todo tipo de explicación posible. Solo por mencionar una muestra de cada una de ellas: Von Liszt, considerando una relación de «heterogeneidad», refiere que «[l]os delitos, cuyos conceptos contienen caracteres opuestos (asesinato y homicidio, hurto y apropiación indebida), se excluyen mutuamente (naturaleza alternativa)»²⁵⁹. Klug, coincidiendo en que si la interpretación que se haga de la alternatividad es la de una relación lógica de heterogeneidad ya no sería un caso de concurso de leyes²⁶⁰, sostiene que «al concepto jurídico-penal de la alternatividad, en tanto caso especial del concurso de leyes, subyace la relación lógico-conceptual de ordenación de la “subordinación”. Es decir, la diferencia con la especialidad no consiste en la estructura lógica sino en las diferentes consecuencias que en la aplicación de la ley se sacan de la misma constelación de conceptos»²⁶¹. Binding, en cambio, observa una relación de «interferencia»²⁶² entre ambas leyes. Matus Acuña, por el contrario, afirma

²⁵⁶ CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 8», p. 64; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 224 s., la califica de inútil y jurídicamente errónea; PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 406 s.; SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», N.º 1, p. 52.

²⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 108.

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 440.

²⁵⁹ VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, p. 158. Críticamente, CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», p. 330; NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, p. 64 ss., le niega el carácter de ser un supuesto de concurso de leyes, indicando que «[l]o mínimo que puede exigirse para hablar de concurso entre dos leyes es que haya un ámbito en que ambas se puedan superponer; en la llamada *alternatividad* esa posibilidad está excluida por razones lógicas» (cursivas en el original).

²⁶⁰ KLUG, U., *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, p. 66, dice textualmente «[c]omo el concurso de leyes presupone, por lo menos, una intersección de los tipos legales —es decir, interferencia— una alternatividad de ese tipo, que por lo demás coincide exactamente con el concepto lógico-formal de la alternatividad, no puede ser un subcaso del concurso de leyes».

²⁶¹ KLUG, U., *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, p. 68 (la cursiva es mía).

²⁶² BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, p. 349, afirma que «rara vez ocurre que exactamente el mismo delito sea punible dos veces en leyes diferentes, sino más a menudo que dos delitos se comportan

que se da una relación de «identidad» entre los tipos penales «de manera que “*todos los casos que son subsumibles en uno de ellos, lo son también en el otro, y viceversa*”»²⁶³.

A diferencia de las otras tres reglas, en las que alguna mención se hace a la relación existente entre ambos preceptos concurrentes, la regla de la alternatividad contiene una vía de resolución con base en la gravedad de la consecuencia jurídica. En otras palabras, el legislador viene a decir algo así como «a falta de un criterio claro de aplicación prevalente de una de las normas concurrentes, pero, no obstante, afirmando la presencia de un concurso de leyes, se aplicará aquella que tenga asociada una pena mayor». Frente a ello, surgen –por lo menos– dos preguntas: por un lado, ¿por qué razón hay que persistir en que se da un concurso de leyes cuando la situación no se condice con ninguna de las demás reglas de aplicación preferente?, y, por el otro, ¿por qué razón debe ser prevalente aquella que tenga una pena más grave?

En cuanto a lo primero, quienes parten de la base de afirmar que hay una conexión lógica entre ambas normas, sea de identidad, sea de interferencia, sea de subordinación²⁶⁴, sostienen que la regla de alternatividad supone, tanto como las otras, un concurso de leyes, pero con la particularidad de que es subsidiaria de las restantes²⁶⁵. Otra visión parte de justificar su posición como regla dentro del concurso de leyes con un criterio político-criminal *favor rei*, en la medida en que le permite al juez recurrir al artículo 8 CP en situaciones que, de no existir dicha regla, deberían ser tratadas como de concurso ideal²⁶⁶. Esta situación, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones que adoptan la absorción simple para el concurso ideal, le permite al juez recorrer todo el marco penal y no solo en su mitad superior. Sin embargo, esto último puede servir para explicar su existencia, mas no para justificarla materialmente.

Respecto de lo segundo todavía hay más cuestionamientos. El denominado principio de mayor gravedad punitiva²⁶⁷ se sustenta en la idea de que el autor no puede verse beneficiado por el hecho de que su acción esté conminada con menor pena en otro precepto. A esta solución se le ha objetado que vulnera el

como dos círculos que se cruzan. Entonces existen varias leyes penales para el delito que pertenece a ambos círculos al mismo tiempo, de las cuales solo una debe aplicarse en cada momento. Esta relación puede denominarse alternatividad de las leyes» (traducción propia).

²⁶³ 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», pp. 480 s. (cursivas en el original); EL MISMO, *El concurso aparente de leyes*, pp. 320 ss.

²⁶⁴ Dejo de lado las relaciones de heterogeneidad, ya que, precisamente por no ser una «conexión», sino una relación de exclusión, no forma parte de los presupuestos del concurso de leyes.

²⁶⁵ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 411 ss.

²⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», p. 109.

²⁶⁷ PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 111 ss.

principio de intervención mínima del Derecho penal, gravando al reo con los errores del legislador, cuando lo ideal sería que se aplique un criterio opuesto, *in dubio mitius*, o *in dubio benignius*²⁶⁸. Sin embargo, no creo que la objeción esté bien orientada, en la medida en que al establecer la solución con base en una presunta duda sobre qué norma aplicar, estaría concediendo que cualquiera de las dos sería legítimamente aplicable en un plano de igualdad, lo que me parece incorrecto. De acuerdo con la interpretación aquí sostenida, la regla de alternatividad debería aplicarse en sentido inverso: no por tratarse de una duda que deba resolverse en favor del reo, sino porque, existiendo una norma que absorbe íntegramente el desvalor del hecho, la aplicación de cualquier otra con una pena más severa resultaría ilegítima por desproporcionada.

Menos recorrido tiene, a mi modo de ver, la objeción de que esta regla de alternatividad violaría el *in dubio pro reo*, ya que no se trata de una duda sobre la ocurrencia de los hechos o de la participación que pudiera tener el autor en los mismos, sino de las relaciones de aplicación preferente que pueda tener una norma respecto de otra, y este extremo no forma parte del ámbito de aplicación del principio vinculado al *in dubio pro reo*²⁶⁹.

Ello no implica asumir la legitimidad de la regla de aplicación de la pena más grave, ya que, como se ha señalado, considero que aún puede reputársela ilegítima, aunque por razones distintas. Se ha dicho que «la alternatividad [...] expresa una situación de concurso de leyes en la que ninguno de los preceptos en cuestión está mejor situado que el otro en orden a la captación exhaustiva de desvalor»²⁷⁰. Reformulado, ello vendría a suponer que cualquiera de los dos preceptos —en esto consiste lo alternativo— es suficiente para captar exhaustivamente el desvalor²⁷¹. Si esto es así, la solución tendente a aplicar la que tenga una pena mayor supondría una vulneración del principio de proporcionalidad, en la medida en que, si la norma que contenía una pena menor ya tenía la aptitud de captar exhaustivamente el desvalor, cualquier punición por encima de ella supondría un exceso.

²⁶⁸ SANZ MORÁN, Á., «Alternatividad de leyes penales», pp. 670 s.; similar, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Artículo 8», pp. 342 s., refiriéndose al *in dubio pro reo*.

²⁶⁹ Ya que se trata de un principio de Derecho Procesal penal antes que de Derecho penal material. En este sentido, a mi modo de ver, con razón, critica el argumento vinculado a la máxima *in dubitandi pro reo*, PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales*, pp. 113 s.; similar, KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, pp. 727 ss.

²⁷⁰ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 409.

²⁷¹ Esto se observa claramente cuando se asume que la relación lógico-formal entre las normas concurrentes es de identidad. Así, además del ya citado Matus Acuña, ESCUCHURI AISA, E., «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», p. 99 s.; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», pp. 437 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», pp. 475 y 479, nn.mm. 3271 y 3294.

2. LA PLURALIDAD DELICTIVA

A diferencia del capítulo anterior, en que lo decisivo era poder establecer criterios que nos permitan dirimir la cuestión relativa a la existencia de una unidad o pluralidad de delitos, esto es, de infracciones punibles, aquí ya nos encontramos dentro del ámbito de la concurrencia delictiva *stricto sensu* y que subsista una distinción adicional depende de la decisión del legislador.

En este sentido, la opción elegida por el legislador español es la de otorgar un tratamiento diferencial a las distintas modalidades de concursos existentes. Con ello, 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 una concurrencia ideal, una de tipo material o una de tipo medial. A excepción de este último, la distinción entre concurso real e ideal está presente en todas las legislaciones de esta clase.

Por el contrario, aquellas otras legislaciones que optan por un sistema de «solución unitaria» parten de la base de no reconocer 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.

Esta distinción es absolutamente crucial para poder echar luz sobre un malentendido generalizado en la doctrina que confunde ambos planos discursivos. Es frecuente encontrar en la literatura un desarrollo de las «teorías unificadoras» que se vieron en el capítulo anterior para explicar la distinción entre concurso ideal y real²⁷². Ello se debe, según entiendo, a la relevancia que alcanzó en Alemania la llamada «teoría de la unidad», que vinculaba unidad de

²⁷² FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, pp. 669 ss.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 46; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1081, parece advertir esta situación cuando indica que «[a]lgunas realizaciones típicas puede[n] intensificarse cuantitativamente... En tales casos hay que distinguir si el autor continúa la misma realización de tipo o bien si realiza el mismo tipo de nuevo. En el primer caso se da una única infracción, que se intensifica cuantitativamente mediante ulteriores actos, mientras que en el último caso se infringe repetidamente una ley» (resaltado en el original); JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 773 s., dicen textualmente «el presupuesto del concurso ideal es doble: por un lado, debe concurrir **unidad de acción** (Vid. *supra* § 66, II-V) [aquí remite expresamente al sitio donde analiza las distintas teorías de “unidad de acción”] y, por otro, a través de la acción tiene que haber tenido lugar una pluralidad de infracciones legales» (negrita en el original, lo entrecorchetado es mío); similar, MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 550, dicen «el concurso ideal se caracteriza como una modalidad especial de la *unidad de acción*. Ella es una *unidad de acción* con una *pluralidad de lesiones típicas de bienes jurídicos*, sean de la misma o de distinta clase: *una necesaria perspectiva combinadora del mismo acontecer bajo diversos aspectos valorativos*» (resaltado en el original); MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 667 ss.

acción con unidad de delito²⁷³ y, como consecuencia de ello, no veía al concurso ideal como un supuesto de pluralidad de delitos sino de delito único²⁷⁴. Como se pondrá de relieve más adelante²⁷⁵, al considerar que una única acción solo podría dar lugar a un único delito, el concurso ideal era una situación de concurrencia «ficticia» –de ahí su nombre de «ideal»–, ya que en realidad solo había un delito y, por lo tanto, no un verdadero concurso. A ello cabría agregar, como posible explicación, que la sanción prevista en el StGB para el concurso ideal es de absorción simple, igualando la consecuencia punitiva a la que correspondería por un solo delito –el más grave–²⁷⁶. En ese contexto, es entendible que ambas discusiones se encuentren íntimamente vinculadas²⁷⁷, mas no, en cambio, si se comprende que la unidad de delito se corresponde con la

²⁷³ CARRANZA TAGLE, H., *Introducción al concurso de delitos*, pp. 67 s., 190 s., 204, a partir de una noción particular de «hecho», entendido como «aquella área del suceso humano concreto que está descrita por uno o más tipos penales»; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 43, apunta que el origen de la vinculación «una acción es un delito» puede hallarse en Kleinschrod, en 1794-1796, quien refería que realmente una unidad de acción se opone a una acumulación de penas, pues no hay pluralidad delictiva porque una acción (en sentido fáctico) solo puede ser un delito. A favor de la teoría de la unidad, entre otros, BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 362 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 63 s.; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, pp. 159 ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 521 ss.; MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», pp. 194 ss., pp. 626 s.; MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 326; PACHECO, J. F., *El Código Penal. Concordado y comentado*, p. 412, indica que «[n]o se estiman dos delitos para la penalidad: estimase uno solo, pero con esta especie singular de agravación»; VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, pp. 145 ss.; ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, pp. 511 ss.

²⁷⁴ Así también lo advierten CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», p. 354; GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», p. 214; EL MISMO, «*Non bis in idem* material y concurso de leyes penales», p. 121, y nota 96; MALDONADO FUENTES, F., «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», pp. 733 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 112.

²⁷⁵ *Vid.* infra 2.1.2.

²⁷⁶ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 273; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1084 refiere que «[e]n relación con la determinación de la pena, no existe ninguna diferencia entre el concurso ideal homogéneo y la infracción única, pero cuantitativamente intensificada». Sin embargo, si tenemos en cuenta que el principio de combinación impone la aplicación del mínimo mayor, la cuestión no sería tan idéntica, como también lo explicita el propio Jakobs (*Vid.* ÍDEM, p. 1094), al referir que el concurso ideal tiene un efecto más gravoso, en relación con la unidad de delito –en el caso, delito continuado– al imponer el mínimo mayor, lo que es correcto, de conformidad con la regulación del §52.2, 2.ª oración StGB; MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», p. 1036; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, p. 121, afirma, no obstante, que se encuentra fuera de discusión en la doctrina la aplicación del principio de combinación también al tratamiento del concurso de leyes. Realizan la distinción según las consecuencias jurídicas en casos de unidad natural de acción contra bienes jurídicos personalísimos, MATWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 113 s.; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 255 ss.

²⁷⁷ Así también, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 87. Sin embargo, se pasa por alto que si se considera que la consecuencia de la unidad de acción es la unidad de delito, lo cual les permite diferenciar entre concurso real y concurso ideal con los criterios de unidad típica de acción –en sentido estricto y amplio–, deberían, por ello, esgrimir otros criterios para distinguir cuándo la unidad de comportamiento es constitutiva de un delito y cuándo de dos o más, lo que no se hace.

unidad de infracción al tipo delictivo correspondiente, como lo hace la denominada «teoría de la pluralidad»²⁷⁸, por lo que cuando exista más de una infracción del mismo tipo penal o de distintos tipos penales, existirá una pluralidad de delitos²⁷⁹. Esto significa que el concurso ideal, aun cuando se caracterice por la unidad de acción o de hecho, implica también un supuesto de auténtica concurrencia delictiva²⁸⁰.

La «teoría de la unidad», a mi modo de ver, tiene varios inconvenientes. Por un lado, lleva a diluir por completo la categoría del concurso ideal como tal, pues en casos de varias infracciones siempre deberían suponer varias acciones, resultando inaplicable la concurrencia ideal²⁸¹; por otro lado, dificulta su diferenciación con el concurso de leyes²⁸²; y, finalmente, resulta inexplicable que el delito continuado sea considerado como un supuesto de unidad delictiva cuando uno de sus presupuestos es la pluralidad de acciones u omisiones²⁸³. Hasta donde alcanzo, una correcta interpretación de la teoría

²⁷⁸ Entre otros, BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», p. 196; BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 564 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Concurso ideal de delitos*, pp. 102 ss.; CORREIA, E., *A teoría do concurso em direito criminal*, pp. 74 ss. y nota 3; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 322 ss.; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, p. 3, nota 7; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1081; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 64; 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», pp. 563 s.; MERKEL, A., «Derecho penal. Parte general», pp. 281 s.; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 27 ss.; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 143 ss.; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 736 y nota 30, critica la «justificación naturalista» de la teoría de la unidad; VON BURI, M., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, pp. 1 ss.

²⁷⁹ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 271 ss., observa un verdadero concurso de delitos en supuestos de heterogeneidad del concurso ideal, pero no para los casos de homogeneidad, que los considera como de unidad delictiva.

²⁸⁰ Marca bien esta confusión, WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», p. 244.

²⁸¹ BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, p. 565; PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 146.

²⁸² BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 566 s. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones», p. 346, indica terminantemente que «[p]ara esta posición, por tanto, *el concurso ideal es concurso de leyes*» (cursivas en el original); CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 171; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 153 ss.; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 173, reconoce que ese modo de entender el concurso ideal es lo que obliga necesariamente a separar esos casos de los de concurso de leyes; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 63; MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, p. 115, afirma que «la distinción entre concurso (aparente) de leyes y concurso *ideal* queda reducida, en la generalidad de los casos, a la mera incorporación o no de una declaración formal de la violación de la ley desplazada en el fallo, una ‘simplificación de la declaración de culpabilidad’, y a la imposibilidad de apreciar reincidencia respecto a ésta» (cursivas en el original). En este sentido, se entiende que se denomine al concurso de leyes homogéneo como un supuesto de concurso ideal *aparente* (Vid. FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 690; MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 345), o al concurso ideal como un supuesto *auténtico* de concurso de leyes (Vid. MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 625; ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, p. 516).

²⁸³ En detalle, supra 1.2.

de la concurrencia delictiva debe partir de la concepción defendida por «la teoría de la pluralidad»²⁸⁴.

Ahora bien, si este último es el camino, los criterios que sean utilizados para determinar cuándo existe un delito y cuando hay una concurrencia de delitos no pueden ser plenamente coincidentes con aquellos otros que, dado lo segundo, sirvan para diferenciar cuándo se da un concurso ideal o un concurso real, sino que debe hallarse alguna característica diferenciadora que explique una y otra situación. Lo primero, fue observado en el capítulo anterior. Lo segundo, se analizará en la segunda parte. En este capítulo se analizarán las distintas modalidades concursales existentes, las consecuencias jurídicas que a cada una de ellas se asigna y se desarrollarán las razones existentes para optar por una «solución diferenciadora». En la tercera parte del trabajo se ahondará sobre los procesos de determinación de las penas concursales, por lo tanto, se volverán a ver en detalle algunos aspectos que forman parte de las consecuencias jurídicas de cada una de las modalidades concursales.

2.1 Modalidades concursales

2.1.1 CONCURSO REAL

a) *Concepto*

El concurso real o material se caracteriza porque la pluralidad de infracciones cometidas se lleva a cabo mediante la realización de varios hechos independientes entre sí. Esta definición no viene así determinada por el legislador²⁸⁵, quien ha optado por reducir a su máxima expresión cualquier referencia a las condiciones de su aplicación. Por esa razón, la conceptualización anterior está construida sobre la base de los otros preceptos que regulan modalidades afines, como el concurso ideal y el delito continuado.

Con especial parquedad, el artículo 73 CP indica 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

²⁸⁴ Ello, sin embargo, no debería llevarse al extremo de entender que la pluralidad de infracciones tendría que ser tratada en procesos penales distintos. En este sentido, la pluralidad de delitos no significa pluralidad de hechos en términos procesales. Advierte esta situación, 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», pp. 117 s.

²⁸⁵ ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», p. 686; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 949; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 227.

su naturaleza y efectos de las mismas». Como se puede ver, el Código hace referencia al autor de dos o más delitos o faltas –referencia anacrónica luego de su desaparición del ámbito del código penal–²⁸⁶ para, luego, referirse al modo de imposición de las penas correspondientes. Sin embargo, con ello no ha dicho nada específico sobre la modalidad concursal a que se refiere puesto que la comisión de dos o más delitos es presupuesto necesario de todo concurso de delitos, no algo que caracterice específicamente al concurso real.

No obstante, la identificación de los artículos 73, 75 y 76 CP con el concurso real se infiere por oposición a los artículos 74 y 77 CP, que regulan el delito continuado y los concursos ideal y medial, respectivamente. El primero de ellos comienza exceptuando la aplicación del artículo 73 CP para los casos de pluralidad de acciones u omisiones que se den en un contexto determinado, por lo que son esas características propias del delito continuado referidas al contexto las que no deben estar presentes en el concurso real. Por esa razón, se entiende que en el concurso real la pluralidad de hechos o acciones deben ser independientes entre sí, es decir, sin que se dé esa vinculación objetiva y subjetiva que requiere el delito continuado. Por otra parte, el artículo 77 CP indica que las reglas de determinación propias del concurso real (arts. 75 y 76 CP) no serán aplicables cuando la pluralidad de infracciones se cometa mediante un solo hecho o cuando la comisión de un delito sea medio necesario para cometer el otro, por lo que de la propia definición del concurso ideal puede inferirse la del concurso real²⁸⁷: compartiendo la pluralidad de infracciones, la diferencia reside en que en el primero se producen mediante un solo hecho mientras que en el último, a *contrario sensu*, se producen mediante varios hechos²⁸⁸. En conclusión, el concurso real consistirá en la comisión de una pluralidad de infracciones mediante una pluralidad de hechos, independientes entre sí, sin que entre ambas infracciones haya recaído una sentencia firme por el primero de los hechos cometidos²⁸⁹. Por último, según la identidad o no de los delitos cometidos, se distingue entre concurso real homogéneo o heterogéneo, respectivamente.

²⁸⁶ La LO 1/2015, de 30 de marzo, suprimió las faltas que se encontraban reguladas en el Libro III del Código penal, aunque algunas de ellas se incorporaron al Libro II como delitos leves.

²⁸⁷ KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 725, dicen que «[e]l concurso real es, entonces, una **consecuencia de la negación del concurso ideal** (esto es, de una unidad de hecho). En este sentido, la función de demarcación recae únicamente en el concurso ideal» (negrita en el original).

²⁸⁸ Así la doctrina absolutamente dominante, *vid.*, por todos, SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 70. En contra de ese entendimiento, PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 125 ss.; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 143 ss., ha pretendido, sin demasiado apoyo en la doctrina, establecer la distinción en relación con el grado de parentesco de injustos.

²⁸⁹ ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 22. Por el contrario, CARDENAL MONTRAVETA, S., «Dogmática creadora, política criminal y determinación de la

Teniendo todo ello en cuenta, parece claro que la diferencia esencial que distingue al concurso real de las restantes formas concursales es la de la pluralidad de hechos independientes entre sí. Sin embargo, pese a lo sencillo que puede parecer *a priori*, determinar cuándo hay un solo hecho y cuándo hay varios no es una tarea fácil. Esta tarea se asumirá en la segunda parte de este trabajo, bastando aquí la mención a la conceptualización que cabe hacer de cada modalidad concursal.

b) *Regla penológica*

Es indiscutible que el modo de determinar la pena en una situación de concurrencia es especialmente importante. En efecto, el propio legislador ha decidido regular toda esta temática dentro del Capítulo II «De la aplicación de las penas» como «reglas especiales» de su aplicación (sección 2.^a). Incluso hay quienes observan que esta particularidad determina la naturaleza misma de los concursos como uno de los problemas relativos a la teoría de la determinación de la pena y no como uno de aquellos vinculados a la dogmática de la teoría del delito²⁹⁰.

A diferencia de la regulación del concurso ideal y el medial, el legislador aquí ha optado porque se impongan «todas» las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, consagrando así el principio de acumulación material a este respecto. Esto implica que el problema ya no será «cuál» pena de todas las infracciones cometidas debe tomarse como referencia, sino «cómo» ha de llevarse a cabo el proceso de determinación que contemple a todas ellas. Para ello se establece un orden a seguir de acuerdo con las posibilidades que permitan la naturaleza y/o los efectos de las penas.

En primer lugar, el mismo artículo 73 CP indica que se impondrán de forma «simultánea», esto es, todas juntas, a la vez. Si ello no fuera posible, el artículo 75 CP indica que deberán cumplirse de forma «sucesiva», esto es, una detrás de otra, siguiendo un orden de gravedad decreciente, que se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 CP²⁹¹, en la medida en que se trate de penas con la misma naturaleza y efectos²⁹², puesto que, de otra mane-

pena del concurso real de delitos», p. 915, nota 2, entiende que el requisito de unidad de enjuiciamiento no condiciona el concepto del concurso real.

²⁹⁰ Sobre las distintas posturas al respecto, *Vid.* SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, pp. 29 ss.

²⁹¹ CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 674.

²⁹² GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 960; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 132.

ra, podría ocurrir que, por ejemplo, se dé prevalencia a una pena grave de privación del derecho a la tenencia de armas respecto de una pena menos grave de prisión²⁹³. A diferencia de lo que podría pensarse en una primera mirada, qué clases de penas pueden cumplirse simultáneamente, o no, no es una tarea fácil de determinar²⁹⁴. Hay supuestos, no obstante, que sí son claros; por ejemplo, las penas de prisión no pueden ejecutarse todas juntas, por lo que se deberán cumplir de forma sucesiva²⁹⁵. En cambio, sí que pueden cumplirse simultáneamente las penas de prisión con algunas privativas de derechos, como las de inhabilitación absoluta, inhabilitaciones especiales, suspensión de empleo o cargos públicos²⁹⁶. Es discutido, en cambio, el cumplimiento sucesivo de la pena de prisión con la localización permanente²⁹⁷. Ahora bien, la posibilidad de simultaneidad no implica que ambas penas «deban» tener el mismo período de duración, puesto que es posible que una de ellas –normalmente la privativa de derechos– extienda sus efectos más allá del límite de cumplimiento de la pena de prisión, en la medida en que se imponga como principal y no como accesoria, situación en la cual su duración quedaría atada, *ex* artículos 55 y 56 CP, al tiempo de la pena principal²⁹⁸. Sin embargo, el propio Código establece

²⁹³ ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 36. Acertadamente se pregunta PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho Penal*, p. 388, «¿Es mayor castigo la deportación, que una prisión de diez o de veinte años? ¿Es mayor castigo el destierro por cierto tiempo, que la prisión por el mismo o por la mitad? ¿Es mayor castigo una multa de 100 duros, que el encierro por una semana?».

²⁹⁴ Es muy gráfico, en este sentido, el cuadro que realiza CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 32 s.; ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», pp. 687 ss.; en profundidad, FUENTES OSORIO, J. L., «Simultáneas y acumuladas. La determinación de las penas de las personas jurídicas en concurso de delitos», *passim.*, realiza un interesante análisis sobre las reglas concursales en penas no privativas de libertad. Si bien lo hace centrado en los delitos cometidos por personas jurídicas, los cuestionamientos que allí hace son generalizables en este punto; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 120 ss.

²⁹⁵ Así lo sostiene la doctrina unánimemente, *Vid.* por todos ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 125 y nota 358.

²⁹⁶ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, pp. 123 s., si bien excluye de tal posibilidad la de prisión con la privación del derecho de conducir, o con la de portación y tenencia de armas, pues estas últimas se convertirían en ilusorias. En cambio, POZUELO PÉREZ, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, p. 29, sostiene que los derechos mencionados de conducir o de portar y tener armas «pueden ejercerse, aunque sea parcialmente, durante los permisos o beneficios penitenciarios».

²⁹⁷ Refleja este debate, SOLAR CALVO, P., «Por qué no sirve el artículo 76 CP. Problemática y propuesta de solución desde el ámbito penitenciario», pp. 229 s., aunque la discusión ha quedado saldada luego del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018, que, en el punto 8, indica que «[l]a pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza».

²⁹⁸ POZUELO PÉREZ, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, p. 23. En la STS 11527/1994, de 19 de diciembre, FJ 4, se sostuvo que «[l]a suspensión de cargo o empleo público impuesta como accesoria de la pena privativa de libertad tiene que cumplirse necesariamente durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, de tal manera que, extinguida ésta, no puede extenderse los efectos accesorios más allá de la terminación de la pena principal».

excepciones a ese principio, tanto en la parte especial²⁹⁹ como en el propio artículo 57 CP, donde se prevé la posibilidad de que las penas accesorias tengan una duración mayor que la pena principal.

También es posible que se cumplan simultáneamente dos penas privativas de derechos, siempre que no sean de la misma clase o sus efectos no sean coincidentes³⁰⁰. Por ejemplo, pueden cumplirse simultáneamente una pena de inhabilitación especial para ejercer un empleo o cargo público con una pena privativa del derecho de conducir un vehículo, una pena de prisión con una de trabajos en beneficio de la comunidad³⁰¹. Igualmente, es perfectamente posible el cumplimiento simultáneo de las penas de multa con cualquiera de las anteriormente mencionadas, siempre y cuando la multa no se transforme en días de prisión debido a la responsabilidad personal subsidiaria que se prevé para el caso de impago (art. 53 CP)³⁰². Más problemático resulta, sin embargo, que el cumplimiento simultáneo pueda ocurrir en caso de concurrencia de dos delitos con penas de multa, debido a que, con el sistema de días-multa (art. 50.2 CP), podrían resultar alterados los mínimos y máximos de la cuota diaria establecida legalmente³⁰³.

Ahora bien, según hemos visto, las penas de prisión no pueden cumplirse de forma simultánea, sino que deberán hacerlo de forma sucesiva. Pero esto genera un problema potencial que es el de las penas excesivamente prolongadas a que puede llevar el principio de acumulación material. Por ejemplo, el autor de varios delitos de robo, lesiones, homicidios, etc., que se encuentren en concurso real podría llegar a pasar tantos años en prisión como arroje el resultado de la suma de todas esas penas, llegando hipotéticamente a superar su

²⁹⁹ Vid. las referencias que realiza ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 138, nota 392.

³⁰⁰ Entre otros, ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 34; EL MISMO, *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 144; POZUELO PÉREZ, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, pp. 27 s., 32; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 128.

³⁰¹ Siempre que el régimen de ejecución de la pena de prisión lo permita, o los trabajos se puedan llevar a cabo en la prisión donde se está cumpliendo la pena (Vid. por todos ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 139 ss.).

³⁰² CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», pp. 337 s.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 957 ss., menciona el perjuicio derivado de la responsabilidad penal subsidiaria por impago (ex artículo 53 CP) que podría acarrear a quienes se encuentran en peores condiciones económicas, situación que no sería trasladable al sistema de multa proporcional, el cual sí podría estar sujeto al cumplimiento simultáneo. Este escenario fue aclarado con el Acuerdo de Pleno de Jurisdiccional de 27 de junio de 2018, que, en el punto 7, refiere que «[I]a 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».

³⁰³ ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», p. 689; ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 34.

expectativa de vida. Ello implica que deban establecerse límites a esa acumulación para evitar esas consecuencias excesivas, lo que está directamente vinculado a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad, de humanidad de las penas y el mandato de resocialización que se deriva del artículo 25.2 CE³⁰⁴. Esta preocupación explica la existencia del artículo 76 CP, cuya razón de ser estriba en la imposición de topes máximos de cumplimiento –límites relativos y absolutos– con el fin de limitar los efectos del artículo 75 CP en relación con la acumulación.

En efecto, comienza diciendo el artículo 76 CP: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...», para así marcar la excepción que se hará a la acumulación de cumplimiento sucesivo, en la medida en que «...el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años». De ello se derivan dos limitaciones a la acumulación, una «relativa»: el cumplimiento efectivo no puede superar el triple de la más grave de las penas impuestas; y otra «absoluta»: ese monto no puede superar los 20 años. Estos límites que impone el legislador hacen que caractericemos a esta acumulación como «jurídica», por oposición a la «material» o «aritmética», que es –en principio– la que se deriva de la interpretación conjunta de los artículos 73 y 75 CP.

Ahora bien, el *quantum* de esa limitación absoluta puede variar según cuál sea la gravedad de los delitos concurrentes. Así, por ejemplo, el límite se elevará a los 25 años si alguno de ellos tiene una pena de hasta 20 años; si uno de ellos tiene una pena superior a los 20 años, entonces el límite será de 30 años; será de 40 años si dos de ellos tienen una pena que supere los 20 años; y el mismo límite de 40 años se dará cuando al menos dos de los delitos concurrentes sean de aquellos referentes a organizaciones y grupos terroristas o delitos de terrorismo, siempre que uno de ellos esté castigado con una pena superior a los 20 años. Por último, si alguno de los delitos en concurso estuviera castigado con la pena de prisión permanente revisable, se aplicará esta última, teniendo en cuenta las circunstancias de progresión al tercer grado y de suspensión de la ejecución que establecen los artículos 78 bis y 92 CP.

Para el caso de que, por aplicación de estos límites absolutos, la pena quedase por debajo de la mitad de la suma total de las penas impuestas, el Código penal de 1995 incorporó en el artículo 78 CP una excepción a esa excepción, que permite tener en cuenta la acumulación prevista en los artícu-

³⁰⁴ En términos similares se pronuncia la STS 367/2015, de 11 de junio.

los 73 y 75 CP, pero solo a los fines de la ejecución de la condena. Esto significa que, aunque la pena siga siendo la que es «con» los límites del artículo 76 CP, los beneficios penitenciarios que correspondería aplicar se tendrán en consideración del tiempo total –acumulación material– de las penas impuestas, esto es, «sin» esos límites. Así, por ejemplo, si el autor es condenado por 7 hechos en concurso real, cada uno de ellos sancionado con una pena de 4 años, aunque por aplicación del artículo 76.1 CP no se le pueda imponer una pena superior a los 12 años debido al límite relativo del triple de la mayor de las penas impuestas, al quedar por debajo de la mitad de la que hubiera correspondido teniendo en cuenta el total de ellas –14 años–, para la obtención de beneficios penitenciarios, progresión al tercer grado, permisos de salida y libertad condicional se tendrá en cuenta la pena total de 28 años.

En cuanto al límite relativo, hay que tener en cuenta que, para determinar el triple de la pena mayor no deben convertirse los meses en años, porque ello iría en perjuicio del condenado en la medida que un año computa por 365 días, mientras que los meses computan por 30 días³⁰⁵. Así, por ejemplo, si alguien es condenado a 2 años y 9 meses, su triplo no serán 8 años y 3 meses (3010 días: 2920 + 90), sino 6 años y 27 meses (3000 días: 2190 + 810). Para decirlo de forma más sencilla: si un año son 365 días de prisión, 12 meses son 360 días. Cabría preguntarse si estos límites del artículo 76 CP solo operan respecto de penas caracterizadas por su duración (prisión, privativas de derechos, días-multa) pero no por su cuantía (penas pecuniarias como la multa proporcional)³⁰⁶. En la medida en que se trata de una pena que, por su naturaleza, resulta de cumplimiento simultáneo, con la excepción mencionada del supuesto de responsabilidad penal subsidiaria por impago, la pena de multa no sería susceptible de ser limitada de conformidad con el artículo 76.1 CP³⁰⁷. En este sentido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene dicho que los límites de la acumulación material son aplicables únicamente a las penas privativas

³⁰⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 103 s., y nota 245.

³⁰⁶ Niega tal posibilidad respecto de la multa FUENTES OSORIO, J. L., «Simultáneas y acumuladas. La determinación de las penas de las personas jurídicas en concurso de delitos», pp. 82 s.; aunque sí la tiene en cuenta, por vía de interpretación analógica en favor del reo, respecto de las penas interdictivas del artículo 33.7 CP (*Vid.* ÍDEM, pp. 90 s.). También niega la posibilidad de aplicar el límite del triple de la mayor a las penas privativas de derechos, siguiendo a Manzanares Samaniego, POZUELO PÉREZ, L., *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, pp. 32 s.

³⁰⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 965 s.; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, pp. 164 ss; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 68 s. De otra opinión, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 237.

de libertad, es decir, las de prisión, de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y localización permanente³⁰⁸.

Por último, hay que mencionar que el artículo 76 CP, en su inciso 2.º, establece que esas mismas reglas de acumulación serán aplicadas a los casos que hayan sido juzgados separadamente, «siempre que» se trate de hechos que hubieran podido ser juzgados conjuntamente. La idea que subyace a esta norma, que regula los supuestos llamados de concurso posterior o retrospectivo, es que, por un lado, el condenado no puede verse perjudicado por una circunstancia procesal que le es ajena³⁰⁹; y, por el otro, el requisito de temporalidad que se exige tiene la pretensión de evitar que el condenado pueda cometer «impunemente» delitos sucesivos cuando ya, con las penas anteriores, hubiera superado los límites establecidos legalmente. Esto se analizará inmediatamente.

c) *Unidad de enjuiciamiento y concurso posterior*

Cualquier estudio que aborda la temática de la concurrencia delictiva parte de la base de establecer cuáles son sus presupuestos o condiciones de aplicabilidad para así determinar su concepto general. Así, es unánime en la consideración de estos presupuestos la mención de la pluralidad de infracciones, unidad de sujeto y unidad de enjuiciamiento³¹⁰. La pluralidad de infracciones es el requisito básico que debe cumplirse para que hablemos de concurso de delitos, que es la nota diferencial respecto del concurso de leyes, en el que, si bien también hay una pluralidad de preceptos en juego, la infracción es única³¹¹. La unidad de sujeto no debe ser entendida en el sentido de que no quepa la participación en supuestos de concurrencia delictiva, sino que cada uno de los intervinientes debe haber realizado su aporte en todas las infracciones que van a concurrir. Por esa razón, se ha dicho que, si la teoría de la participación se encarga de los supuestos en que hay pluralidad de intervinientes en un único delito, la teoría de los concursos se ocupa de los casos en que hay pluralidad

³⁰⁸ Crítico con esa interpretación, entre otros, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 63 s.; GÓNZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 965 s., 972 s.; con las referencias jurisprudenciales correspondientes, ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 115 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 237; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 68 s.

³⁰⁹ ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 330.

³¹⁰ Por todos, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 34 ss.

³¹¹ VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, p. 8.

de infracciones con un único interviniente³¹². Por último, la unidad de enjuiciamiento, que también se menciona como uno de los presupuestos de «todo» concurso de delitos, puede vincularse estrictamente al concurso real, razón por la cual se ha decidido su tratamiento en este apartado.

La unidad de enjuiciamiento, como exigencia de procedencia de las reglas concursales, se deriva de la necesidad de que entre la pluralidad de infracciones cometidas no medie una sentencia condenatoria firme referida a alguna de ellas³¹³. Para que esa situación pueda darse es necesario que las distintas infracciones se hayan cometido en momentos distintos, puesto que sería inimaginable que exista una sentencia condenatoria por una de las infracciones, desconociéndose la otra, en un supuesto de concurso ideal o medial. Por lo demás, la vinculación de este presupuesto con el concurso real se observa claramente del tenor literal del artículo 76.2 CP, cuando establece que las limitaciones del artículo 76.1 CP se aplicarán «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», mencionando expresamente a la acumulación, principio rector del concurso real, y sus límites del artículo 76.1 CP, como así también que los procesos lo hayan sido por «hechos» cometidos, utilizando el plural, que es característico de esta modalidad de concurso.

Este requisito funciona en un sentido ampliatorio de las reglas concursales, pero también en un sentido restrictivo. En el primer caso, extiende la aplicación de las reglas del artículo 76.1 CP a casos en los que haya recaído una sentencia condenatoria por una de las infracciones concurrentes, situación que –en principio– se aparta del concurso de delitos. Sin embargo, debe tratarse de hechos que hayan sido cometidos con anterioridad al dictado de esa sentencia, lo que hubiera habilitado, de haberse conocido, su unidad de juzgamiento conforme a las reglas concursales. Por otro lado, también opera como una restricción en la aplicación de las reglas concursales al excluir los supuestos en que los hechos ahora conocidos se hayan cometido con posterioridad al dictado de la sentencia por el hecho anterior, situación que diferencia al concurso real del instituto de la reincidencia³¹⁴, y que evita que los penados tengan una «licencia penológica que sea causa de exclusión de punibilidad o de una reducción relevante de la penalidad para todo delito posterior»³¹⁵.

³¹² ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 942.

³¹³ SANZ MORÁN, A., «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», p. 25.

³¹⁴ SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 229.

³¹⁵ ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 328. En el mismo sentido, SOLAR CALVO, P., «Por qué no sirve el artículo 76 CP. Problemática y

También puede ocurrir que lo desconocido no haya sido el hecho delictivo en sí mismo, sino la circunstancia de que ese hecho se estaba tramitando en un proceso paralelo, recayendo, por lo tanto, dos condenas independientes. Una vez conocida esa circunstancia, se debe proceder a un incidente de acumulación de penas de conformidad con las reglas del artículo 76.1 CP. Se trata de dos modalidades en que puede presentarse el concurso posterior (también llamado retrospectivo o adicional); mientras que, en la primera, la nueva sentencia debería tener en cuenta la condena anterior para determinar una pena adicional a la ya impuesta, que respete, en su acumulación con aquella, los límites del artículo 76.1 CP³¹⁶, en esta otra modalidad, el juez de la última sentencia debe proceder a la acumulación de las penas ya impuestas en las distintas condenas, teniendo en cuenta los límites correspondientes. Ciertamente es que la ley solo se refiere al supuesto del concurso posterior en el que se descubren dos hechos ya resueltos judicialmente, pues el artículo 76.2 CP habla de que «las penas se hayan impuesto en distintos procesos», y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que el culpable «haya sido condenado en distintos procesos», por lo que no quedaría espacio para el caso en que se deba juzgar un hecho cometido con anterioridad al dictado de una sentencia. No obstante, no hay ninguna razón –más allá de la literalidad del texto–, ni material ni procesal, que justifique un trato distinto para ambas situaciones³¹⁷.

La discusión en torno a la necesidad o no de que exista una conexión entre los delitos objeto de acumulación, muy presente en el debate doctrinal y jurisprudencial sobre este punto³¹⁸, ha concluido a partir de la reforma del artículo 76.2 CP, introducida por la LO 1/2015, al eliminar la referencia a la conexidad procesal, decantándose exclusivamente por un criterio cronológico para la aplicación de los límites a la acumulación³¹⁹. Esta interpretación debe

propuesta de solución desde el ámbito penitenciario», p. 226, habla de «impedir que los ya condenados cuenten con un crédito delictivo al que computar nuevos posibles delitos que, en la práctica, no serían castigados». Así también, la STS 254/2018, de 28 de mayo, se refiere al «patrimonio punitivo que permitiría a los sujetos condenados incurrir en nuevas conductas delictivas que no resultarían penadas, o que, aun siendo castigadas, la pena a imponer resultara sustancialmente reducida debido a la acumulación» (cursivas en el original).

³¹⁶ SANZ MORÁN, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», p. 518.

³¹⁷ Sobre esto, con más detalle, *Vid. infra* 8.3.

³¹⁸ *Vid.* ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 283 ss.

³¹⁹ Ahora el debate se centra en discutir si las limitaciones del artículo 76 CP pueden ser extensivas a supuestos que no puedan ser acumulables por no cumplir con el criterio cronológico. A favor de ello, entre otros, GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, pp. 35 ss.; de *lege ferenda*, RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, *Manual de ejecución penitenciaria*, pp. 732 s. En contra, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 330 ss., con base en razones legales, pues la literalidad del texto así lo impide, y también en razones político-criminales, debido a que

prevalecer, aunque la reforma se haya olvidado de actualizar concordantemente el artículo 988 LECr, el cual sigue remitiéndose al artículo 17 LECr –que establece el criterio de conexidad para unificar procesos, o que, sin haber conexidad, los delitos tengan analogía o relación entre sí– para indicar qué hechos pudieron haber sido objeto de un solo proceso³²⁰.

Las dudas que subsisten están vinculadas al momento que debe tomarse como referencia en este criterio cronológico. En este sentido, se indica que los hechos objeto de acumulación deben haberse producido con anterioridad a la finalización del juicio por el otro delito, ya que de la literalidad del artículo 76.2 CP se desprende que el momento relevante para la cesura es el del «enjuiciamiento». Sin embargo, se discute qué momento específico del juicio es el relevante, centrándose la disputa fundamentalmente entre el momento del juicio oral –y, dentro de este, ¿el del inicio, el del último día, en algún punto intermedio?–, el del dictado de la sentencia, o aquel en el que ésta adquiere firmeza³²¹. Esta situación de incertidumbre motivó el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2016, por parte del Tribunal Supremo, en el que se acordó que el momento decisivo para que proceda la acumulación será el de la sentencia más antigua y no el del juicio, por lo que todos los hechos cometidos con anterioridad a ella, y que se hayan fallado con posterioridad, serán objeto de acumulación³²². Con anterioridad, el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005³²³, ya había establecido que no se exigía que la sentencia alcance firmeza.

Esta ampliación de las reglas concursales, que benefician al reo en la medida en que habilitan la aplicación de los límites a la acumulación, se justi-

fomentaría «un factor criminógeno de primer orden, pues el penado sabría que puede cometer nuevos delitos impunemente, al carecer de la inhibición o freno que representa la conminación de una pena efectiva, incluso dentro del centro penitenciario»; el mismo sentido, la STS 14/2014, de 21 de enero.

³²⁰ VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, p. 249.

³²¹ Sobre todos los vaivenes jurisprudenciales al respecto, *Vid.* SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 228 ss.; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, pp. 89 ss.; y, para el debate posterior a la reforma de la LO 1/2015, ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 311 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 95 ss.; y las SSTS 206/2018, de 26 de abril y 275/2018, de 8 de junio.

³²² *Vid.* STS 139/2016, de 25 de febrero, que desarrolla este Acuerdo de Pleno. El CGPJ ya había propuesto en el año 2013 acudir a la sentencia y no a la fecha de enjuiciamiento (*Vid.* GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», p. 122). Para una explicación detallada, además de clara y didáctica, sobre cómo opera este criterio de acumulación según las distintas variantes que pueden presentarse en relación con la fecha de la sentencia, la fecha de los hechos, los delitos y las penas involucradas, *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 102 ss.

³²³ *Vid.* STS 197/2006, de 28 de febrero, que desarrolla este Acuerdo de Pleno. De otra opinión, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, p. 101, quien considera preferible atender a la fecha de la firmeza de la sentencia antes que a la fecha de la sentencia de instancia.

fican por razones de justicia material³²⁴, ya que la circunstancia de que se hayan desconocido hechos pretéritos susceptibles de enjuiciamiento conjunto no pueden ser achacada al condenado. Los deberes de descubrir, investigar y juzgar un hecho delictivo son competencia del Estado, y sus incumplimientos, por las razones que fueran, no pueden repercutir en perjuicio del condenado. Con mayor razón se justifica esta aplicación en el caso del concurso retrospectivo por desconocimiento de procesos paralelos, pues la incompetencia estatal consistente en la falta de coordinación dentro la propia esfera de la administración pública es aún más grave.

d) *Excurso: concurso real y reincidencia*

El instituto de la reincidencia está íntimamente ligado al tema de la concurrencia delictiva, en particular con el concurso real³²⁵, ya que entre ambas situaciones solo existe una diferencia relacionada con un presupuesto procesal: la intermediación de una condena firme entre ambos hechos delictivos que ocurre en la primera y no ocurre en la segunda³²⁶. Esa circunstancia procesal es determinante para la distinción mencionada, y lo que cabe preguntarse es si existe una diferencia material entre ambas instituciones que justifique un tratamiento diverso³²⁷, o, en otros términos, si ese dato procesal, que no parece

³²⁴ SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 166. Sin embargo, ello puede no ser así en todos los casos, como sucede, por ejemplo, si la acumulación en virtud del artículo 76.2 CP supone una situación desventajosa para el reo en relación con los límites previstos en el artículo 76.1 CP. Sobre los problemas de proporcionalidad que puede plantear el concurso retrospectivo, *Vid.* CARDENAL MONTRAVETA, S., «Dogmática creadora, política criminal y determinación de la pena del concurso real de delitos», pp. 918 ss., donde, además de proponer la no acumulación en ciertos supuestos que, bajo el artículo 76.2 CP, serían acumulables, también propone aplicar la acumulación, aunque no se dé esa «conexión temporal», cuando ello no comporte una limitación a las funciones preventivas de la pena o bien, dicha limitación, venga justificada por el principio de proporcionalidad.

³²⁵ Sin embargo, también busca una explicación en relación con delitos simultáneos para justificar la diferencia de tratamiento, FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», p. 196.

³²⁶ Esta situación tiene un tratamiento muy dispar en Estados Unidos, como demuestra el breve análisis que realiza Frase sobre las *Guidelines* de 18 Estados diferentes (*Vid.* FRASE, R., «Timing of Current and Prior Crimes: What Counts as a “Prior” Conviction?», pp. 40 ss.), dependiendo de si se requiere condena previa a la comisión del hecho actual, si el autor es arrestado con posterioridad a la sentencia por un hecho cometido con anterioridad a ese pronunciamiento, si el hecho y el arresto son anteriores a la condena por el delito previo, pero su juzgamiento es posterior, o si hay una sentencia previa con independencia del momento en que fueron cometidos los hechos.

³²⁷ REITZ, K., «The Illusion of Proportionality: Desert and Repeat Offenders», p. 138, caracteriza esa diferencia de tratamiento como paradójica; similar, FRASE, R., «Timing of Current and Prior Crimes: What Counts as a “Prior” Conviction?», p. 39 s.; 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», p. 573, refiere que «no parece advertirse la ra-

tener ningún vínculo con el desvalor del hecho o con el autor, tiene una entidad suficiente a esos fines³²⁸.

A esta pregunta deberían enfrentarse tanto quienes propician un tratamiento unitario para todo concurso de delitos como quienes defienden la solución plural, porque, en ambos casos, sigue existiendo una diferencia que es preciso fundamentar³²⁹.

Sin embargo, no faltan posiciones que nieguen que esa diferencia tenga que mantenerse. Debido a la importancia central que atribuían al concepto de peligrosidad, la escuela positiva italiana no veía ninguna diferencia entre los supuestos de concurrencia y los de reincidencia, centrándose exclusivamente en la distinción entre unidad y pluralidad delictivas, ubicando dentro de esta última categoría tanto a los supuestos de concurso como a los de reincidencia³³⁰. En efecto, consideraban que la regulación prevista para las situaciones de concurso de delitos favorecía de forma injustificada al autor³³¹.

Por otro lado, están quienes advierten sobre la ilegitimidad de la agravante de reincidencia, ya no respecto de las situaciones de concurrencia delictiva, sino respecto de cualquier condenado primerizo, aunque sea por un solo delito. Las distintas críticas se dirigen a considerar que afecta al *non bis in idem*³³², al principio de responsabilidad por el hecho³³³, al de culpabilidad³³⁴, al injus-

zón de aplicar una pena diversa a quien ha sido juzgado por varias infracciones en forma separada respecto de aquellos que son sancionados por todas ellas en un mismo proceso [...] precisamente por el carácter azaroso y contingente de dicho evento (para la perspectiva del legislador), conclusión que se apoya en un razonamiento básico de igualdad ante la ley». Sin embargo, en otro lugar ha afirmado que la posibilidad de juzgamiento conjunto que ofrece el concurso real, y no la sola constatación de una condena como hito procesal, es lo que «permite explicar por qué resulta razonable que un condenado por tres delitos independientemente reciba una sanción diversa de quien es juzgado por estos mismos delitos en un solo proceso» (*Vid. EL MISMO, «Reiteración y reincidencia: Conceptos y Fundamentos», pp. 129 s., y nota 82*).

³²⁸ TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», p. 241, la considera una distinción perversa que se basa en intuiciones incoherentes.

³²⁹ Matizan la diferencia entre ambos institutos, ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 212, indicando que una teoría del merecimiento también permite incrementos modestos en la pena del reincidente, sujetos a un «techo» luego de tres o cuatro delitos en que la pena ya no debería incrementarse.

³³⁰ El Proyecto de Código penal de Ferri de 1921 trataba con la misma consecuencia y bajo la misma rúbrica, en los artículos 23 y 24, ambos supuestos, ya que solo distinguía la reincidencia de la delincuencia habitual (*Vid. FERRI, E., Principii di Diritto Criminale*, pp. 762 s.).

³³¹ SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, p. 78.

³³² ZAFFARONI, R. E./ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, pp. 70, 1057 ss.

³³³ Así, MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la comensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», pp. 506 s.

³³⁴ HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad*, pp. 79 s.; ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, pp. 155 ss.

to³³⁵, o bien que no puede justificarse un incremento del castigo desde la idea de merecimiento como fundamento retributivo de la pena³³⁶.

Por el contrario, la mayoría de la doctrina, al igual que lo hace el derecho positivo en general, cree necesario mantener una consecuencia jurídica diversa –naturalmente más grave– para los casos de reincidencia, aunque varíen en sus fundamentos. Me permito transcribir la enunciación que hace Maldonado Fuentes de los distintos intentos por explicar los efectos agravatorios de la reincidencia, porque logra resumir gran parte de la discusión que existe al respecto:

«la constatación de una diversidad de manifestaciones del carácter expresadas en la condena precedente o en la recaída (como la mayor *capacidad o potencialidad delictiva* que se confirma en la condena previa); a la mayor energía criminal o mayor “aptitud para violar las normas”; a la constatación del acostumbramiento, hábito o inclinación al delito (como cualidad personal preexistente que se evidencia en la condena), a la contribución a la inclinación delictiva o al hábito en formación; a la adquisición de mayor capacidad para inhibir el delito a partir del conocimiento concreto de la punibilidad (que habilita a sostener una mayor exigibilidad), al mayor conocimiento del significado de la condena del delito, de la pena o de las instituciones propias del sistema penal, sea como contenido desvalorado o en referencia a un mayor reproche o la evidencia [de] una animosidad o un móvil asociado a contumacia, “rebeldía” o “desprecio por el derecho” o, finalmente, por el mismo “significado de la condena”, contenidos asociados tradicionalmente a una “mayor perversidad moral”, elementos que habilitan a modificar la expectativa general que le puede dirigir el sistema al individuo en torno al cumplimiento de los mandatos jurídico-penales, asociado concretamente por algunos a la constatación de un efecto admonitorio o de advertencia que radica en la condena previa. Sobre razones equivalentes, finalmente, se la vincula concretamente a la constatación de una *insuficiencia relativa de la pena ordinaria impuesta en la primera condena*, dominante en nuestro medio en términos históricos»³³⁷.

En consecuencia, y dejando de lado las posiciones cercanas a la defensa de un derecho penal de autor³³⁸, las propuestas mencionadas pasan por otorgarle un

³³⁵ MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, pp. 532 ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 658.

³³⁶ FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, pp. 459 ss., donde polemiza con Von Hirsch sobre este punto. Esta teoría, que niega cualquier tipo de incremento en la pena para el reincidente, ha sido cuestionada por ser inviable en la práctica (así, FRASE, R., *Just Sentencing*, p. 181), porque implicaría una especie de «tarifa plana» para el autor reincidente (así, ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 284).

³³⁷ Con todas las citas correspondientes, MALDONADO FUENTES, F., «Reiteración y reincidencia: Conceptos y Fundamentos», pp. 94 ss. (resaltado en el original). Para una profundización sobre las distintas posiciones, *Vid.* MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, pp. 427 ss.

³³⁸ Objeción que podría extenderse a *toda* fundamentación de la reincidencia en tanto «*circunstancia agravante* de la responsabilidad referida al hecho punible posterior» (*Vid.* MAÑALICH, J. P., «La reitera-

mayor contenido de injusto³³⁹, un mayor grado de culpabilidad³⁴⁰, o por mayores razones preventivas³⁴¹. Sin embargo, y con independencia de los buenos o malos argumentos que justifiquen la existencia del instituto de la reincidencia³⁴², la mayoría de la doctrina se ha encargado de analizar esta agravante desconectada de la teoría de los concursos. Esto tiene una explicación razonable, y es que la reincidencia es una institución que encierra un problema de legitimidad que es mucho más amplio que el que concierne a su delimitación con el concurso real. Empero, si se pretende ofrecer una explicación completa, ningún intento de fundamentar su existencia debiera omitir en dónde reside la distinción entre una situación y otra, y esa diferencia está en el componente procesal de una sentencia condenatoria entre los dos delitos cometidos³⁴³. A modo de ejemplo, si se aduce que la agravante por reincidencia se justifica en la mayor energía criminal, o el desprecio por el ordenamiento jurídico, que demuestra el autor con la reiteración criminal, se trataría de una explicación que valdría –también– para el autor de varios delitos en concurso real, por lo que no terminaría por explicar el instituto de forma completa.

En este sentido, sí hay autores que se han focalizado en distinguir ambos institutos³⁴⁴. Así, se sostiene que la diferencia se justifica en la relación existente entre sujeto y Estado que, en el caso de la reincidencia se ve alterada por la intermediación del proceso, creando una nueva relación que modifica las posiciones normativas entre ambos, permitiéndole al Estado atribuir mayor culpabilidad al sujeto en el momento de reincidir³⁴⁵. Otros ven en el acto de la

ción de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», p. 506 –cursivas en el original–).

³³⁹ Así, con base en un mayor desprecio o rebeldía frente a los valores jurídicos, entre otros, MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, pp. 523 ss., 532 ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, p. 658.

³⁴⁰ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 587 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 168, lo fundamenta debido a una especial «actitud anímica» de quien, pese a la advertencia, se rebela nuevamente contra el ordenamiento jurídico.

³⁴¹ Fundamentalmente en el ámbito angloamericano se observan justificaciones de una pena agravada vinculadas al mayor riesgo de reiteración delictiva que expresa el autor reincidente (*Vid.* ROBERTS, J., «Justifying Criminal History Enhancements at Sentencing», pp. 11 ss.). Para profundizar en la discusión entre prevención y retribución en este ámbito, *Vid.* FRASE, R., *Just Sentencing*, pp. 180 ss. En España, Choclán Montalvo, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria» pp. 181 y s., sostiene un fundamento con base “en la mayor peligrosidad del autor que se pone de manifiesto por la reiteración de hechos punibles, esto es, en razones de *prevención especial*” (destacado en el original).

³⁴² Cuestiona decididamente, por no poder ser explicada racionalmente, la práctica común de incrementar la pena debido a condenas previas, HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad*, pp. 79 s. Para una crítica aguda a algunas de las posiciones mencionadas, *Vid.* PALERMO, O., «Reincidencia, injusto y culpabilidad», pp. 147 ss.

³⁴³ Muy claro a este respecto, MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, p. 524.

³⁴⁴ Un panorama más amplio sobre los autores –en el ámbito europeo continental– que tienen en cuenta el hecho de la condena en la fundamentación de la reincidencia, aunque no vinculen ese dato con la temática concursal, puede verse en MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código penal*, pp. 495 ss.

³⁴⁵ LEE, Y., «Multiple Offenders and the Question of Desert», pp. 130 s. Una fundamentación similar puede inferirse en PAWLK, M., *El injusto del ciudadano*, pp. 128 ss., al vincular al ciudadano a un deber

condena una oportunidad para el condenado de poder modificar su comportamiento, en la medida en que la condena implica un acto de censura que introduce un quiebre normativo (*normative break*) en su comportamiento, situación de la que no «goza» el infractor primerizo, quien luego de haber cometido el delito se mantiene en un estado de delincuencia –en términos normativos– hasta el momento en que es aprehendido, todo lo cual lleva a justificar un tratamiento más severo en aquel respecto de este³⁴⁶.

Si bien es cierto que resulta poco convincente que esa diferencia entre una y otra situación, que empíricamente existe, pueda justificar materialmente un tratamiento dispar³⁴⁷, no es menos cierto que la decisión del legislador históricamente, y también en el derecho comparado, ha sido esa. Esta situación conmina a la doctrina científica a intentar encontrar razones que, si bien no la justifiquen, puedan explicar esas diferencias de tratamiento entre ambas reiteraciones delictivas. En este sentido, la idea de que hay un mayor reproche en la reiteración delictiva de quien ya fue censurado mediante una condena previa resulta, a mi entender, la explicación más plausible. Ahora bien, creo que esta explicación solo sería posible en la medida que se le conceda un peso importante a la retribución en la fundamentación de la pena.

2.1.2 CONCURSO IDEAL

a) *Concepto*

Al inicio de este capítulo hacíamos referencia a que a fines del siglo XIX y principios del siglo XX la doctrina mayoritaria en Alemania identificaba la unidad de delito con la unidad de acción, razón por la cual el concurso ideal

de cooperación con el Estado, y, en este sentido, de co-responsabilidad, en el mantenimiento del estado jurídico existente.

³⁴⁶ VIBLA, N., «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», pp. 168 s.; VON HIRSCH, A., «Multiple-Offense Sentencing. Some Additional Thoughts», p. 184.

³⁴⁷ ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 213; ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 6.ª ed., p. 291, considera dudoso que el significado de la censura pública involucrada en la condena sea suficiente para justificar la diferencia entre ambas instituciones. Sin embargo, esa referencia desaparece en la edición posterior sin que se haga explícito un cambio de opinión (Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 344). FRASE, R., «Timing of Current and Prior Crimes: What Counts as a “Prior” Conviction?», p. 40, indica que, así como es bien conocido que el riesgo de que alguien cometa delitos en el futuro aumenta según la cantidad de delitos que ya haya cometido, no existen datos que demuestren que ese riesgo aumente al mismo ritmo con independencia del momento en que fueron cometidos o condenados.

era un supuesto más de unidad delictiva³⁴⁸. Esa situación explica su denominación en la medida en la que la «conurrencia» no se entendía que se presentase «realmente» (*i.e.* verdaderamente) sino de forma «ideal»³⁴⁹. En ese entendimiento, tratándose de la distinción entre una acción o varias acciones como la fundamental para trazar la semejanza entre un delito o varios delitos, tenía pleno sentido que los criterios de unificación de acciones que se vieron en el capítulo anterior sean aquellos que sirvan para diferenciar al concurso ideal del concurso real. En pocas palabras, unidad de acción es igual a concurso ideal, que es igual a unidad de delito, y pluralidad de acciones es igual a concurso real, que es igual a pluralidad de delitos.

Con esa premisa, los partidarios de la teoría de la unidad pretendían extraer una inconsistencia lógica entre quienes defendían la teoría de la pluralidad. En ese sentido, ha adquirido mucha fama la metáfora que utilizara Mezger de que quien tiene un caballo blanco y de carreras, no por ello tiene dos caballos³⁵⁰. Sin embargo, como bien explica Puppe, esa crítica solo sería válida si se compartiesen las mismas premisas de partida, esto es, que «delito es acción», lo que no es así³⁵¹.

No obstante, esa situación obligaba a trazar una diferencia para explicar la «existencia misma» del concurso ideal como figura regulada en el Código penal que pudiera diferenciarlo de los supuestos de concurso de leyes³⁵². En efecto, ello se observa cuando se habla de la función clarificadora que tiene el concurso ideal³⁵³, en el sentido de que permite poner de manifiesto que, pese a existir una sola acción, ha habido un verdadero concurso de infracciones y no uno mera-

³⁴⁸ Así, para los supuestos de concurso ideal homogéneo, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 273, aunque en términos generales se ubica como un defensor de la teoría de la pluralidad (*Vid. ÍDEM*, pp. 322 ss.).

³⁴⁹ MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», pp. 626 s.; una interpretación inversa plantea VELÁSQUEZ, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 475 s., al decir que «el único caso en el que se puede hablar de 'conurrencia' es el *concurso ideal*, situación en la que una conducta penalmente relevante encaja al mismo tiempo en varios supuestos de hecho [...] no hay concurrencia de tipos penales cuando una persona lleva a cabo un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas, esto es, el *concurso real*», puesto que se trata de acciones que «concurren para ser juzgadas en un solo proceso, con lo que parece evidente que se trata de un problema de rasgos básicamente procesales y no sustantivos» (resaltado en el original).

³⁵⁰ MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, p. 326. El mismo ejemplo ya podía encontrarse con anterioridad en HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 161.

³⁵¹ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 29.

³⁵² *Vid.* en este sentido, MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 550 s., 558 ss.; MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 625. Eso no significa que con un criterio como el de la solución plural esa distinción no deba realizarse, sino que la necesidad de su diferenciación ya no está orientada a explicar la razón de su regulación sino a evitar un supuesto de *bis in idem*.

³⁵³ KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 514; con más referencias, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 143 y nota 116; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 843, nm. 2; VÖGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 52, nm. 5.

mente aparente³⁵⁴. Claro que ello también estaba atado al entendimiento de que los supuestos de concurso de leyes también estaban estructurados bajo la concurrencia de una sola acción, lo que no es del todo correcto si pensamos, por ejemplo, en los llamados hechos anteriores o posteriores copenados³⁵⁵.

En la segunda mitad del siglo pasado, esa disputa fue abandonada en favor de la teoría de la pluralidad³⁵⁶ que ve al concurso ideal como un auténtico supuesto de concurrencia delictiva y cuya delimitación más fundamental no es, por consiguiente, con los casos de unidad delictiva o concurso de leyes, sino con el concurso real³⁵⁷. En este sentido, se indica como criterio determinante del concurso ideal que exista, al menos, identidad parcial en las acciones ejecutivas de los tipos penales concurrentes. Por supuesto que también estarían incluidos aquí los supuestos de identidad total, que no puedan ser completamente desvalorados a través de un concurso de leyes. Como excepción a esta regla de identidad, se menciona la posibilidad de concurrencia entre dos tipos penales cuyas acciones ejecutivas no coinciden entre sí, pero sí cada una de ellas con un tercer tipo que, en ese sentido, las termina uniendo, produciéndose así un «efecto abrazadera» (*Klammerwirkung*). Sobre estos, y otros, criterios delimitadores de ambas formas de concurrencia volveremos más adelante³⁵⁸.

b) *Regla penológica*

Para determinar la pena aplicable en caso de concurrencia ideal, el juez deberá moverse en la mitad superior del marco penal correspondiente a la in-

³⁵⁴ SAMSON, E. «SK-StGB §52 a §55», pp. 23 s., nm. 2, para ejemplificar esta función propone el ejemplo de la tentativa de homicidio que causa lesiones físicas a la víctima, e indica que, si bien es cierto que las lesiones conforman un delito transitorio, y por tanto subsidiario, del homicidio, la mera conducta por tentativa no dejaría en claro que el autor hubiera logrado lesionar a la víctima, mientras que el concurso ideal sí permite esa aclaración.

³⁵⁵ BÉJAR GARCÍA, F. J., «Concurso de leyes en Derecho penal», p. 13; MALDONADO FUENTES, F., «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», pp. 20 s. (en especial, nota 26); PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, pp. 122 s., 126 ss.; PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», pp. 8 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 192.

³⁵⁶ También se ha minimizado la discusión por entender que carece de significado práctico (así JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 774); o que es puramente terminológica (así MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 64), puesto que en, en cualquier caso, hay acuerdo en que se trata de una única acción a la que se aplican varios tipos penales; o por considerarla obsoleta (así PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 27).

³⁵⁷ De otra opinión, PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.^a ed., pp. 1945 ss., nn.mm. 1 ss., considera que el concurso ideal cumple la función de evitar la punición por doble valoración (*Doppelverwertungsverbot*) y a la vez respetar el principio de punición suficiente (*Ausschöpfungsgebot*), es decir, prevalece su diferenciación respecto del concurso de leyes.

³⁵⁸ *Vid. infra* 5.2.

fracción más grave (art. 77.2 CP), consagrando así el principio de absorción agravada para esta modalidad de concurso³⁵⁹.

La duda se plantea en el orden y la oportunidad en que debe establecerse la mitad superior. Si bien algunos autores plantean que debe seguirse el orden de toda determinación (grado de ejecución, participación, circunstancias agravantes y/o atenuantes) para luego de ello determinar el submarco específico³⁶⁰, en la jurisprudencia se suele tomar en consideración lo referido a la tentativa y participación para establecer la mitad superior, no así las circunstancias modificativas, que serán de aplicación posterior³⁶¹.

También hay que tener en cuenta aquí, que la absorción se aplicará siempre que de ella no resulte una pena superior a la que hubiera correspondido de aplicarse las sanciones separadamente, esto es, según las reglas del concurso real. Si ello fuera así, debería aplicarse esta última, en el entendimiento de que de un concurso ideal nunca puede surgir una pena superior a la de un concurso real. Así, por ejemplo, si concurren un homicidio, con un marco de 10 a 15 años, en la que el juez valora su punibilidad con 11 años, con otra infracción cuya escala fuera de 6 meses a un año y la pena se establece en 10 meses, de acuerdo con las reglas de la acumulación arrojaría una pena global de 11 años y 10 meses, mientras que la absorción agravada obligaría al juez a moverse dentro de la mitad superior de la escala del homicidio, esto es, entre los 12 años y 6 meses y los 15 años³⁶².

La literalidad del artículo 77 CP podría dar a entender que la regla de la absorción solo sería viable en un supuesto de concurrencia de delitos que tengan penas de imposible cumplimiento simultáneo, ya que comienza indicando que se trata de una excepción de «los dos artículos anteriores»³⁶³, es decir, los artículos 75 y 76 CP, que están precisamente para regular los supuestos de cumplimiento sucesivo, no así los de cumplimiento simultáneo, que es la regla establecida en el artículo 73 CP. Esa interpretación significaría que, en todo

³⁵⁹ En cambio, mencionan que el concurso ideal está regido por el principio de exasperación, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 449 (en p. 444, en cambio, se muestra más dubitativo identificándola como una regla «basada en el principio de “absorción o exasperación”»); MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 678; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 513 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El concurso de delitos», p. 467. Sobre la diferencia en ambos principios, *Vid. infra* 7.1 y 7.2.

³⁶⁰ Así, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», p. 685, nm. 5587.

³⁶¹ STS 513/2006, de 5 de mayo.

³⁶² MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», p. 686, nm. 5591.

³⁶³ El artículo 77.1 CP dice textualmente: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro».

supuesto de concurso de delitos, ¡incluso en uno ideal!, en el que puedan ser cumplidas las penas de forma simultánea, sería de aplicación la acumulación de penas indicada en el artículo 73 CP. En otras palabras, el artículo 77 CP no excluiría toda aplicación del principio de acumulación, sino solo en aquellos casos que suponen un cumplimiento sucesivo.

La explicación histórica de este desajuste se remite a la separación que se llevó a cabo en el Código penal de 1870 del principio de acumulación en cuanto a las reglas derivadas del cumplimiento sucesivo, en un nuevo artículo 89 CP, y la que correspondía al cumplimiento simultáneo, que quedó en el artículo 88 CP, sin modificar el artículo 90 CP, que continuó refiriéndose únicamente al artículo «anterior», situación que se mantuvo a lo largo de todas las reformas posteriores hasta la actualidad³⁶⁴.

Ahora bien, esta forma de leer el artículo 77 CP, reitero, literalmente aceptable, contrasta con una interpretación sistemática de los concursos³⁶⁵, la cual está orientada a establecer, en todo caso, una pena menor en el concurso ideal, y en el concurso medial, que en el concurso real. En efecto, el propio Código penal establece que, si en un caso concreto la forma de determinar la pena conforme a la absorción agravada o la exasperación, según sea el caso, sobrepasara la que correspondería aplicar de penarse separadamente, esto es, según la acumulación propia del concurso real, se aplicará esta última. Este es el único supuesto en que podrían llegar a tener una misma pena ambas modalidades concursales, pero no por vía de una interpretación posible del artículo 77.1 CP en caso de posible cumplimiento simultáneo, sino por expresa remisión de los artículos 77.2 CP y 77.3 CP al principio de acumulación con independencia de la forma en que su cumplimiento pueda ser llevado a cabo. Por lo tanto, la aplicación del artículo 73 CP en un supuesto de concurso ideal o medial solo está reservada, como excepción, para esos supuestos puntuales de determinación de la pena y no en otros.

La interpretación que aquí se hace no obsta a que debemos marcar las inconsistencias que produce una regulación tan poco sistemática de la concu-

³⁶⁴ ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 339 s.

³⁶⁵ En cambio, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», pp. 14 ss., no solo defiende la lectura indicada desde una interpretación literal, sino también desde una histórica sistemática, al cuestionar la premisa –que aquí se asume como válida– de que la regulación del concurso ideal de delitos difiere sustancialmente de la del concurso real, puesto que el artículo 73 CP está dirigido al responsable de dos o más delitos, circunstancia que es aplicable a todo tipo de concurrencia y no solo al concurso real. Sobre la literalidad de este precepto, ya se indicó aquí también esa particularidad al tratar el concurso real en el punto anterior.

rrencia delictiva³⁶⁶, instando a que se revea la actual de una forma general y coherente, evitando los «ajustes» parciales que, precisamente por hacerse de forma sesgada, terminan generando mayores problemas que soluciones.

2.1.3 CONCURSO MEDIAL

a) *Concepto*

Una de las peculiaridades que tiene la legislación española en esta materia es la regulación específica de esta modalidad concursal que no se encuentra en la mayoría del derecho comparado. El concurso medial es una figura que comparte características del concurso ideal y del concurso real, por lo que puede ser entendida como categoría intermedia. Sin embargo, puede sostenerse con mayor criterio que se trata de un supuesto que, materialmente, es asimilable al concurso real, aunque se lo considere más parecido a un concurso ideal a efectos penológicos³⁶⁷.

La segunda parte del artículo 77.1 CP, para referirse a estos supuestos, menciona a los casos en que uno de los delitos cometidos «sea medio necesario para cometer el otro». La pregunta central es, entonces, ¿cuándo un delito es medio necesario para cometer otro? Las posturas más antiguas hablaban de una necesidad en abstracto, en la cual la comisión del delito fin implicaba de suyo la comisión del delito medio. Sin embargo, esta tesis choca abiertamente con el principio de consunción en materia de concurso de leyes, pudiendo resultar una violación del *non bis in idem*. Con posterioridad se comenzó a hablar de una necesidad en un sentido concreto, entendiendo por tal la que se da en la situación particular de forma objetiva, con independencia de las creencias del autor, aunque –obviamente– sea necesario contar con el conocimiento de

³⁶⁶ CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 857, ya marcaba la necesidad de una regulación del concurso ideal que exceptuara no solo la acumulación de penas que exigen un cumplimiento sucesivo, sino también a la acumulación de aquellas susceptibles de cumplimiento simultáneo.

³⁶⁷ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 46, 75 s., la menciona como una figura «de difícil justificación político-criminal»; CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», pp. 664, 680, como un supuesto especialmente tipificado de concurso real; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 440. Con más referencias, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1030; MAÑALICH, J. P., «El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles», p. 539, nota 95; MORILLAS CUEVA, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», p. 476; ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 25; así también, expresamente, la STS 145/2024, de 15 de febrero. Explícito al respecto, el Proyecto de Reforma del Código penal del año 2013 se refería a los «concursos reales de carácter medial» (Vid. GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», p. 115).

que esa situación objetiva se da para afirmar el dolo. Aunque para un sector de la doctrina³⁶⁸ es preciso que la relación de «necesidad» se pueda establecer *ex post facto* utilizando el criterio del juicio hipotético negativo propio de la causalidad (c.s.q.n.), otros niegan ese modo de determinarla, haciendo hincapié –antes bien– en las posibilidades concretas de actuación que tenía el sujeto para determinar su necesidad³⁶⁹. Así, si hubiera podido cometer el delito-fin, con el mismo grado de dificultades, riesgos y posibilidades de éxito, evitando el delito-medio, habrá que negar esa conexión medial.

La jurisprudencia ha requerido que existan elementos lógicos, temporales y espaciales que vinculen los delitos entre sí, y que permitan establecer esa conexión en términos objetivos³⁷⁰. Por su parte, también es necesaria una conexión subjetiva, esto es, que el autor incorpore esa relación medial dentro de su finalidad delictiva. Si bien es cierto que esa exigencia no surge claramente del tenor literal, puede inferirse que está implícito en la concepción de «medio... para» con la que se referencia al sentido instrumental que tiene el primer delito respecto del segundo³⁷¹. Esa preposición, al igual que acontece con los delitos de tendencia interna trascendente, siempre fue concebida como un elemento del tipo característico de la subjetividad del autor, normalmente como algo distinto del dolo³⁷².

Es jurisprudencia constante, y también avalado por un sector de la doctrina³⁷³, que el orden cronológico de los delitos concurrentes debe ser aquel en el que primero se comete el delito medio y luego el delito fin. Si bien la propia lógica de la relación medio a fin parece avalar esta posición, ello no tiene por qué ser necesariamente así. En este sentido, se ha sostenido que quien sustituye las placas de matrícula con posterioridad a haber hurtado un vehículo no impide que, aunque el orden cronológico sea el mencionado, dicha sustitución sea el medio necesario para la configuración del apoderamiento como momento consumativo del hurto³⁷⁴.

En muchas ocasiones, el problema que suscita esta figura no es tanto la de poder diferenciarla de sus pares ideal y real, sino de poder establecer clara-

³⁶⁸ CORDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», pp. 362 s.; GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», p. 173.

³⁶⁹ Claramente en este sentido, CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 681; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1038.

³⁷⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1034; MORILLAS CUEVA, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», pp. 1363 s.

³⁷¹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1035.

³⁷² GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», pp. 179 ss.

³⁷³ GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», p. 174.

³⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1036 s. En cambio, CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 683, aprecia un concurso real, con citas jurisprudenciales en ese sentido.

mente que no estamos en presencia de un concurso de leyes por consunción y evitar, de esa manera, una vulneración al *non bis in idem*³⁷⁵. Ello en la medida en que la conexión de medio a fin entre ambas infracciones no esté ligada, a modo de forzosa necesidad, de una manera tal que pueda hablarse de que el uno no puede cometerse sin el otro, como establece la relación de consunción, en el sentido de que uno de los dos ya contenga ínsito en su desvalor el contenido del otro y permita considerar a este como uno copenado en aquel.

b) *Regla penológica*

Históricamente, como consecuencia de la influencia que había tenido la escuela clásica italiana en este punto, el concurso medial ha tenido la misma consecuencia que el concurso ideal³⁷⁶, situación que venía siendo muy criticada por la doctrina porque no reflejaba las particularidades que tiene aquel con respecto a este, que lo hacen algo más grave³⁷⁷.

A partir del año 2015 esa situación cambió y el concurso medial pasó a tener una consecuencia jurídica independiente del concurso ideal. La reforma trajo consigo la consagración de un principio de exasperación de la infracción más grave, consistente en incrementarla algo más, pudiendo ser tan solo un día más, sin que ello implique –necesariamente, aunque sí potencialmente– un salto de grado. Al no indicar el artículo la posibilidad de sobrepasar el límite superior del marco sobre el que se impone la pena más grave podría entenderse que este no puede rebasarse. Si ello fuera así, ya no debería denominarse a esta regla como una manifestación del principio de exasperación, sino de una absorción³⁷⁸. Lo paradójico de todo esto, es que la pretensión del legislador de ubicar al concurso medial como una categoría intermedia entre el ideal y el real termina por generar un efecto contrario, pudiendo resultar más favorable para el reo que la regla correspondiente al concurso ideal, ya que aquel no

³⁷⁵ GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 562; 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», p. 559.

³⁷⁶ FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», p. 211.

³⁷⁷ Sobre todo ello, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 216 ss. La jurisprudencia anterior a la reforma, en muchas ocasiones, se refería al concurso ideal y al concurso medial de forma indistinta e intercambiable, como si se tratase de lo mismo (*Vid.* STS 322/2020, de 17 de junio –los hechos eran del año 2014–). Sin embargo, todavía puede apreciarse el mismo vicio en sentencias que se refieren a hechos posteriores al 2015 (*vid.*, por ejemplo, STSJ Madrid 35/2025, de 23 de enero, que se refiere a hechos del 2020).

³⁷⁸ *Vid.* infra 7.2.

impide recorrer «todo» el marco penal de la infracción más grave, mientras que este obliga a imponerla en su mitad superior. Así, por ejemplo, en un concurso entre el delito de robo con violencia e intimidación, con una pena de 2 a 5 años (art. 242.1 CP), o de 3 años y 6 meses a 5 años si fuese en casa habitada (art. 242.2 CP), y el de detención ilegal, con una pena de 4 a 6 años (art. 163.1 CP), que la jurisprudencia ha considerado tanto un concurso ideal³⁷⁹ como un concurso medial³⁸⁰, en este último caso podría imponerse una pena mínima de 4 años y un día, mientras que si se aplica la regla del concurso ideal la pena no podría ser inferior a los 5 años.

Esta situación ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictar una circular destinada a interpretar esta regla penológica, indicando que el límite máximo viene dado por «la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos», es decir, el del concurso real, y el límite mínimo será el de una pena que «habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave», para así reflejar el mayor desvalor que tiene la concurrencia delictiva frente a la unidad delictiva. Por último, y para evitar un efecto contrario al «telos» de la norma, se indica a los Fiscales que concreten la pena final «en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro»³⁸¹.

Finalmente, cabe mencionar, como un ejemplo más de la deficiente técnica legislativa actual, que la última oración del artículo 77.3 CP establece la aplicación de los límites absolutos del artículo 76 CP cuando, al principio, comienza indicando que no será de aplicación lo dispuesto en los dos artículos anteriores, es decir, los artículos 75 y 76 CP, en franca contradicción³⁸².

En definitiva, pese a las fallas legislativas que fueran puestas de manifiesto, y que merecerían ser corregidas, la regla penológica del concurso medial que responde al principio de exasperación facultativa debe ser valorada positivamente si tenemos en cuenta la regulación anterior que equiparaba en las consecuencias jurídicas a dos modalidades concursales que tienen un desvalor diverso³⁸³.

³⁷⁹ SSTS 887/2013, de 27 de noviembre; 357/2022, de 07 de abril.

³⁸⁰ SSTS 322/2020, de 17 de junio; 454/2019, de 8 de octubre.

³⁸¹ Circular 4/2015, punto 7.

³⁸² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 56, nota 165.

³⁸³ De otra opinión, FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», p. 220; GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», p. 125, quien consideraba mejor mantener la regulación anterior.

2.2 Sistemas de regulación del concurso de delitos

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, 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. 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.

Como ya se ha adelantado, el Código penal español adopta una solución plural o diferenciadora en relación con las consecuencias jurídicas que prevé para las distintas modalidades concursales. Así, al concurso ideal se le aplica una pena menor en relación con la prevista en supuestos de concurso real. Y el concurso medial se encuentra en medio de las dos mencionadas en términos de gravedad punitiva, al menos en abstracto.

Sin embargo, las dificultades de delimitación entre una y otra modalidad concursal³⁸⁴ han llevado a un sector de la doctrina a propiciar una consecuencia jurídica única que no obligue a establecer distinciones forzadas, carentes –en algunas ocasiones– de sustento empírico. Este modo de proceder es el adoptado por otras codificaciones que optan por un sistema de «solución unitaria», consistente en otorgar una misma consecuencia jurídica para todo concurso de delitos, con independencia del modo en que este se lleve a cabo. Sin embargo, aun en las legislaciones de este tipo la consecuencia prevista para los concursos es más grave que la que correspondería aplicar a situaciones de unidad delictiva.

Aquí es necesario realizar una aclaración que está relacionada con el concepto de «pena unitaria» que en muchas ocasiones se utiliza indistintamente para referirse a circunstancias que son diferentes³⁸⁵. La distinción que cabe hacer aquí para poder iluminar la discusión es entre «sistema» y «proceso» de determinación de la pena. Mientras que el primero hace referencia al modo de

³⁸⁴ Sobre ello, *Vid. infra* 5.2.

³⁸⁵ Se advierte esto en CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», pp. 821 ss. Llama la atención correctamente sobre esta confusión, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 33 ss.

tratar la consecuencia jurídica para toda clase de concursos, en este sentido «unitario» (*Prinzip der Einheitsstrafe*), que se verá a continuación cuando se analicen los distintos «sistemas de solución unitaria» por oposición a los «sistemas de solución plural», el segundo se refiere a la manera en que va a llevarse a cabo la construcción de la pena concursal final, es decir, en el «proceso de determinación de la pena» consistente en imponer una pena única (*Einheitsstrafe*) en supuestos de concursos, por oposición al de pena global (*Gesamtstrafe*), todo lo cual es independiente del «sistema» que se siga, y sobre el cual se hablará en la tercera parte de este trabajo³⁸⁶. Además, cabe hablar de «principios» de determinación de la pena que establecen cómo deben vincularse las consecuencias jurídicas de los diversos delitos concurrentes antes de iniciar el «proceso de determinación». Estos principios son el de absorción, el de exasperación, el de acumulación y el de combinación, cada uno de los cuales puede presentar variables que los precisen en su propia configuración.

Tanto los «sistemas», como los «principios» y los «procesos» de determinación, no tienen una necesaria correlatividad³⁸⁷, por lo que pueden ser combinados sin ningún tipo de fisuras. Así, por ejemplo, un mismo «proceso» de determinación de pena única puede coexistir con un «sistema» de solución plural³⁸⁸, o puede haber un «proceso» de pena única para una modalidad de concurso y uno de pena global para otra³⁸⁹. Asimismo, un «sistema» unitario de pena no prejuzga sobre el «proceso» de determinación de la pena concreta y, en ese sentido, podemos encontrar tanto supuestos de pena global³⁹⁰ como de pena unitaria. Ambos escenarios, a su vez, podrían funcionar con cualquiera de los «principios» mencionados³⁹¹.

2.2.1 INTRODUCCIÓN

Tanto la solución plural como la solución unitaria, también denominadas «principio de la diferenciación» y «principio de la pena unitaria»³⁹², vienen a posicionarse como las dos grandes opciones para afrontar legislativamente el tema de la concurrencia delictiva. Mientras que la solución unitaria equipara

³⁸⁶ Vid. infra 8.1.

³⁸⁷ EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 10 s.

³⁸⁸ Así, por ejemplo, sucede en Argentina, en los artículos 54 y 55 CP, para ambas formas de concurrencia.

³⁸⁹ Así, en el caso de España y Alemania, aunque con un procedimiento distintos de arribo a la pena final.

³⁹⁰ COENDERS, A., *Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, pp. 45 ss.

³⁹¹ Para más detalles, Vid. infra 7.

³⁹² MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», pp. 1036 s.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 942 s.

en sus consecuencias jurídicas toda hipótesis de concurso, la solución plural parte de la base de establecer una distinción entre ellas. Como fuera anteriormente mencionado, y se verá a continuación, la opción por la solución unitaria no significa desconocer la distinción entre unidad de delito y pluralidad de delitos, sino simplemente las distintas modalidades que se pueden presentar en este último escenario. En ese sentido, la gran mayoría de sistemas unitarios establecen una consecuencia jurídica –al menos– algo más grave que para las situaciones de unidad delictiva.

Antes de pasar a abordar muy sucintamente los distintos sistemas legislativos³⁹³, 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 potencialmente³⁹⁴– a las situaciones de unidad delictiva.

Asimismo debe aclararse qué se entiende aquí por principio de absorción y de exasperación, en la medida que también puede dar lugar a confusión. Aunque será objeto de tratamiento específico más adelante³⁹⁵, 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 grave³⁹⁶. En el primer caso, aun cuando se prevea una pena incrementada, se considerará

³⁹³ Para profundizar sobre la legislación comparada, Vid. GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 71 ss.; MERKEL, P., «Konkurrenz», pp. 326 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 55 ss.; sobre el derecho anglosajón, DÜRR, A., *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law*, pp. 51 ss.

³⁹⁴ 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 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.

³⁹⁵ Vid. infra 7.1 y 7.2.

³⁹⁶ SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 31. En cambio, CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 39, habla de «principio de asperación» para referirse al concurso ideal.

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.

2.2.2 SISTEMAS DE SOLUCIÓN UNITARIA

a) *Proyectos en Alemania*

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 de Código penal de 1962 también abogaba en su §64 por un sistema único de sanción en materia de concursos³⁹⁷. 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 restantes con pena menor deberían ser aplicadas cumulativamente con la pena de prisión de la infracción mayor, previendo un aumento apropiado de la pena, tanto para concursos ideales como para los reales³⁹⁸. Ello es entendido por algunos autores como un principio de combinación³⁹⁹.

³⁹⁷ AA. VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, pp. 122 ss. A favor de una solución unitaria, entre otros, ERB, V., «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen», pp. 37 ss.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 432 ss.; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, pp. 57 ss.; JESCHECK, H. H., «Die Konkurrenz», pp. 529, 542 ss.; LANG, B., *Die Idealkonkurrenz als Missverständnis*, p. 483; NIESE, W., «Empfiehl sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz», pp. 159 ss.; SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», N.º 2, pp. 179, 193 ss.

³⁹⁸ BAUMANN, J./WEBER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 689.

³⁹⁹ Así, no solo para el caso de concurso ideal sino también para la exasperación prevista en el concurso real (Vid. SAMSON, E. «SK-StGB §52 a §55», p. 4, nm. 7); ello deberá ser tenido en cuenta, en lo que sigue, cada vez que se haga mención al principio de combinación.

Mucho antes, Radbruch había propiciado una regulación unitaria en materia de concurso de delitos a través de su proyecto de Código penal en el año 1922⁴⁰⁰. El §63 de este proyecto establecía que, si varias leyes son aplicables a la misma infracción o si alguien ha cometido varias infracciones, se impondrá una única pena. El §64 se refería a las disposiciones específicas sobre la naturaleza y el alcance de esta pena única, que permitía superar hasta en la mitad el máximo previsto para el delito más grave, sin que pueda exceder de 15 años. El §65 aclaraba que, además de la pena principal, también podían o debían imponerse en todos los casos medidas disciplinarias y, en caso de ánimo de lucro, una multa, lo que también venía a consagrar al principio de combinación como regulador en la materia. Todo ello fue refrendado, palabra por palabra, por los proyectos oficiales de reforma de 1925 y 1927, como así también, en lo que al tratamiento unitario concierne, durante el período nacionalsocialista⁴⁰¹.

b) *Francia*

La legislación francesa emergente de la revolución ha tratado con la misma consecuencia a los supuestos de concurrencia delictiva. Inicialmente mediante un principio de absorción, quizás como una reacción al principio de acumulación que se aplicaba en la jurisprudencia del *Ancien Régime*⁴⁰². Ello se produjo, en un primer momento, en la regulación procesal (antiguos 365 y –posterior– 351 *Code d’instruction criminelle* de 1808), pasando a formar parte de la legislación de fondo a mediados del siglo pasado (antiguo art. 5 CP)⁴⁰³. En la actualidad, el *Code pénal* ha vuelto al principio de acumulación «para el supuesto de penas de distinta naturaleza», es decir que se puede aplicar la multa prevista en un delito juntamente con la pena de prisión prevista 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)⁴⁰⁴, que no podrá superar el máximo legal

⁴⁰⁰ RADBRUCH, G., *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)*.

⁴⁰¹ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 489 s.

⁴⁰² Siguiendo a Nypfels, ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. V, p. 391.

⁴⁰³ Para más detalles sobre la evolución histórica, Vid. DESPORTES, F./LE GUNEHEC, F., *Le Nouveau Droit Penal*, T. 1, pp. 664 s., nm. 895; PRADEL, J., *Droit pénal Général*, pp. 761 s., nm. 678; STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit pénal général*, p. 527, nm. 690; en español, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 58 ss.

⁴⁰⁴ DESPORTES, F./LE GUNEHEC, F., *Le Nouveau Droit Penal*, T. 1, p. 664, nm. 894, refieren que la reforma del Código penal pasó de aplicar la absorción de la pena más grave a la de la acumulación, respe-

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)⁴⁰⁵, supuesto en el cual la pena que lleve cumplida por el primer proceso deberá descontarse de la que se imponga por este segundo⁴⁰⁶. En cualquier caso, contiene una limitación absoluta de no sobrepasar los 30 años, a menos que una de las penas efectivamente impuestas sea de cadena perpetua (art. 132.5 CP)⁴⁰⁷. Existen, sin embargo, de igual manera que ocurre con las contravenciones (art. 132-7 CP), ciertos delitos específicos de la parte especial que van a ser sometidos al principio de acumulación o al de exasperación⁴⁰⁸, según el caso.

Se trata de una única regulación para la concurrencia delictiva, que solo parece contemplar la modalidad de concurso real⁴⁰⁹, de igual manera que se desprendía de la anterior regulación⁴¹⁰. Esto se debe, probablemente, a la consideración del concurso ideal como un supuesto de unidad delictiva⁴¹¹, tal como lo ha hecho la «teoría de la unidad» en Alemania⁴¹², pero llevándolo –coherentemente– hasta sus últimas consecuencias. No obstante, situaciones de concurrencia ideal son reconocidas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁴¹³.

tando 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., ÍDEM, p. 665, nm. 895).

⁴⁰⁵ 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 GUNEHÉC, F., *Le Nouveau Droit Penal*, p. 672, 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 CP–) y en la segunda acusación lo es por fraude (cuyo máximo es de 5 años –art. 313.1 CP–), el Juez, a lo sumo, podrá imponer una pena de 3 años a acumular con los 2 anteriormente impuestos, aunque no esté obligado a ello y pueda ordenar la confusión total o parcial de penas (Vid. STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit penal général*, p. 535, nm. 701, de quienes está tomado el ejemplo).

⁴⁰⁶ STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit penal général*, pp. 534 s., nm. 700.

⁴⁰⁷ 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., *Droit penal général*, pp. 536 s., nm. 703, de quienes está tomado el ejemplo).

⁴⁰⁸ DESPORTES, F./LE GUNEHÉC, F., *Le Nouveau Droit Penal*, pp. 681 s., nm. 921, denominan «acumulación jurídica» al principio de exasperación, al igual que se lo hace en Italia.

⁴⁰⁹ En la única definición que existe sobre la concurrencia de delitos, dice el artículo 132.2 CP: «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.

⁴¹⁰ Vid. SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 60 s.

⁴¹¹ Así, expresamente, STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit penal général*, pp. 524 s., nm. 686.

⁴¹² Vid. supra 2.1.2.

⁴¹³ Vid. DESPORTES, F./LE GUNEHÉC, F., *Le Nouveau Droit Penal*, pp. 221 ss., nm.mm. 296 ss.

Ante la falta de previsión legal, se utiliza el principio *non bis in idem* como el fundamento para no aplicar las normas relativas al concurso real y, generalmente, se 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 material⁴¹⁴.

c) *Austria y Suiza*

Soluciones apenas más drásticas ofrecen las codificaciones de Austria y Suiza. En la primera de ellas se prevé una absorción simple, dentro del marco penal de la pena más grave, siempre que se trate de penas de la misma naturaleza, 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 cual supone una corrección por vía del principio de combinación⁴¹⁵. Así, el §28 del Código penal austríaco (en adelante: StGBö) 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 concurrentes⁴¹⁶. Esta misma solución ya se adoptaba en el §34 de la antigua regulación de 1852⁴¹⁷ y no se encontró ninguna necesidad de ser modificada⁴¹⁸ en la reforma producida en 1974. Hasta allí, el §28 StGBö pareciera indicar que claramente se trata de una absorción en un sistema de solución unitaria, sin embargo, por un lado, el §28 (2) StGBö destina a los supuestos de penas de distinta naturaleza, puntualmente si se trata de penas de prisión y de multa, la imposición conjunta –acumulación–⁴¹⁹, y, por el otro, el §33 (1) 1. StGBö establece como circunstancia agravante, dentro del marco de la pena prevista, el

⁴¹⁴ Vid., con referencias a los antecedentes de la *Cour de Cassation* en este sentido, STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit penal général*, pp. 525 s., nm. 687.

⁴¹⁵ KIENAPFEL, D., *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, p. 259; WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 26.

⁴¹⁶ KIENAPFEL, D., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 225.

⁴¹⁷ Para más detalles sobre los antecedentes desde el primer Código penal general austríaco en adelante, Vid. WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 5 ss.

⁴¹⁸ 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/II_00030/imfname_317766.pdf (consultado el 20/10/2025).

⁴¹⁹ KIENAPFEL, D., *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, p. 260.

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 (en adelante: StGBsch) 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 trate⁴²⁰. El actual artículo 49.1 StGBsch (modificado el 01.01.2007) 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 aplicada⁴²¹, y ha agregado una regulación específica para el caso en que uno de los delitos concurrentes se haya cometido durante la minoría de edad⁴²².

d) *Portugal*

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 78.5 CP)⁴²³.

Para comprender 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

⁴²⁰ Vid. HAFTER, E., *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht*, pp. 378 ss.; STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht*, p. 438.

⁴²¹ Así estaba previsto en el anterior artículo 68, 1, último párrafo StGBsch (Vid. TRECHSEL, S., *Schweizerisches StGB*, p. 313).

⁴²² El actual artículo 49.3 StGBsch 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.

⁴²³ Sobre el desarrollo legislativo, aquí y en lo que sigue, Vid. MAIA GONZÇALVES, M., *Código penal português*, pp. 293 s.

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 heterogénea⁴²⁴, marcando la separación entre unidad y pluralidad de delitos, sin hacer una distinción si ellos se cometen mediante uno o varios hechos⁴²⁵.

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 que se traduce en 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 (art. 77.2 CP)⁴²⁶. 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 sujeto (art. 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 grave 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 (art. 79.2 CP). 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

⁴²⁴ FIGUEIREIDO DIAS, J., *Direito Penal. Parte geral*, pp. 1169 s., §43, nn.mm. 3 s.

⁴²⁵ MAIA GONÇALVES, M., *Código penal português*, p. 154. Por ello, quizás, Figueireido Dias equipara las situaciones de concurso ideal con la de concurso aparente (Vid. FIGUEIREIDO DIAS, J., *Direito Penal. Parte geral*, pp. 1176 s., §43, nm. 14), incluso aplicando el principio de combinación del artículo 77.4 CP al concurso aparente (Vid. ÍDEM, p. 1205, §43, nm. 58).

⁴²⁶ FIGUEIREIDO DIAS, J., *Direito Penal. Parte geral*, §43, nm. 51; Ac. STJ, BMJ 461, 221, del 21/11/96, cita en MAIA GONÇALVES, M., *Código penal português*, p. 298; MONTEIRO, C. L., «El problema del concurso desde una comprensión personal del ilícito», p. 23 s.; ORTEGA MATESANZ, A., «La punición del concurso de delitos en el derecho comparado», pp. 461 ss. De otra opinión, GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», p. 100, quienes consideran que el principio que rige es el de absorción; y PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 312 s., quien entiende que se trata de un supuesto de exasperación.

jurídico, ejecutados de forma esencialmente homogénea y aprovechándose⁴²⁷ de una misma situación exterior que disminuya su culpabilidad. A ello agrega, a partir de 2007⁴²⁸, un requisito negativo: que los delitos en cuestión no sean cometidos contra bienes eminentemente personales, a menos que se trate de la misma víctima (art. 30.3 CP)⁴²⁹. Esta última excepción –relacionada con la exigencia de que la lesión a tales bienes recaiga sobre una pluralidad de víctimas– desaparece a partir de la reforma de la ley 40/2010, de 3 de septiembre. En consecuencia, el Código penal portugués actualmente excluye la aplicación del delito continuado en todos los casos que impliquen la afectación de bienes eminentemente personales, con independencia del número de víctimas.

e) *Colombia*

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 en 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,

⁴²⁷ 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. Al respecto, *Vid.* AA. VV., *Diccionario español-portugués/portugués-español de términos comerciales, económicos y jurídicos*, p. 438, que traduce el término por «solicitud» 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.: «La figura del delito continuado presupone, además, que la ejecución múltiple del mismo delito o de delitos homogéneos tenga lugar en el marco de una misma situación exterior que disminuya considerablemente la culpa y no bajo la influencia o presión de circunstancias internas o endógenas» (traducción propia), *Vid.* Ac. STJ, BMJ 453, 157, del 10/01/96, disponible en <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/79F0F1B2DA11E2AD802568FC003B66B9> (consultado el 20/10/25). 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, supuesto en el 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., *Direito Penal. Parte geral*, §43, nm. 48 –traducción propia–).

⁴²⁸ Sobre la necesidad o no de este agregado, *Vid.* MONTEIRO, C. L., «Crime continuado e bens pessoalíssimos – A concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal», pp. 745 ss.

⁴²⁹ Eso no significaba, como aclara MONTEIRO, C. L., «Crime continuado e bens pessoalíssimos – A concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal», p. 748, que de la redacción pueda derivarse una interpretación a *contrario sensu* que suponga la aplicación del delito continuado siempre que haya una única víctima, sino que tal posibilidad quedaría abierta a la interpretación del juez, quien debía decidir si correspondía aplicar la continuidad delictiva o no.

sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas», adoptando una regla de exasperación obligatoria. Sin embargo, respecto de las penas de multa, el artículo 39.4 CP prevé la acumulación jurídica⁴³⁰ para el supuesto de concurrencia delictiva, y también prevé la aplicación conjunta de aquellas consecuencias jurídicas distintas de las previstas en la conducta que tenga señalada la pena más grave, lo cual puede considerarse también aquí en general un principio de combinación⁴³¹.

Como se observa, la forma de incrementar la pena no está bien determinada, sino que puede aumentarse «hasta en otro tanto»⁴³². No obstante, se prevé un límite relativo relacionado con el tope al que se llegaría bajo un principio de acumulación, en tanto que la pena final no puede ser superior a la que arrojaría la suma de cada una de las concurrentes, y uno absoluto de 60 años, para las penas privativas de libertad⁴³³, y de 20 años, para las penas privativas de derechos (art. 51 CP). El mismo artículo contiene en la parte final un párrafo destinado al delito continuado y delito masa, con una exasperación más determinada: se aplicará la pena del tipo correspondiente aumentada en un tercio⁴³⁴.

2.2.3 SISTEMAS DE SOLUCIÓN PLURAL

a) *Italia*

El antiguo artículo 71 CP italiano preveía la misma consecuencia jurídica para ambas clases de concursos, quizás debido a la influencia que tuvo en el

⁴³⁰ 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*, p. 492).

⁴³¹ 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 la tasación de la pena correspondiente».

⁴³² 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 n.º 59683).

⁴³³ El artículo contenía una referencia a la prisión perpetua revisable como supuesto que exceptuaba, obviamente, cualquier límite cuando una de las penas concurrentes estuviese sancionada con esa pena; sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la prisión perpetua revisable mediante sentencia C-155-22, de 5 de mayo de 2022, razón por la cual esa referencia queda suprimida.

⁴³⁴ Por ello, entiendo que 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 párrafo solo contendría una sanción distinta para esas situaciones (Vid. VELÁSQUEZ, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 491). Esa referencia del primer párrafo lo que hace es consagrar la posibilidad de que exista un concurso ideal homogéneo.

Código Rocco de 1930 el positivismo criminológico⁴³⁵, 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 1974⁴³⁶, 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 material⁴³⁷.

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 delito continuado⁴³⁸. 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 la sumatoria de las penas que deberían imponerse por cada delito individual (art. 73 CP). Sin embargo, esa pena no podrá superar el quíntuplo de la más grave –límite relativo– ni los 30 años para penas de reclusión o 6 años para las de arresto (art. 78 CP), a menos que una de ellas tenga prevista una pena de 24 años o más, supuesto en el cual se aplicará la prisión permanente –*ergastolo*– (art. 73.2 CP), al igual que, como es obvio, si alguno –o todos– los delitos concurrentes ya contienen la pena de prisión permanente (art. 72 CP), variando el tiempo de imposición del aislamiento diurno según se trate de una situación o de la otra⁴³⁹. Cuando las infracciones concurrentes tengan previstas penas de distinta naturaleza, se aplican todas conjuntamente en su totalidad (arts. 74 y 75 CP)⁴⁴⁰. Lo mismo ocurre –aplicación conjunta– con las consecuencias accesorias de cada una de ellas (art. 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 (art. 79 CP).

⁴³⁵ Ferri criticaba las distinciones que se hacían en materia de concursos (Vid. FERRI, E., *Principii di Diritto Criminale*, pp. 666 ss.).

⁴³⁶ BETTIOL, G./PETTOELLO-MANTOVANI, L., *Diritto Penale. Parte generale*, pp. 691, 696; MANTOVANI, F./FLORA, G., *Diritto Penale*, pp. 479 s.

⁴³⁷ FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 705; regulación que se estimaba demasiado blanda por parte de la Escuela positiva (Vid. MANTOVANI, F./FLORA, G., *Diritto Penale*, p. 479).

⁴³⁸ 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 denominarían de exasperación. Por lo tanto, la distinción se realiza dentro de la acumulación material, siendo «totale», si no prevé ningún límite, o «temperata», si tiene ciertos límites (Vid. RIZ, R., *Lineamenti di diritto penale*, p. 118). Este último caso se correspondería con lo que entre nosotros se conoce como acumulación jurídica, y el primero como una acumulación material «a secas».

⁴³⁹ Así, si todos los delitos concurrentes contienen la pena de prisión permanente el aislamiento será de 6 meses a 3 años, mientras que si un delito con esa pena concurre con otro que tenga prevista una pena temporal superior a 5 años, el aislamiento diurno será de 2 a 18 meses –art. 72 CP– (Vid. PELISSERO, M., «Unità o pluralità di reati», p. 620). El Tribunal Constitucional declaró en el año 1994 la inconstitucionalidad del artículo 73.2 CP para el caso en que la pluralidad de delitos haya sido cometida por menores imputables (Vid. la cita correspondiente en FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, p. 705, nota 5).

⁴⁴⁰ MANTOVANI, F./FLORA, G., *Diritto Penale*, p. 742.

En los casos del concurso ideal⁴⁴¹ y del delito continuado, se aplica la pena por la infracción más grave aumentada hasta el triple (art. 81 CP). El límite está dado por las penas que corresponderían en casos de concurso real.

b) *Latinoamérica*

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 absorción simple (art. 54 CP), mientras que el concurso real lo está bajo el principio de acumulación jurídica⁴⁴², con un límite absoluto de 50 años (art. 55 CP)⁴⁴³. 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 combinación⁴⁴⁴. 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 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, gracias al límite absoluto de 50 años⁴⁴⁵.

El Código penal brasileño regula el concurso real con el principio de acumulación aritmética (art. 69 CP), sin ningún tipo de límite, mientras que

⁴⁴¹ 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./FLORA, G., *Diritto Penale*, pp. 479 s.).

⁴⁴² SOLER, S., *Derecho penal argentino*, T. II, p. 364. En cambio, Zaffaroni considera que el principio que rige en esta materia es el de exasperación (Vid. ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, p. 513); también en ZAFFARONI, R. E./ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 852.

⁴⁴³ Históricamente el Código mantenía el límite absoluto del máximo de pena de que se trate, el cual, 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.

⁴⁴⁴ Así, CARAMUTI, C., *Concurso de delitos*, p. 312, refiere que se trata de un principio de combinación junto al de acumulación limitada.

⁴⁴⁵ Sobre todo ello, en particular en relación con el concurso real, ZIFFER, P., «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», pp. 255 ss.

para el concurso ideal aplica el principio de exasperación, incrementándose de un sexto a la mitad la pena más grave (art. 70 CP), a menos que se trate de una acción u omisión dolosa y las infracciones concurrentes correspondan a «désignios autónomos»⁴⁴⁶, en cuyo caso se aplicarán cumulativamente⁴⁴⁷. 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 (art. 71 CP). No obstante, si se trata-se 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 una regla con base en el principio de exasperación facultativa para el concurso ideal (art. 48 CP), y en el de acumulación para el concurso real. En el primer caso, parte de la pena prevista en abstracto para la infracción más grave, 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–, a menos que alguno de los delitos concurrentes se encuentre reprimido con cadena perpetua, supuesto en el cual se aplicará ésta (art. 50 CP). Asimismo, regula el delito continuado (art. 49 CP) bajo el principio de absorción de la pena más grave, pudiendo exasperarse la pena en un tercio si se cometiera contra una pluralidad de víctimas. 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–, respecto de la conceptualización de cada una de las modalidades, diferenciándose en las consecuencias jurídicas de cada uno de ellos. Principalmente, en el tratamiento igualitario que confiere al concurso medial y al ideal, y que dicho tratamiento, en abstracto, es más gravoso, ya que implica la imposición del máximo de la pena, pero también en la particular regla de determinación de la pena del concurso real. Puntualmente, el artículo 74 CP, que regula el concurso real⁴⁴⁸,

⁴⁴⁶ Sobre el sentido de esta expresión, *Vid.* GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», pp. 118 s., quienes le asignan la interpretación de una «multiplicidad de planes delictivos».

⁴⁴⁷ GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», pp. 99, 121 s.

⁴⁴⁸ Sobre los antecedentes históricos de la regulación, *Vid.* 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», pp. 590 s.

indica que «[a] 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 pena⁴⁴⁹.

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 aquel país, del que aquí no se puede dar cuenta en profundidad⁴⁵⁰. 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»⁴⁵¹. Con ello, viene a consagrar un principio de exasperación para supuestos de concurso real homogéneos, sea que puedan

⁴⁴⁹ MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», p. 507.

⁴⁵⁰ 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», pp. 590 ss.; MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», pp. 498 ss.; OLIVER CALDERÓN, G., «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», pp. 167 ss.

⁴⁵¹ El anterior artículo 509 CPP, antecedente inmediato del actual artículo 351 CPP, lo vinculaba a la unidad de título de la regulación penal, ya que establecía que se considerarían delitos de la misma especie «aquellos que estén penados en un mismo título del Código penal o ley que los castiga» (*Vid.* 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», pp. 590 ss., y nota 11).

tratarse como un único delito (y, con ello, de aplicación el primer párrafo) o no (y, con ello, de aplicación el segundo párrafo)⁴⁵², y siempre y cuando 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, sea a través del principio de acumulación o de exasperación, 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»⁴⁵³.

Un esquema posible de interpretación de todas estas variantes consiste en entender que el primer párrafo del artículo 351 CPP se corresponde con la figura del delito continuado⁴⁵⁴, es decir, situaciones de pluralidad de infracciones de la misma especie que se consideran un único delito, mientras que el segundo párrafo se refiere a situaciones en las que, dado lo anterior, no pueden ser consideradas como un único delito, debido a la naturaleza de las infracciones, sino como un verdadero concurso. Ambos supuestos, no obstante, serían identificados bajo una misma descripción como «homogéneos», en tanto ambos párrafos requieren que sean delitos de la misma especie⁴⁵⁵. Finalmente, el panorama quedaría completado con el artículo 74 CP para los supuestos de concurrencia real heterogénea. Las razones por las cuáles un concurso homogéneo debería conllevar una pena menor que un concurso heterogéneo son difíciles de hallar⁴⁵⁶. Una interpretación alternativa sostiene que la distinción entre el primer y el segundo párrafo del artículo 351 CPP no se corresponde con una diferencia material en la forma de entender ambos escenarios, sino que se trata de una regla penológica específica para una situación que permite unificar ficticiamente los dos o más hechos punibles como si de un solo delito

⁴⁵² COUSO SALAS, J., «¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas, y en perspectiva comparada», pp. 333 s.; 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», pp. 516 ss.; OLIVER CALDERÓN, G., «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», p. 172.

⁴⁵³ 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», p. 513.

⁴⁵⁴ En contra de ello, OLIVER CALDERÓN, G., «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», p. 183.

⁴⁵⁵ De otra opinión, 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», pp. 600 s., considera que solo el primer párrafo recogería supuestos de homogeneidad, mientras que el segundo párrafo lo haría con los de heterogeneidad.

⁴⁵⁶ 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», pp. 554 s.

se tratara⁴⁵⁷. Sin embargo, esta interpretación pareciera diluir la distinción que pretende establecer el legislador entre una situación y la otra⁴⁵⁸, puesto que la consecuencia penológica es prácticamente idéntica⁴⁵⁹ en ambas posibilidades.

c) Alemania

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 país⁴⁶⁰, y de la diferente regulación que adoptaran países culturalmente muy cercanos, como Austria o Suiza.

Con variaciones menores en este punto, el StGB siempre ha partido de diferenciar entre concurso ideal (§52 StGB) y concurso real (§53 y §54 StGB)⁴⁶¹, previendo las consecuencias jurídicas derivadas del principio de combinación⁴⁶² 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 complementario, en el sentido de que la pena final no puede quedar debajo del mínimo establecido para los delitos cometidos (§52.2 StGB)⁴⁶³. En

⁴⁵⁷ 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», pp. 516 ss.

⁴⁵⁸ Algunas posiciones directamente pretenden desconocer cualquier posible diferencia entre ambos párrafos (por todos, OLIVER CALDERÓN, G., «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», pp. 172 ss.). Sobre estas posiciones, críticamente, 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», pp. 509 ss.

⁴⁵⁹ Las dos situaciones tienen prevista una exasperación de aumento de pena en uno o dos grados, y la diferencia estriba en que la pena de base de la que se parte en el primer párrafo es aquella prevista para el hecho unificado ficticiamente, mientras que aquella de la cual se parte en el párrafo segundo es la que en concreto represente la pena mayor. Cuestión distinta, y, por cierto, difícil de entender bajo esta comprensión, es que la diferencia entre una y otra pena de partida sea lo suficientemente importante como para justificar una distinción como la que establece el artículo 351 CPP.

⁴⁶⁰ En profundidad sobre ello, Vid. EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 28 ss.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 46 ss.; en español, SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 87 ss.

⁴⁶¹ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 9; con la excepción de los proyectos mencionados que propiciaban una solución unitaria (Vid. supra 2.2.2.a)).

⁴⁶² 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. EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 44 s.; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 573 s.); por esa razón, la jurisprudencia de entonces no lo aplicaba en puridad, sino como una absorción limitada y complementaria (Vid. RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», pp. 105 s., nn.mm. 39 ss.).

⁴⁶³ Esto se denomina «efecto de bloqueo de la ley más benigna» que impide que el infractor pueda quedar en mejor situación porque su acción constituya varios delitos (Vid. STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 849, nn. 34).

cuanto al concurso real, tiene un procedimiento de tres etapas⁴⁶⁴: en primer lugar, se determinan las penas para cada hecho individualmente considerado (*Einzelstrafen*), para luego así poder establecer cuál es la más grave de éstas⁴⁶⁵. Finalmente, se toma la pena más grave individualmente considerada (*Einsatzstrafe*), y se aumenta un poco, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y los hechos cometidos (§54.1, *in fine* StGB), arrojando de esa manera una «pena global» (*Gesamtstrafe*). 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 temporales⁴⁶⁶ –límite absoluto–, o de 720 cuotas diarias (*Tagessätze*) para los supuestos de pena de multa (§54.2 StGB)⁴⁶⁷.

Por último, prevé 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. Con una regulación similar a la que establece el Código penal español, se requiere que el hecho que ahora se juzga se haya cometido con anterioridad al que fuera juzgado previamente, de tal forma que, de haberse conocido, se les hubiese aplicado la regla prevista por el §54 StGB. Además, se requiere que la sentencia previa haya pasado en cosa juzgada, pero debe estar vigente, en el sentido de que no tiene que estar completamente ejecutada, prescripta o condonada (§55.1 StGB). En el caso de que la condena anterior tuviese penas accesorias y medidas de seguridad, éstas se deben mantener, siempre que no se hayan tornado carentes de objeto por la nueva decisión (§55.2 StGB). Se aclara, con razón, que si la nueva pena a imponer tuviera algunas de las consecuencias jurídicas mencionadas –penas accesorias y/o medidas– que sean coincidentes con las impuestas en la condena anterior, sería inadmisibles su imposición autónoma, puesto que conduciría a una duplicación que no hubiese ocurrido de haberse juzgado conjuntamente⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», pp. 1997 ss., nn.mm. 1 ss.

⁴⁶⁵ 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 (Vid. STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 856, nn. 5).

⁴⁶⁶ A salvo, claro está, de la pena privativa de libertad perpetua, que se aplicará en caso de que uno de los delitos concurrentes tenga prevista esa consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el §54.1 (Vid. KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 522).

⁴⁶⁷ 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., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 43, 47).

⁴⁶⁸ KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, pp. 525 s., refieren, con citas jurisprudenciales en este sentido, que «según la idea básica del §55, el autor debe ser puesto en la misma situación en la que habría estado si todos los hechos hubieran sido juzgados simultáneamente».

d) *España*

La legislación española también tiene un largo recorrido histórico adoptando el sistema de solución diferenciada⁴⁶⁹ para las dos principales modalidades de concurrencia⁴⁷⁰, 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 1983⁴⁷¹. Luego de ello, con la modificación integral 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 leyes⁴⁷². El delito continuado y el delito masa, que tenían una regulación con una consecuencia próxima, pasaron a tener una diferencia notoria entre ellos, al reducir la sanción para el delito continuado e incrementar la del delito masa⁴⁷³. Una modificación

⁴⁶⁹ A favor de la solución plural, entre otros, CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 850; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 912 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 256 ss. En contra, propician una solución unitaria, con matices entre ellos, CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español. Parte general*, p. 649; GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», p. 206; MORILLAS CUEVA, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», pp. 483 ss.; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 360; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, pp. 58 s., 147 s.; VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, p. 42.

⁴⁷⁰ Sobre los antecedentes legislativos, por todos, *Vid.* SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 173 ss.

⁴⁷¹ Ley orgánica 8/1983.

⁴⁷² 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 (así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, pp. 496 s.), aunque también se veía en él una referencia a la subsidiariedad expresa (así, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, pp. 201 ss.). No obstante, la jurisprudencia ya venía aceptando la aplicación de los demás principios, incluso con preferencia respecto del de alternatividad (*Vid.* SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 194).

⁴⁷³ 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, aunque luego volvió a introducir la posibilidad de aumentarla —*exasperación facultativa*— hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (LO 15/2003, de 25 de noviembre), e incrementó la sanción al delito masa permitiendo la exasperación hasta en dos grados.

importante, en términos aclarativos, tuvo que ver con el reemplazo de la palabra «delitos» –que contenía el supuesto de hecho del concurso ideal/medial en el anterior art. 71 CP– por el término «infracciones», ya que había dado 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 real⁴⁷⁴. Con la nueva definición, ese problema fue definitivamente resuelto⁴⁷⁵.

Sin embargo, en mi opinión, el cambio más trascendente en esta temática se dio con la incorporación del artículo 78.1 CP, que establece una especie de excepción a la excepción, al menos en lo que a los beneficios penitenciarios refiere⁴⁷⁶. El artículo 76 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 78.1 CP establece⁴⁷⁷ que, en tanto la aplicación de los límites del artículo 76 CP deje la pena por debajo de la mitad de las que hubieran correspondido imponer de conformidad con la acumulación, 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 pena⁴⁷⁸, lo cual no deja de ser un manifiesto retroceso⁴⁷⁹. Por si ello fuera poco,

⁴⁷⁴ Vid. CUERDA RIEZU, A., «El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», pp. 2 s.; EL MISMO, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 185 ss.

⁴⁷⁵ Si bien la reforma de la LO 1/2015 volvió a introducir el término «delitos», al haber eliminado las faltas ya no se presenta el problema mencionado (Vid. nota 288).

⁴⁷⁶ Destaca SANZ MORÁN, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», p. 517, que, si se tratase de una auténtica excepción a los límites previstos en el artículo 76 CP, ello supondría entender que «sería posible el cumplimiento total de la suma de las penas en que se incurrió», lo cual resultaría inconstitucional; en el mismo sentido, siguiendo a García Arán, se expresa GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 450. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la denuncia de inconstitucionalidad que supondría una pena tan larga ha perdido peso luego de la incorporación al sistema de penas del Código penal de la prisión permanente revisable por la LO 1/2015, y su posterior legitimación constitucional por parte del Tribunal Constitucional en la STC 169/2021, de 6 de octubre.

⁴⁷⁷ Sobre las modificaciones que fue sufriendo desde su incorporación en el Código penal de 1995 hasta la actualidad, Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 578 ss.

⁴⁷⁸ Sobre la discusión en relación con la naturaleza de la norma, si se trata de un problema de determinación o más bien de un problema de ejecución de la pena, Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 455; SANZ MORÁN, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», p. 517.

⁴⁷⁹ 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», pp. 5 ss., afirmando que «es una norma vigente pero inaplicable, porque parte de un supuesto de

el artículo 78.2 CP permite al Juez de Vigilancia Penitenciaria no aplicar lo establecido en el inciso anterior –¡en lo que sería una tercera excepción!–, si, luego de un «pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador», acuerda razonadamente la aplicación del régimen general de cumplimiento, esto es, del artículo 76.1 CP⁴⁸⁰, luego de haber oído al Ministerio Fiscal, a la Institución Penitenciaria y las demás partes.

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 del concurso ideal (absorción agravada) a una exasperación facultativa⁴⁸¹, y se incrementaron los límites a la acumulación en casos de concurso real, pasando el límite absoluto máximo aplicable de 30 a 40 años⁴⁸². Por último, en la reforma del año 2015⁴⁸³ se separa, en cuanto a las consecuencias jurídicas, al concurso medial respecto del concurso ideal⁴⁸⁴, 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 en 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 infracción⁴⁸⁵, cuando el concurso ideal puede llegar a imponerse también en ese máximo.

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 (LLOO 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 (*Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», pp. 684 s., nm. 5573).

⁴⁸⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 456.

⁴⁸¹ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

⁴⁸² Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

⁴⁸³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁴⁸⁴ Situación que no había sido modificada en el Código de 1995 y cuya asimilación era considerada impropia (*Vid.* SANZ MORÁN, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», p. 515).

⁴⁸⁵ 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».

e) *Modelo anglosajón*

En Inglaterra y Gales, y en otros países de su entorno jurídico⁴⁸⁶, aún con las particularidades propias de su sistema⁴⁸⁷, también se ofrecen respuestas diversas según las propiedades que presenten cada una de las situaciones de concurrencia delictiva. Entre ellas, una de las primeras que se menciona es la relativa a la unidad o pluralidad de hechos o incidentes⁴⁸⁸, y su dependencia o independencia⁴⁸⁹, razón por la cual es oportuno incluir a esta jurisdicción como una de aquellas que adoptan un sistema de solución plural.

Si bien se parte de la premisa de que en los casos de pluralidad delictiva debe considerarse la pena correspondiente a cada delito, se cuestionan los

tos del concurso de delitos», 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).

⁴⁸⁶ Por ejemplo, Canadá, Australia, Nueva Zelanda (Vid. *A short guide - Sentencing for multiple offences (Totality)*, p. 4, disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/a-short-guide-sentencing-for-multiple-offences-totality/> –consultado el 20 de octubre de 2025); o Estados Unidos, donde si bien el Código Penal Modelo no mencionaba el principio de la totalidad, delegaba en los jueces la decisión de imponer penas consecutivas o concurrentes en la pluralidad delictiva, aunque reduciendo enormemente la importancia práctica de las penas consecutivas (Vid. FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», p. 200; TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», p. 246). Para un panorama general sobre la situación en Estados Unidos, Vid. FRASE, R., «The Treatment of Multiple Current Offenses», pp. 91 ss.; REITZ, K., «Comparing Sentencing Guidelines. Do US System Have Anything Worthwhile to Offer England and Wales?», pp. 182 ss.

⁴⁸⁷ La principal diferencia es, como se verá, que se trata de directrices con base en principios y no con base en montos de pena. Las directrices son vistas positivamente como una forma de establecer ciertas limitaciones a los jueces, que antes no tenían y suponía una enorme discrecionalidad por su parte, por lo que son necesarias para abordar el «déficit democrático» que implica tomar decisiones en el orden penal por fuera de las consideraciones del Parlamento, y pretenden proporcionar mayor consistencia en el enfoque de la imposición de penas, como así también aumentar la transparencia en la política criminal de las sentencias y la práctica de la imposición de penas (sobre todo ello, Vid. YOUNG, W./KING, A., «The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines. A Comparison of England and Wales and New Zealand», pp. 203 ss., indicando cómo el sistema neozelandés es mejor que el de Inglaterra y Gales para alcanzar esos objetivos, Vid. ÍDEM, pp. 208 ss.). Sobre las dos formas, numéricas o principalistas, como políticas de las directrices, Vid. VON HIRSCH, A., «Guidance by numbers or words? Numerical versus narrative guidelines for sentencing», passim.

⁴⁸⁸ WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», pp. 294 s.

⁴⁸⁹ Con anterioridad a la existencia de una *guideline* que lo mencione expresamente, como ocurre con la actualmente vigente, ya en los años 70's se hacía referencia a «la regla de la transacción única» como criterio determinante para la aplicación de las penas en forma concurrente o simultánea (Vid. las referencias jurisprudenciales en THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.ª ed., pp. 53 ss.). En contra de esa regla, Jareborg propone abandonarla, tal como lo hicieron Suecia y Finlandia (Vid. JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», p. 134); en el mismo sentido, por considerarla demasiado maleable y vaga, afirma que la abandonaría, WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», pp. 296 s. y 304. Ashworth y Kelly, más moderados, refieren que si bien es cierto que hay casos indiscutibles que se derivan de una transacción única, también hay una «penumbra de incertidumbre» en ciertos casos en que esa regla no puede ofrecer ninguna orientación firme y está abierta a manipulaciones (Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 336).

efectos distorsivos que podría generar la sumatoria de cada pena cuando se trata de penas de prisión. El principio general que se aplica para estos casos es el *totality principle*⁴⁹⁰, que tiene en cuenta, como su nombre lo indica, la totalidad de los delitos cometidos con el fin de limitar⁴⁹¹ la posible aplicación de penas acumuladas; sin embargo, la forma de construir la pena será distinta según se corresponda con una *concurrent sentence* o con una *consecutive sentence*⁴⁹². Es por ello por lo que, en 2012, el *Sentencing Council*⁴⁹³ ha desarrollado unas directrices de actuación para los magistrados en estos casos, denominada *Totality guideline*, que no tiene otro principio rector que el de establecer sentencias justas y proporcionadas. Las *guidelines* sirven de guía para que los jueces puedan tener criterios más homogéneos a la hora de sentenciar estos supuestos⁴⁹⁴. Por ello, no es del todo correcto que los tribunales tengan «discreción» al determinar si el cumplimiento será concurrente o consecutivo⁴⁹⁵. En efecto, el artículo 125 de la *Coroners and Justice Act 2009* establecía el *deber (must)* de los jueces de seguir las *guidelines* que sean relevantes para el caso, por lo que una condena impuesta sin referencia a la directriz pertinente, o en contra de ella, sería ilegal, aunque ese sea el proceder normal en la práctica⁴⁹⁶. Si bien esa ley fue modificada por la *Sentencing Act 2020*, en su actual artículo 59.1 mantiene la redacción de la anterior. La excepción al seguimiento de la directriz correspondiente solo puede darse en caso de que

⁴⁹⁰ Sobre este principio, en detalle, *Vid. infra* 8.4.

⁴⁹¹ De otra opinión, Ashworth y Wasik consideran que, antes que tratarse de un principio limitador, debe ser un principio determinante de la pena (*Vid. ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», pp. 217 ss.; WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», p. 290. Ya antes, JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», pp. 134 s.; WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, pp. 35, 38, agrega que el principio no solo serviría para reducir la pena total sino también para incrementarla.*

⁴⁹² El término «sentencia» que se utilizará en este apartado no coincide exactamente con el término jurídico que se le da en España, vinculado más bien al acto jurisdiccional que contiene la decisión del juez o de los jueces, según el caso, sino con el significado que se le asigna en la tradición anglosajona, que es similar al de condena o pena impuesta.

⁴⁹³ Este Consejo se creó en el año 2010 por el *Coroners and Justice Act 2009* en reemplazo del anterior *Sentencing Guidelines Council*, que funcionó entre 2004 y 2009. Sobre su constitución y competencias, *Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., pp. 39 ss.; BOTTOMS, A., «The Sentencing Council in 2017», párrafos 6 ss., disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/SCReport_FINAL-Version-for-Publication-April-2018.pdf (consultado el 20/10/2025). Sobre la interacción entre este *Sentencing Council* y el *Court of Appeal Judgments*, que también contiene orientaciones para los jueces, *Vid. ASHWORTH, A., «The evolution of English sentencing guidance in 2016», pp. 514 ss., y 518 ss.**

⁴⁹⁴ YOUNG, W./KING, A., «The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines. A Comparison of England and Wales and New Zealand», pp. 203 ss.

⁴⁹⁵ Así lo sostiene, sin embargo, COUSO SALAS, J., «¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas, y en perspectiva comparada», pp. 340 ss.

⁴⁹⁶ ASHWORTH, A., «The evolution of English sentencing guidance in 2016», pp. 510, 519.

sea «contario a los intereses de la justicia»; no obstante, si ese fuera el caso, el juez debe justificar por qué considera que iría contra esos intereses⁴⁹⁷.

A fines del 2022 se inició un proceso de revisión que culminó con la aprobación de una nueva *guideline* que entró en vigor el 1 de julio de 2023. Por esa razón, aquí se dará cuenta de la directriz originaria y su reforma, con explícita mención de los puntos que fueron modificados y aquellos otros que se mantuvieron.

A. *Totality guideline* 2012

Esta *guideline* basaba la estructura del procedimiento de determinación en supuestos de *Multiple Offence Sentencing* (en adelante: MOS) en cuatro fases⁴⁹⁸. En la segunda de ellas divide los supuestos de determinación de la pena en dos: por un lado, las sentencias de cumplimiento concurrente (*concurrent sentences*) y, por el otro, las sentencias de cumplimiento sucesivo (*consecutive sentences*). Antes de entrar a ver en qué casos se debe determinar la pena en uno u otro caso, hay que destacar que con cumplimiento concurrente se refieren al modo de determinar la pena que en el ámbito continental emparentaríamos con el principio de absorción, mientras que al de cumplimiento sucesivo lo asimilaríamos con el de acumulación⁴⁹⁹.

Hay dos principios básicos que rigen la determinación de la pena para las MOS⁵⁰⁰: El primero se refiere a que la pena que surja de la determinación de cumplimiento concurrente debe ser, normalmente, más larga que las penas que se imponen por un solo delito⁵⁰¹. Con ello, se establece la distinción primaria

⁴⁹⁷ Sobre ello, en forma determinante, ASHWORTH, A., «The evolution of English sentencing guidance in 2016», pp. 512 s.

⁴⁹⁸ A su vez, el *Totality principle* es el séptimo paso (de un total de nueve o –eventualmente– diez) que conforma la estructura que debe seguir el juez para determinar la pena en cada delito según la *guideline* que corresponda; al respecto, *Vid. General guideline: overarching principles*, disponible en <https://sentencingcouncil.org.uk/guidelines/general-guideline-overarching-principles/?source=7511> (consultado el 20/10/2025).

⁴⁹⁹ JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», p. 133. Aunque también forman parte de condenas concurrentes supuestos que, en España o Alemania, serían de concurso de leyes. Véase, además, la aclaración que se hace en nota 504.

⁵⁰⁰ *Vid. Totality guideline 2012 - General principles*, puntos 1 y 2, disponible en https://sentencingcouncil.org.uk/media/0xad03xu/definitive_guideline_tics__totality_final_web.pdf (consultado el 20/10/2025); ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., p. 332.

⁵⁰¹ Algo con lo que «todo el mundo está de acuerdo» (*Vid. ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 212*). Es por ello por lo que no se trataría, en rigor, de una absorción simple, en la medida que la pena *debería* agravarse en forma apropiada por la existencia de los demás delitos concurrentes para evitar que tenga la misma sanción que los supuestos de unidad delictiva. En este sentido, Frase, bajo el nombre de «concurrent-plus sentencing»

fundamental: la concurrencia delictiva es una situación más lesiva que la de unidad delictiva; el segundo indica que, también normalmente, será imposible alcanzar una pena justa y proporcionada basado en la simple acumulación de las penas individuales. Esto último se corresponde con la tradicional crítica que se le dirige al principio de la acumulación material debido a su carácter potencialmente excesivo.

Con esos dos principios generales rectores, el proceso de determinación comienza con una primera fase en la que el tribunal debe calcular la pena que correspondería aplicar a cada delito individualmente considerado⁵⁰². Es importante destacar que esta determinación individual no se hace pública, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones⁵⁰³.

El segundo paso de la decisión consiste en determinar si las penas individualizadas van a cumplirse de forma simultánea/concurrente (*concurrent*) o de forma sucesiva/consecutiva (*consecutive*)⁵⁰⁴. De nuevo, a diferencia de otras

indica que normalmente las penas concurrentes deberían ser superiores a aquella que sería apropiada para el más grave de los delitos (*Vid. FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses»*, p. 205).

⁵⁰² Por esta razón entiendo equivocado el planteo de WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», p. 289, cuando dice que se llega a la misma consecuencia (*i.e.* pena) independientemente de si se utiliza la modalidad concurrente o consecutiva, porque invierte los pasos 1 y 2, indicando que primero se establece la pena total y luego se acomodan las penas individuales, claramente en contra de lo que dice la *guideline*, como él mismo lo reconoce en la página 291, nota 33.

⁵⁰³ Por ejemplo, en Finlandia y Suecia (*Vid. HINKKANEN, V./LAPPI- SEPPÄLÄ, T., «Sentencing Theory, Policy and Research in the Nordic Countries»*, pp. 366 ss.). Este punto era fuertemente criticado por la doctrina especializada, ya que impide que las partes involucradas, directa o indirectamente, en el proceso conozcan las razones que fueron tenidas en cuenta para arribar a la pena final (*Vid. ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence»*, pp. 217 ss.; WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», pp. 294 ss.). Esto fue reconocido también por los jueces entrevistados en el marco del *Exploring Sentencers’ views of the Sentencing Council’s Totality guideline*, p. 18 s., disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2021-09-17-Totality-guideline-report.pdf> (consultado el 20/10/2025), razón por la cual en el proyecto de reforma se incluyó el punto 4 en la sección *general approach* que incorpora una referencia explícita a la explicación de cómo se estructura la sentencia (*Vid. Revisions to the Totality guideline. Consultation*, pp. 8 s., disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Totality-consultation-FINAL.pdf> –consultado el 20/10/2025–). Dice Ziffer, con razón, que «[l]a discusión en torno de la libre discrecionalidad del juez tiene una estrecha relación con los fundamentos ocultos de la selección de una pena, es decir, con la posibilidad del juez de tomar una decisión sin expresar sus motivos, o de hacerlo por razones distintas de las manifestadas. La primera condición para que una decisión pueda merecer el calificativo de racional es que sea explícita y controlable en sus argumentos» (*Vid. ZIFFER, P., Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 30 –destacado en el original–).

⁵⁰⁴ Hay que aclarar que el término «simultáneo» utilizados por el CP español en su artículo 73 CP no tiene exactamente el mismo significado que el de «concurrente» utilizado por la *Totality guideline*, ya que este último implica que *solo se aplicará una de las sanciones* –la más grave– y la(s) otra(s) estará(n) incluida(s) en ella, en ese sentido *concurrer(n)*, pudiendo agravarse apropiadamente (como se verá, la *guideline 2023* incorporó la posibilidad de exasperar la pena por encima del límite de la categoría correspondiente a la unidad delictiva). Por ello, su asimilación es más oportuna con el principio de absorción (agravada) del artículo 77.2. CP. En cambio, la noción que expresa el término «consecutivo» sí que es similar al de «sucesivo», utilizado en el artículo 75 CP. En este sentido, ROBINSON, P. H./DARLEY, J.,

jurisdicciones⁵⁰⁵, en Inglaterra y Gales no estaba prevista una vía mixta que permita un cumplimiento «parcialmente» concurrente en supuestos de penas de prisión⁵⁰⁶. Con el fin de orientar al juez sobre el modo de establecer la concurrencia de penas, la *guideline* da una serie de circunstancias que implicarían una u otra aplicación. No se trata de reglas inflexibles, sino que funcionan como criterios orientadores⁵⁰⁷, ya que el principio rector sigue siendo el de lograr una sentencia justa y proporcionada.

El cumplimiento concurrente se dará cuando la multiplicidad delictiva provenga del mismo incidente o hecho⁵⁰⁸ o cuando se trate de una serie de delitos idénticos o similares, especialmente si son cometidos contra una misma persona⁵⁰⁹. Si los delitos que se cometen en las circunstancias descritas afectaren a una multiplicidad de víctimas, se permite al juez agravar la pena por la presencia de delitos asociados con el fin de que se tenga en cuenta la totalidad del daño causado. Los casos que se ofrecen como ejemplos de esta

Justice, Liability and Blame, p. 189, refieren que las sentencias concurrentes son cumplidas al mismo tiempo, mientras que las consecutivas son cumplidas una tras otra; por eso, las primeras son criticadas porque trivializan el segundo y todos los subsiguientes delitos, mientras que las consecutivas son criticadas porque dos delitos idénticos cometidos por el mismo autor no necesariamente merecen el doble de pena que un solo delito.

⁵⁰⁵ Por ejemplo, en Australia, *Vid.* LOVEGROVE, A., *Sentencing the Multiple Offender*, pp. 15 ss., 121 s.

⁵⁰⁶ Como se verá *infra*, esta posibilidad está contemplada en la actual *guideline 2023*.

⁵⁰⁷ Por ello, es *parcialmente* cierto que sea discrecionalidad de los jueces determinar cuándo las penas van a concurrir simultánea y cuándo sucesivamente (*Vid.* nota 495), porque, como afirma ASHWORTH, A., «The evolution of English sentencing guidance in 2016», p. 512, si bien se dice que no hay reglas inflexibles, eso no significa que los principios que la propia directriz establece no deban ser prominentes en la práctica, de igual manera que lo son los principios sobre la reducción por reconocimiento de culpabilidad (*plea guilty*). De forma más contundente, FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», p. 200, sostiene que «es inaceptable dejar una decisión tan trascendental a la discreción sin restricciones de cada juez» (traducción propia), situación que se da en ocho Estados Unidos, en los cuales los jueces tienen discreción para imponer penas consecutivas, concurrentes o parcialmente consecutivas (*Vid.* FRASE, R., «The Treatment of Multiple Current Offenses», pp. 91, 93).

⁵⁰⁸ Usualmente se denomina a esta situación como «regla de transacción única» (*Vid.* ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., pp. 335 s.; THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.ª ed., p. 53). A modo de ejemplo, la directriz considera que se da *un hecho* en el caso de la portación de arma para cometer el robo; en la estafa y la falsificación asociada al mismo, en la medida en que no puedan distinguirse como hechos independientes, en lo que podría ser visto como un concurso medial que, si bien en España tiene una regulación específica, en las legislaciones que lo desconocen como un tipo concursal independiente lo asumen como una modalidad del concurso ideal; o el suministro de diferentes tipos de drogas como «parte de una misma transacción», que podría identificarse como un caso de unidad natural de acción. Lo que se pretende poner de relieve es que la regla de transacción única que se utiliza en el ámbito angloparlante conlleva la misma consecuencia que, bajo otras denominaciones, se dan en el ámbito continental, el de la unidad de hecho.

⁵⁰⁹ Se ponen como ejemplos los pequeños hurtos repetitivos, como el supuesto del hurto de un empleado a su empleador –la misma víctima–; las estafas repetitivas de prestaciones del mismo tipo cometidas en cada período de pago, que aquí podrían ser analizadas bajo la figura del delito continuado. De nuevo, la idea detrás de estos fenómenos delictivos es la misma, no se deberían tratar como supuesto de concurso real o *consecutive sentences*.

última circunstancia⁵¹⁰ están muy cercanos a los que se proponen como supuestos que deben sentenciarse de forma sucesiva, por lo que resulta difícil establecer cuándo se deben tratar como elementos agravantes de la pena final simultánea y cuándo como casos de penas sucesivas.

La sentencia debe reflejar la globalidad de los delitos cometidos, aunque aquellos que sean muy menores pueden no ser tenidos en cuenta. Por otra parte, si la consideración global de los delitos (*overall criminality*) no queda suficientemente reflejada por aplicación del cumplimiento concurrente, aunque se trate de delitos idénticos o similares, se aplicarán consecutivamente⁵¹¹.

El cumplimiento sucesivo, además de la excepción recién mencionada, se llevará a cabo de forma general cuando los delitos concurrentes se realicen mediante hechos independientes o bien cuando se trate de delitos que no tienen ninguna vinculación entre sí, aunque sean realizados simultáneamente y exista un elemento agravatorio que merezca ser considerado de forma separada⁵¹². También se aplicará sucesivamente cuando, en supuestos de delitos sometidos a una pena mínima legal, el cumplimiento concurrente arroje una pena que quede por debajo del mínimo de uno de los delitos concurrentes⁵¹³. Sin

⁵¹⁰ Se mencionan los delitos de tráfico viario con múltiples víctimas; el fraude o robo repetitivo de cantidades pequeñas; el robo con arma cuando la portación es accesoria al robo y no distinta o independiente de éste, aunque existe una asentada jurisprudencia que exceptúa la aplicación de penas concurrentes en caso de portación de arma de fuego para cometer el delito, determinando su imposición consecutiva (Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 336 y nota 41).

⁵¹¹ Se entiende que la consideración global no será suficientemente reflejada por la simultaneidad cuando los delitos se cometan contra diferentes personas, por ejemplo, en los hurtos reiterados contra distintas personas que se encontraban en el negocio; o en los casos de violencia doméstica o de delitos sexuales que se cometen contra la misma víctima. En contra, ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 216, no ven una diferencia esencial entre la victimización reiterada de una misma persona y de personas diferentes que justifique un distinto tratamiento; Vid. también ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 336. La crítica adquiere mayor entidad si se tiene en cuenta, como se mencionó anteriormente, que se proponen ejemplos muy similares (e.g. robos reiterados contra distintas personas), para determinar penas concurrentes *agravadas* y penas consecutivas.

⁵¹² Se consideran hechos independientes los que son cometidos contra distintas víctimas en distintas ocasiones; los intentos de obstruir la justicia en el curso de una investigación por otro delito; los delitos tributarios; cualquier delito cometido dentro de la prisión. Dentro de los delitos que poseen un elemento de agravación específico se mencionan la agresión a un policía para eludir la detención por otro delito y la portación de arma de fuego y tráfico de drogas, en el que uno no es una parte intrínseca del otro; la amenaza de muerte en el contexto de un atentado al pudor, en el cual la amenaza puede ser distinguida como un elemento separado.

⁵¹³ Esto es lo que, en Alemania, se denomina «el efecto oclusivo de la pena mínima», que justifica el principio de combinación (Vid. STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 849). También suele mencionarse este efecto en el concurso de leyes cuando la norma preterida tiene un mínimo más alto que la prevalente (Vid. ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 198; PEÑARANDA RAMOS, E., *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, pp. 56 s.)

embargo, ese mismo criterio no puede ser utilizado hacia arriba, es decir, no podrá recurrirse a este procedimiento con el fin de eludir el tope máximo⁵¹⁴.

La directriz no plantea un orden de prioridad en la aplicación de sentencias concurrentes o consecutivas, sino que, cualquiera sea la opción escogida, la regla es que sea justa y proporcionada⁵¹⁵; si ello no se diera, el juez podría tener en cuenta una serie de criterios según la similitud o no de la gravedad de los delitos concurrentes para intentar arribar a una pena que se corresponda con criterios de justicia y proporcionalidad. Así, cuando se trata de delitos de similar gravedad, se tendrá en consideración si todos los delitos pueden reducirse proporcionalmente y aplicarse consecutivamente; o si, a pesar de la similitud, puede identificarse un delito principal como más grave y todas las demás reducirse proporcionalmente, y así imponerse consecutivamente, de modo que pueda identificarse claramente la pena que corresponde al delito principal. Si, por el contrario, se trata de delitos con diferentes niveles de gravedad, el juez podrá prescindir de la pena de algunas infracciones que sean de muy escasa envergadura; o bien, si algunas de las infracciones de menor gravedad no guardan relación con la infracción más grave, puede establecerse el cumplimiento concurrente para que la condena por la infracción más grave pueda identificarse claramente.

En orden a obtener una pena justa y proporcionada, lo cual conforma la tercera etapa en la determinación, la *guideline* no ofrece ningún criterio específico para llevarla a cabo⁵¹⁶, sino que es un momento en el que el juez evalúa el monto de pena al que se ha arribado con los procedimientos realizados en las dos primeras etapas para reducirla, si resulta demasiado alta, y así obtener una más equilibrada⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Esta regla tenía pleno sentido en la *guideline 2012* que preveía la posibilidad de agravar la pena más grave de las concurrentes, pero no en la *guideline 2023*, que prevé la posible exasperación en las sentencias concurrentes, con lo cual ese máximo se podría superar sin necesidad de recurrir a sentencias consecutivas.

⁵¹⁵ De otra opinión, ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., p. 341, consideran que debería haber una presunción en favor de aplicar penas concurrentes y que las consecutivas fuesen permitidas para ciertos propósitos determinados. En esta línea, ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», pp. 218 ss., entienden que una sentencia con penas concurrentes le permite al juez obtener una pena total más proporcionada con cada delito que una de penas consecutivas. Una presunción en favor de que las sentencias sean concurrentes se da en el Estado de Victoria de Australia, donde se imponen sentencias concurrentes, dejando las consecutivas solo para casos especialmente graves (*Vid.* ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., p. 341, nota 59). Similar situación ocurre en los Estados de Columbia, Minnesota, Washington y Oregon, en Estados Unidos (*Vid.* FRASE, R., *Just Sentencing*, pp. 144 y 149; EL MISMO, «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», p. 200 y nota 3). En el mismo sentido, WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, p. 49.

⁵¹⁶ ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 332 s.

⁵¹⁷ Es lo que, siguiendo una formulación que realizara un tribunal de apelación de Canadá, se denomina como «dar una última mirada» (*one last look*) a la sentencia ya combinada para ver si es demasiado larga o dura (*Vid.* BOTTOMS, A., «Exploring an Institutional and Post-Desert Theoretical Ap-

Por último, en la cuarta fase, se tiene que «estructurar» la sentencia de forma tal que sea comprendida por todos los interesados cuando, por ejemplo, en penas que son sucesivas, el tribunal redujo el tiempo —en la etapa 3— que hubiera correspondido en consideración de criterios de justicia y proporcionalidad.

i. Directrices específicas en penas privativas de libertad

Asimismo, existen directrices específicas para los supuestos en que la multiplicidad delictiva tiene ocasión durante el cumplimiento de otra condena con pena privativa de libertad. En este caso, de acuerdo con la *Totality guideline 2012* para los casos de «penas determinadas», la situación varía según cuatro posibles escenarios: 1) que el autor esté cumpliendo una pena por un hecho posterior al que ahora debe sumarse; 2) que el autor haya cometido el hecho con posterioridad a la sentencia que le fuera impuesta; 3) que el autor cometa el hecho estando en libertad condicional o bajo supervisión, durante la ejecución de la pena impuesta anteriormente; y 4) que el autor cometa el segundo hecho durante el período de suspensión de la pena que le fuera impuesta con anterioridad.

En el caso 1), que abarca los supuestos que llamaríamos de concurso posterior o retrospectivo, el tribunal debe considerar la pena que hipotéticamente hubiera impuesto en caso de haber tratado todos los delitos al mismo tiempo y analizar si esa pena es justa y proporcionada; en caso contrario, debe ajustar la pena impuesta por el último delito. En el caso 2), que serían de reincidencia, establece que las condenas sean consecutivas, ya que se trata de delitos no relacionados⁵¹⁸, y el tribunal debe tener en cuenta la totalidad de los delitos cometidos al dictar la segunda condena, y así asegurarse una pena total justa y proporcionada. Para el caso 3), si bien el artículo 225 del *Sentencing*

proach to Multiple-Offense Sentencing», p. 33, nota 5; MANSON, A., «Some Thoughts on Multiple Sentences and the Totality Principle: Can We Get It Right», p. 489). Esto también había sido insinuado por la *Court of Appeal* en 1974 en el caso «Holderness», al indicar que el juez de instancia, que había condenado a 4 años al autor de varios delitos de tráfico, había fallado (*i.e.* cometido el error) en no «retroceder y observar el efecto global de la pena, y que, de haberlo hecho, habría apreciado de inmediato que estaba imponiendo una pena que se impone a delitos realmente graves», reduciendo la sentencia a 27 meses (*Vid.* THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.ª ed., p. 58 —traducción propia—). Que en esta tercera etapa el juez deba observar, nuevamente, luego de haberlo hecho en la etapa dos para determinar si es apropiada la pena concurrente o consecutiva, si se cumple con una sentencia justa y proporcionada, parece dar la razón a Wasik de que el principio de la totalidad debe ser entendido como un punto de referencia durante todo el proceso de imposición de penas (*Vid.* WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», p. 291).

⁵¹⁸ Referencia extraña, ya que en el caso anterior también se trata de hechos no relacionados. Es decir, lo que diferencia al caso 1) del caso 2) no es la relación (o no) que exista entre ambos hechos, sino el momento de comisión del hecho que ahora debe sumarse en relación con el ya sentenciado.

Act 2020 prohíbe que una pena de prisión se ejecute consecutivamente a otra que el interno ya venía cumpliendo, esta nueva pena debe tener en cuenta la agravante de haber sido cometido durante el período de libertad condicional (*on licence*) o de supervisión (*post sentence supervision*)⁵¹⁹. No obstante, debe guardar proporcionalidad con el nuevo delito y no ser «inflada» artificialmente con el fin de asegurar que el preso cumpla un período de pena adicional al de reingreso. Por último, en el caso 4), y al igual que en el caso 2), establece que la condena adicional será generalmente consecutiva a la que se encontraba suspendida, ya que surgirá de hechos no relacionados⁵²⁰.

Ahora bien, si se trata de supuestos en que al menos una de las condenas involucradas sea a una «pena indeterminada»⁵²¹, la situación puede presentarse de distintas maneras: 1) cuando haya que imponer varias penas indeterminadas en la misma ocasión, y utilizar varios delitos para calcular la duración mínima; 2) cuando deba imponerse una pena indeterminada a un sujeto que se encontraba cumpliendo una pena determinada; 3) igual que 2) pero en caso que el sujeto se encontrase cumpliendo una pena indeterminada; 4) cuando haya que ordenar que una pena determinada se ejecute consecutivamente con una indeterminada. Salvo en este último caso, la regla es que se ejecuten de forma concurrente.

⁵¹⁹ La libertad condicional se otorga, generalmente, al cumplir la mitad de la pena impuesta cuando ésta es mayor a dos años, y, excepcionalmente, puede extenderse a los dos tercios de su cumplimiento, mientras que la supervisión post sentencia está pensada para condenas de hasta dos años, en la cual son liberados a la mitad de la condena, pero continúan bajo vigilancia por el resto del tiempo de cumplimiento (Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 235 y 233 s., respectivamente). Véase el apartado «Offence committed on licence or while subject to court order» dentro de los factores que incrementan la gravedad del hecho, como elemento a tener en cuenta en el paso 2 de la determinación de la pena, disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/general-guideline-overarching-principles/#Step%202%20Aggravating%20and%20mitigating%20factors> (consultado el 20/10/2025).

⁵²⁰ Aquí también cabe llamar la atención sobre esta referencia, al igual que lo hiciera en nota 518, ya que no es el factor que diferencia este supuesto del mencionado en el número 3. Sobre todo, si tenemos en cuenta que la suspensión de la pena está prevista para supuestos similares a los mencionados en el número 3, esto es, penas inferiores a dos años (o 6 meses en casos juzgados en las *Magistrates' Courts*), y también quedan sometidos a un período de supervisión. Sobre la suspensión de la pena, Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 230 ss.

⁵²¹ Las penas indeterminadas son aquellas que, como su nombre lo indica, no están sujetas a un tiempo exacto de finalización, sino que se establece un mínimo a cumplir y luego el sujeto está sometido a revisiones periódicas sobre sus condiciones de peligrosidad para la sociedad por parte de un organismo estatal independiente: *The Parole Board*. Este tipo de penas se imponen en los casos más graves, «*Dangerous offenders sentencing*», e incluían la prisión perpetua y la prisión para protección pública (IPP, por sus siglas en inglés *Imprisonment for Public Protection*), aunque esta última fue abolida en 2012. No obstante, en marzo del año 2020, todavía había alrededor de dos mil prisioneros cumpliendo pena bajo esa condición. Sobre todo ello, y las modificaciones que fueron dándose desde 1997 en adelante, Vid. ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 314 ss.

ii. Directrices específicas en penas no privativas de libertad⁵²²

Si el autor es condenado por más de un delito con penas de multa, el monto total es inevitablemente acumulativo. Sin embargo, también aquí la acumulación tiene límites. El tribunal debe determinar la multa por cada delito teniendo en cuenta su lesividad, pero también teniendo en cuenta la situación económica del autor. Si el monto total no resulta justo y proporcionado, el tribunal debe considerar cómo ajustarlo; por ejemplo, en caso de que los delitos se hayan cometido en un mismo incidente o cuando los distintos delitos sean del mismo tipo —especialmente si se cometen contra la misma persona—, normalmente será apropiado imponer una multa por el delito más grave que refleje la totalidad de las infracciones cuando ello pueda lograrse dentro del límite máximo previsto para dicho delito. Incluso en los casos en que los delitos no deriven del mismo incidente, sino de hechos distintos, aunque la regla sea la de la acumulación de la multa correspondiente a cada infracción, esta debe superar el test de justicia y proporcionalidad. Si ello no se diera, el juez puede reducir las multas proporcionalmente e imponerlas separadamente.

Cuando concurren delitos con pena de multa y con pena privativa de libertad determinada, la primera generalmente no debería imponerse en combinación con la pena de prisión debido al efecto que tiene el encarcelamiento en los medios de subsistencia del condenado. No obstante, esa regla puede ser exceptuada pudiendo imponerse una multa adicional a la pena de prisión si ésta se trata de una pena en suspenso; o bien cuando no se contemple una orden de confiscación, no haya ninguna víctima clara que pueda ser indemnizada y el sujeto tenga, o pueda tener, recursos con los que pagar la multa.

B. *Totality guideline sentence 2023*

Antes de adentrarnos en la *guideline* actual, hay que destacar que, en el año 2017, el *Sentencing Council* encargó al Prof. Anthony Bottoms la revisión de la forma en que el Consejo venía trabajando, la cual se llevó a cabo ese mismo año y dio como resultado un informe que se encuentra disponible en la página web del propio Consejo⁵²³. En este informe, Bottoms advertía sobre la

⁵²² No haré referencia aquí a las sanciones consistentes en trabajos para la comunidad o inhabilitaciones para conducir, que también forman parte del catálogo de penas no privativas de libertad, sino solo a las penas de multa.

⁵²³ BOTTOMS, A., «The Sentencing Council in 2017», disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/SCReport_FINAL-Version-for-Publication-April-2018.pdf (consultado

necesidad de revisar la *Totality Sentencing guideline* y de llevar a cabo un estudio empírico sobre la forma en que los tribunales venían aplicándola en casos de MOS. En su respuesta⁵²⁴, el Consejo rechazó la primera recomendación, porque consideró que no había motivos suficientes para ello sobre la base de que no había evidencias de que los profesionales tuvieran dificultades con la *guideline*⁵²⁵, y no se expidió sobre la segunda. No obstante, 4 años después el Consejo terminó adoptando las recomendaciones que hiciera Bottoms, ya que la *Totality Sentencing guideline* comenzó un proceso de reforma con base en un estudio empírico preliminar, como se verá inmediatamente.

La *Totality Sentencing guideline 2012* fue sometida a crítica a través de una investigación sobre la forma en que los tribunales la estaban aplicando, y cómo percibían su utilidad, llegando a la conclusión de que debía revisarse⁵²⁶. Esta investigación⁵²⁷ consistió en un trabajo de campo en el que, en una primera etapa, trasladaron una serie de preguntas por correo electrónico a unos 550 jueces, de los cuales respondieron 130; y, en una segunda etapa, realizaron entrevistas personales a 10 de ellos, entre los que se encontraban jueces de diversas instancias. Los resultados que arrojó la investigación pueden resumirse de la siguiente manera: Más de la mitad de los encuestados consideran útil el uso de la *guideline*, aunque reconocieron usarla solo para casos difíciles o inusuales; entre estos casos, los que mayores dificultades les presentan son aquellos con múltiples víctimas, cuando concurren delitos muy disímiles, y algunos delitos específicos como los de índole sexual, agresiones, delitos de tráfico vial, robos y drogas; algunos de los entrevistados expresaron su preocupación con que el *principle of totality* es percibido por el público en general, y las víctimas en particular, como indulgente, y consideran que sería de ayuda explicar cómo se construye la sentencia.

Finalmente, la revisión se llevó a cabo en el año 2023, luego de haber abierto un proceso consultivo durante 14 semanas entre distintos actores vin-

el 20/10/2025). Hay que aclarar que se trata de un análisis sobre la labor del Consejo en general y no solo en relación con la *Totality guideline* y los supuestos de MOS.

⁵²⁴ Disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Response-to-Sentencing-Council-review-FINAL-April-2018.pdf> (consultado el 20/10/2025).

⁵²⁵ Ante lo cual Ashworth y Padfield se preguntaron, con cierta ironía, si acaso «¿no será que los profesionales no tienen dificultades con ella porque no la mencionan muy a menudo, y, si lo hicieran, su invocación ‘justa y proporcionada’ le parecería inútil?» (Vid. ASHWORTH, A./PADFIELD, N., «Reviewing the Sentencing Council», p. 611 –traducción propia–).

⁵²⁶ Ya se mostraba crítico con ella, ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 6.^a ed., pp. 287 ss.; también en ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», pp. 220 ss.

⁵²⁷ Se denominó *Exploring sentencers’ views of the Sentencing Council’s Totality guideline*, y puede consultarse en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2021-09-17-Totality-guideline-report.pdf> (consultado el 20/10/2025).

culados al uso de las directrices, como víctimas y familiares de víctimas, acusados y familiares de acusados, imputados en régimen de *probation*, y personas especialmente protegidas por pertenecer a alguna minoría vulnerable⁵²⁸.

Los cambios más importantes que pueden observarse están relacionados, en primer lugar, con los elementos que hay que tener en cuenta en la búsqueda de la pena justa y proporcionada y evitar, de esa manera, la simple acumulación. Mientras que las directrices del 2012 mencionaban el comportamiento del autor como así también sus condiciones personales⁵²⁹, tanto el proyecto de reforma⁵³⁰ como la *guideline* finalmente aprobada⁵³¹ incorporaron la referencia al daño global y la culpabilidad del autor (*overall harm and culpability*), junto a los factores que agraven o atenúen sus circunstancias personales. En segundo lugar, en el momento de determinar si se trata de un supuesto de pena simultánea o consecutiva se ha agregado la opción de combinar ambas posibilidades cuando los delitos concurrentes sean tres o más⁵³². Y, en tercer lugar, se entendió que debe estar bien especificado el modo en el que se lleva a cabo el proceso de determinación de la pena, para que el acusado, la víctima y todos los interesados en el caso, comprendan cómo se llegó a la pena final⁵³³.

En relación con los supuestos bajos los cuales se aplicará el cumplimiento concurrente o consecutivo, la reforma no presenta grandes cambios respecto de la directriz anterior. La modificación más importante se produce en la posibilidad de exasperar la pena en supuestos de sentencias concurrentes⁵³⁴. Puntualmente, se indica que normalmente se requerirá un ajuste agravando la pena, situación que ya estaba contenida en la *guideline 2012*, pero que podría tener el efecto de salirse del rango de la categoría que corresponde a ese delito en supuestos de unidad delictiva. Esta última posibilidad no se encontraba tampo-

⁵²⁸ Se mencionan, en este punto, características relacionadas con la edad, discapacidad, reasignación de sexo, embarazo y maternidad, raza, religión o creencia, sexo y orientación sexual.

⁵²⁹ Vid. *A Short Guide. Sentencing for multiple offences (Totality)*, disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/public_guide_totality_for_web.pdf (consultado el 20/10/2025)

⁵³⁰ Proyecto que es de acceso público en <https://sentencingcouncil.org.uk/guidelines/totality-draft-not-in-force/> (consultado el 20/10/2025), y cuyo documento, titulado *Revisions to the Totality guideline. Consultation*, puede verse en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Totality-consultation-FINAL.pdf> (consultado el 20/10/2025).

⁵³¹ Disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/totality/> (consultado el 20/10/2025), que se aprobó luego de una segunda ronda de consultas a expertos sobre la base del Proyecto, cuyo informe lleva el nombre de *Revision to the Totality guideline. Response to consultation – June 2023*, pp. 19 s., disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/totality-response-to-consultation/> (consultado el 20/10/2025).

⁵³² Situación que no se preveía en la *guideline* anterior (Vid. nota 506).

⁵³³ Con ello se da respuesta a la crítica que se hacía por esa ausencia (Vid. nota 503).

⁵³⁴ Ya se mostraba a favor de esta posibilidad, ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 6.^a ed., p. 292.

co en el proyecto de reforma ni en el informe de respuesta a las consultas⁵³⁵, que, si bien da cuenta de la discusión del texto finalmente aprobado, no explica la razón de su inclusión, lo que llama poderosamente la atención debido a su relevancia práctica.

La otra gran novedad es la de incorporar directrices sobre el modo de estructurar las sentencias, sean concurrentes o consecutivas. Esta circunstancia no formaba parte del proyecto de reforma, pero los distintos expertos consultados⁵³⁶ coincidieron en la necesidad de enfatizar la explicación sobre cómo se estructura la sentencia en orden a promover una mayor claridad y transparencia. Con esta incorporación, consideraron innecesario mantener una sección específica vinculada a la búsqueda de una sentencia justa y proporcionada –prevista, no obstante, en el proyecto–, ya que su contenido coincide con el de la nueva sección.

El proyecto de reforma contenía una sección destinada a ofrecer directrices para arribar a una condena «justa y proporcionada». Si bien el contenido de ésta ya se encontraba, en gran medida, en el apartado relativo a las consideraciones generales de la anterior *guideline 2012*, se decidió que tuviera una sección específica con el objetivo de que adquiriera mayor importancia. Sin embargo, incluía como novedad una directriz sobre cómo abordar los supuestos de hechos cometidos con anterioridad a otro que ya cuente con sentencia firme⁵³⁷, que, en la *guideline 2012*, se encontraba dentro del apartado relativo a las directrices específicas para penas privativas de libertad. Pero, vamos por partes.

Ya se mencionó que el criterio rector de toda la *guideline* es la búsqueda de que las sentencias sean justas y proporcionadas⁵³⁸. Como se trata de un criterio demasiado abstracto, el proyecto buscaba concretizarlo a través de ejemplos, en los que se mantiene el contenido de la directriz anterior. El primero de ellos estaba relacionado con supuestos de sentencias sobre delitos similares o de similar gravedad en los que el tribunal puede, 1) considerar si todas las penas pueden reducirse proporcionalmente (teniendo en cuenta especialmente los rangos de categorías de las *sentencing guidelines* particulares) y aplicarlas consecutivamente; como también, 2) si, a pesar de su similitud, puede identificarse un delito claramente más grave para que todas las demás penas

⁵³⁵ Mencionado en nota 531.

⁵³⁶ Entre otros, fueron consultados miembros de la academia, del gobierno, jueces y fiscales.

⁵³⁷ Es la situación conocida como «concurso posterior o retrospectivo» (Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 976 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 166 ss., 228 ss.).

⁵³⁸ Se trata de un criterio que estuvo siempre ligado al principio de la totalidad, Vid. THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., p. 56.

puedan reducirse proporcionalmente (considerando también aquí los rangos de categorías que establezcan las *guidelines* correspondientes) y dictarse consecutivamente para que la pena por el delito más grave pueda identificarse claramente. El segundo ejemplo estaba relacionado con sentencias por delitos de distinta gravedad, situación en la cual el tribunal puede, 1) considerar directamente no tener en cuenta la pena⁵³⁹ de aquellas infracciones cuya gravedad sea demasiado baja; o bien, 2) si algunos de los delitos son de menor gravedad, pero no tanto como para ser dejados de lado, que se ejecuten concurrentemente identificando claramente la pena por el delito más grave.

Si bien en la *guideline 2023* finalmente aprobada se decidió no incorporar una sección específica para la búsqueda de una sentencia justa y proporcionada, todo lo que en esa sección se preveía se encuentra incluido en la sección referida a la estructura de las dos formas que pueden adquirir las sentencias, según sean consecutivas o concurrentes.

Así, en relación con las «sentencias consecutivas», se indica que serán en general aplicables cuando:

- a) se trate de ofensas provenientes de hechos no relacionados;
- b) aun proviniendo del mismo incidente, se trate de infracciones distintas en las que una de ellas contiene un elemento agravante que requiere una consideración separada;
- c) tratándose de delitos iguales o similares, la desvaloración global del hecho no se vea reflejada con una sentencia concurrente;
- d) alguno de los delitos contenga un mínimo cualificado que se vería menoscabado de aplicarse una sentencia concurrente.

Por último, se indica que no está permitido imponer penas consecutivas por delitos cometidos en un mismo hecho o incidente con el fin de superar el máximo legal.

Dentro de éstas, a su vez, deberá tenerse en cuenta lo que se mencionó previamente que establecía el proyecto, en relación con lo que debe considerar el juez al estructurar la acumulación cuando se trate de supuestos de similar gravedad. Es decir, de qué forma pueden reducirse proporcionalmente las penas que vayan a aplicarse consecutivamente.

⁵³⁹ La expresión que se utiliza aquí es que el juez puede registrar estos delitos de baja lesividad «sin penas separadas» (*no separate penalty*).

En relación con las sentencias concurrentes, la *guideline 2023* establece que serán generalmente aplicables cuando:

- a) las infracciones provengan del mismo hecho o incidente;
- b) se trate de una serie de infracciones idénticas o similares y se dirijan contra la misma víctima.

También aquí se tuvo en cuenta lo que se recomendaba en el proyecto como criterio para estructurar una sentencia justa y proporcionada cuando, pese a imponerse una pena concurrente, se trate de delitos de diferentes niveles de gravedad.

Como se observa, el cambio es de forma antes que de contenido⁵⁴⁰. Ello por cuanto el Consejo entendió que había una especie de solapamiento entre la sección dedicada a la búsqueda de una sentencia justa y proporcionada con el punto tercero del *General approach*, referente a la necesidad de testear la sentencia global bajo el requisito de que la pena sea justa y proporcionada al delito como un todo. Por lo demás, esa sección parecía estar incluida en la parte de las sentencias consecutivas y ese no era el lugar más preciso⁵⁴¹.

Por último, llama la atención que se haya mantenido la imposibilidad de recurrir a sentencias consecutivas en supuestos de delitos cometidos en un único hecho con el fin de superar el máximo previsto en el delito de que se trate. Esa advertencia, que tenía pleno sentido en la *guideline 2012*, que preveía solo la posibilidad de agravar la pena en las sentencias concurrentes, ahora se torna superflua con la regulación actual de la *guideline 2023*, pues ello podría lograrse a través de la exasperación «dentro de las sentencias concurrentes» sin necesidad de tener que aplicar una consecutiva. Veámoslo con un ejemplo de la misma directriz: la concurrencia de delitos de lesiones graves causadas a través de un único hecho de conducción peligrosa. Este ejemplo se pone como ilustración de un caso en el que no está permitido imponer sentencias consecutivas por delitos cometidos en un único incidente con la finalidad de evadir la pena máxima establecida y, asimismo, como uno de aquellos que ilustran cuándo se debe imponer una sentencia concurrente, la cual puede llevar al delito principal fuera del rango de categoría apropiado para un único delito.

Fuera de estos casos, que, insisto, ya se encontraban en la *guideline 2012*, la novedad viene dada por la incorporación de una sección para el supuesto en

⁵⁴⁰ De hecho, los ejemplos que se ofrecen en todos los supuestos son los mismos que ya contenía la *guideline 2012* (Vid. notas 508, 509, 510, 511 y 512).

⁵⁴¹ Estas razones, que, a su vez, tienen en cuenta las recomendaciones hechas por los expertos consultados, se pueden encontrar en el documento *Revision to the Totality guideline. Response to consultation*, pp. 19 s., mencionado en nota 531.

que deba juzgarse un hecho cometido con anterioridad a otro que ya obtuvo sentencia firme. Si bien, como se mencionó, se trata de una reordenación de directrices que ya existían, lo cierto es que en la *guideline 2023* se encuentran mucho más desarrolladas que en la anterior. En estos casos, el juez debe, en primer lugar, establecer la sanción que correspondería solamente a los nuevos delitos⁵⁴² tenidos en cuenta en su totalidad. Luego, en segundo lugar, el juez puede discrecionalmente tener en cuenta o no la condena anterior, con independencia de que se encuentre en ejecución o ya cumplida⁵⁴³, para lo cual deberá considerar todas las circunstancias para decidir el impacto, en su caso, que tendrá la sentencia anterior en la nueva. Y, específicamente, resalta que no se trata simplemente de hacer una determinación global de todas las infracciones para luego restar el monto ya impuesto⁵⁴⁴. Para darle mayor concreción a la directriz, se establece un listado no exhaustivo de circunstancias que podrían ser consideradas a esos efectos⁵⁴⁵: la cercanía de la sentencia impuesta respecto de la anterior, teniendo en cuenta las razones del *gap* entre ambas y la conducta del condenado en ese período⁵⁴⁶; la similitud entre los delitos sentenciados y los nuevos; si hubo coincidencia temporal entre unos y otros delitos; si en alguna ocasión anterior el autor hubiera podido hacer «borrón y cuenta nueva» (*cleaned the slate*) dando aviso a las autoridades sobre los nuevo delitos; si el hecho de tener en cuenta la sentencia anterior otorgaría al sujeto una «bonificación inmerecida» (*undeserved bonus*); si el nuevo delito puede ser objeto de una pena mínima obligatoria; la edad y salud del delincuente, y si ésta se ha deteriorado significativamente; y si, en caso de que ambas sentencias

⁵⁴² Aquí, y en lo que sigue, se utiliza la expresión «nuevo» en términos procesales o, si se prefiere, de nuevo conocimiento, pero, en realidad, se refiere a los delitos «más viejos», es decir, a aquellos que se cometieron con anterioridad a aquel sobre el que ya recayó sentencia firme.

⁵⁴³ En cambio, el Código penal alemán, en su §55 StGB, establece como limitación para la aplicación de las reglas del concurso real a estos casos: 1) que el hecho se haya cometido previamente a la condena anterior; 2) que se trate de una condena firme, y 3) *que esa condena no esté cumplida*, prescripta o condonada (*Vid. ROXIN, C., Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 993 –resaltado por mí–). Esta limitación debe ser rechazada, ya que es materialmente injustificado que una situación ajena al imputado, como lo es el retraso en el descubrimiento de un hecho anterior, pueda perjudicarlo al no serle aplicable la pena global (así, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1111), o que el condenado que aún no ha cumplido su pena se encontraría en mejor posición que aquél que ya la ha cumplido (así, SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 784).

⁵⁴⁴ Así, sin embargo, la jurisprudencia alemana, tanto del RG como del BGH (*Vid. al respecto MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 606).

⁵⁴⁵ Pese a lo sugerido por algunos de los expertos consultados, el Consejo decidió no indicar si esas circunstancias debían operar como un factor agravante o atenuante al establecer la nueva pena; algunas de ellas no tendrían un límite claro, poniéndose el ejemplo del tiempo que debe transcurrir entre una y otra.

⁵⁴⁶ Esta última circunstancia, que no estaba en el Proyecto, fue agregada en la *guideline 2023* finalmente aprobada.

se hubiesen dictado consecutivamente, se habría requerido un ajuste a la baja en orden a obtener una sentencia justa y proporcionada.

Finalmente, establece que, de estar cumpliéndose la condena anterior con una pena privativa de libertad, esas mismas circunstancias deberían tenerse en cuenta para determinar si la nueva condena se impone simultánea o sucesivamente. Si, en cambio, se trata de una condena anterior de duración indeterminada, deberían tenerse en cuenta las directrices propias de la sección referida a sentencias de duración indeterminada. Y, por último, si estaba cumpliendo la condena anterior, pero en libertad condicional o bajo supervisión, remite también a la sección propia de penas determinadas que se deben imponer cuando ya se venía cumpliendo una sentencia determinada.

i. Aplicaciones específicas en penas privativas de libertad

En esta sección, pese a que el documento del proyecto⁵⁴⁷ indica que no se ha modificado en relación con el contenido de la *guideline 2012*, más allá de algún cambio menor en la redacción, se ha quitado la directriz para el supuesto de concurso posterior o retrospectivo (*offence(s) committed before original sentence imposed*), enviándola al apartado vinculado a la búsqueda de sentencias justas y proporcionadas, que en la *guideline* aprobada se ubicó en la sección relativa a la estructuración de las sentencias consecutivas. Fuera de eso, se han dejado intactas las otras tres situaciones que ya fueran mencionadas *supra*: 1) que el autor haya cometido el hecho con posterioridad a la sentencia que le fuera impuesta; 2) que el autor cometa el hecho durante la ejecución de la pena que estaba cumpliendo, ya sea en libertad condicional, supervisión posterior o reingreso; y 3) que el autor cometa el segundo hecho durante el período de suspensión de la pena que le fuera impuesta con anterioridad.

Lo mismo puede decirse, en cuanto a la ausencia de modificaciones sustantivas, respecto del apartado relativo a penas indeterminadas. Por todo ello, me remito a lo ya dicho en relación con la *guideline 2012*, con la salvedad de que ahora solo se refieren a las penas de prisión perpetua, previstas en las secciones 272-274 y 283-285 de la *Sentencing Act 2020*.

ii. Aplicaciones específicas en penas no privativas de libertad

Ni el proyecto de reforma ni la *guideline 2023* aprobada modifican las directrices que ya existían para los supuestos de concurrencia de penas no pri-

⁵⁴⁷ *Revisions to the Totality guideline. Consultation*, p. 13.

vativas de libertad entre sí, o de una de ellas con otra que sí lo sea. Consecuentemente, aquí también me remito *in totum* a lo dicho en el apartado respectivo de la *guideline 2012*.

2.2.4 ANÁLISIS CRÍTICO

Como se ha podido observar en las distintas legislaciones comparadas, la mayoría de ellas 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 normas restantes. 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 la discusión en torno a la identificación de los principios rectores de absorción (simple y agravada), exasperación (obligatoria y facultativa) y acumulación (material y jurídica).

En este sentido, la mayoría de las codificaciones que optan por la solución unitaria tienden a escoger el principio de exasperación⁵⁴⁸ con alguna excepción de absorción⁵⁴⁹ o acumulación jurídica⁵⁵⁰, mientras que aquellas otras que regulan los concursos con base en una solución plural, lo hacen con el principio de absorción y el de acumulación para el concurso ideal y el real, respectivamente, también con excepciones, tanto al alza⁵⁵¹ como a la baja⁵⁵². La razón de ello emerge como una obviedad: un sistema que tiene una sola consecuencia penal prevista debe poder ofrecer una respuesta 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.

⁵⁴⁸ Esta era la propuesta de JESCHECK, H. H., «Die Konkurrenz», p. 546. En contra, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 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», 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.

⁵⁴⁹ Así, por ejemplo, el §28 StGB austríaco.

⁵⁵⁰ Por ejemplo, el artículo 77.2 CP portugués.

⁵⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 73 ss. CP italiano o el artículo 69 CP brasileño.

⁵⁵² Por ejemplo, §53 y §54 StGB alemán.

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 vinculados a esta cuestión, pero que responden 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. Por otro lado, que la necesidad de individualizar cada uno de los hechos que impone la regla de determinación de la pena del concurso real la convierte, aparentemente, en más engorrosa respecto de 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 concursal» final y no determinando cada pena individualmente para cada uno de los delitos⁵⁵³. En cuanto a la ventaja que proporcionaría la solución unitaria en casos dudosos, no parece ser un fundamento 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 ellos, 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 ordinal⁵⁵⁴ y del principio de igualdad que, en su formulación sustantiva y no meramente formal⁵⁵⁵, implica tratar de forma desigual situaciones que son desiguales.

⁵⁵³ ERB, V., «Konkurrenzen 2.0: Der Weg aus der Sackgasse», p. 69; con más profundidad, EL MISMO, «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen», pp. 66 ss.; FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 453, §11, nm. 59a.

⁵⁵⁴ En este sentido, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 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, EL MISMO «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», pp. 195 ss.; EL MISMO, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», pp. 23 ss.

⁵⁵⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Principios penales democráticos*, pp. 134 ss.

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 de cada uno de ellos para imponer la pena, con lo cual desaparecería la aparente ventaja práctica de la solución unitaria⁵⁵⁶. 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 hace⁵⁵⁷.

En el otro punto del argumento práctico es donde se hace más fuerte el sistema de solución unitaria, ya que elimina 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 tiempo⁵⁵⁸. Al proponer una única solución para toda clase de concurso no hay ninguna necesidad de establecer criterios distintivos entre modalidades, y esto es una ventaja comparativa. Sin embargo, eludir el problema de delimitación existente entre dos pares conceptuales no proporciona un argumento en favor de su corrección, sino de su sencillez; y la teoría del hecho punible, a mi parecer, debe aportar soluciones para que el sistema sea materialmente más justo, aunque el camino hacia ello sea más complejo. De otra manera, también deberíamos eliminar tantas otras distinciones que son igual o más difíciles de determi-

⁵⁵⁶ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 311 s.; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 145.

⁵⁵⁷ Una de las discusiones más intensas de los últimos años ha girado en torno a la reforma en la regulación de los delitos sexuales, que supuso una nueva tipificación de las agresiones y los abusos sexuales dentro de un mismo marco penal. Antes regulados en tipos penales distintos con penas diferenciadas, con la primera modificación –Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre– correspondía a los jueces, al determinar la pena según las circunstancias del caso, distinguir entre las distintas modalidades de ataque al bien jurídico. 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 *a priori* que el legislador no hace; por el contrario, si se asume que ambas situaciones están en igualdad de condiciones, y el juez, en consecuencia, 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 ulterior modificación –Ley Orgánica 4/2023 de 27 de abril–, que restableció una diferenciación penológica cuando hay violencia o intimidación, precisamente, por los problemas que acarrea la indiferenciación de gravedad previa.

⁵⁵⁸ KIENAPFEL, D., *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, pp. 258 s.; EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 224 s.; RATZ, E., «WK-§§28-31a», p. 11, nm. 24; STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht*, pp. 429 s.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general I*, p. 460; 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/dokument/XIII/I/30/imfname_317766.pdf –consultado el 20/10/2025–). Críticamente sobre esa idea, PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 16, 311 s.

nar, como la autoría de la participación, la tentativa de los actos preparatorios, o el dolo de la imprudencia, entre otros.

Pero también hay quienes observan un argumento material y no solo práctico en la conveniencia del sistema unitario⁵⁵⁹. Este argumento material viene asociado, fundamentalmente, a la posible vulneración del principio del hecho a que daría lugar un sistema más bien orientado a la personalidad del autor. En otras palabras, se dice que 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 hecho⁵⁶⁰. El argumento se sostiene en la identificación de «el hecho» con la infracción a la norma, por lo que serían «igualmente» infractores tanto el autor de un concurso ideal como el de un concurso real, pues ambos infringirían tantos hechos como normas. Entonces, si ello es así, las distintas consecuencias ya no podrían asociarse al «hecho», así entendido, sino necesariamente a la personalidad del autor, es decir, a una mayor peligrosidad debido a la reiteración, tal como ocurre con la reincidencia.

Del otro lado, algunos defensores de la solución plural fundamentan su posición en atención a la garantía del *non bis in idem*, en su faceta de prohibición de doble valoración, la cual se vería vulnerada si se propiciase la solución unitaria⁵⁶¹, ya que equipararía la sanción prevista para un supuesto de multiplicidad de hechos (*i.e.* concurso real), consistente en la aplicación de tantas penas como delitos concurren, con una en la que solo existe un hecho (*i.e.* concurso ideal)⁵⁶². Hasta donde alcanzo, el argumento parte de una premisa incorrecta, cual es que el principio *non bis in idem* está dirigido, además de al intérprete, también al legislador⁵⁶³. Sin embargo, que el legislador decida, por consideraciones político-criminales de diversa índole, que toda situación de concurrencia deba tener la misma sanción no vul-

⁵⁵⁹ WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, 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 tienen por qué ser más graves que los de concurso ideal.

⁵⁶⁰ 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», pp. 504 s.

⁵⁶¹ Así, CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», pp. 846 ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 913 s.; ROJAS, L. E., «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», pp. 281, 287 s.

⁵⁶² SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 59, critica este argumento, refiriendo que la posibilidad de acudir al criterio de la acumulación que –de forma subsidiaria– contemplan, tanto el concurso ideal como el concurso medial, en casos que resulten más beneficiosos que la absorción, también debería tacharse de inconstitucional.

⁵⁶³ En este sentido, también, MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», p. 1026.

nera 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 llega⁵⁶⁴. 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 valoración⁵⁶⁵. 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), sancionar ese acontecimiento –que también puede ocurrir mediante uno o varios hechos– bajo las reglas correspondientes al concurso ideal o real, según sea el caso, implicaría un menoscabo al *non bis in idem*, puesto que en ese caso ya no es idéntico el objeto sobre el que recae la valoración, aunque el sustrato fáctico sí que lo sea. Por lo demás, resulta extraño que se limite la observación de una vulneración al *non bis in idem* a los casos de punición doble –derivada de la acumulación de penas–, y no para el caso en que, tratándose de una sola pena –como se deriva de la regla de absorción o exasperación–, se produce una agravación en la punición. El razonamiento llevaría a considerar que se respeta el principio si, en lugar de la imposición de diversas penas, el Código previese una única pena derivada de una acumulación previa, de la misma forma que no se considera vulnerado bajo un principio de exasperación. Ahora bien, si ello es así, se trataría de una crítica a los «procesos» de formación, en tanto permite para un caso la imposición de varias penas y en otro caso de una pena única, y no al «sistema» de determinación que, aun siendo plural, podría basarse en un proceso de pena única⁵⁶⁶.

Otros autores defienden la solución plural en consideración de una menor culpabilidad que tendría el autor que comete los delitos con un solo hecho⁵⁶⁷, en

⁵⁶⁴ Correcta, en este sentido, la crítica de MALDONADO FUENTES, F., «Unidad de hecho en el concurso ideal», p. 149; MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, pp. 82 s., 85 s.; 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», pp. 825 s. En un sentido similar, el Tribunal Supremo ha dicho que «identificamos en la doble condena por un delito de atentado agravado y uno de desórdenes públicos agravado exceso punitivo. Pero no porque se haya vulnerado el principio ‘ne bis in idem’, sino, porque se ha aplicado la regla del concurso real en detrimento de la del concurso ideal prevista en el artículo 77.1 CP» (Vid. STS 108/2024, de 1 de febrero).

⁵⁶⁵ Vid. supra 1.3.

⁵⁶⁶ Sobre estos pormenores, Vid. infra 8.

⁵⁶⁷ FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», pp. 196 s. Este es uno de los aspectos, junto al daño, que tienen en cuenta Von Hirsch y Ashworth para justificar el descuento de pena en situaciones de concurrencia bajo la idea de merecimiento (Vid. VON HIRSCH, A./ASHWORTH, A., *Proportionate Sentencing: Exploring the principles*, pp. 131 ss.). En contra, consideran que la culpabilidad es idéntica, ALEXANDER, L./KESSLER FERZAN, K., *Reflections on Crime and Culpability: Problems and Puzzles*, pp. 135 ss.

tanto y en cuanto se rebela contra el derecho con una única manifestación de la voluntad aduciendo, como consecuencia de ello, que el tratamiento unitario de toda clase de concursos afectaría el principio de culpabilidad⁵⁶⁸. En otras palabras, se sostiene que la gravedad es menor cuando la ofensa a los diversos bienes jurídicos responde a una voluntad unitaria⁵⁶⁹. Y viceversa, la infracción múltiple mediante varios hechos revela una mayor culpabilidad en este autor⁵⁷⁰, que no puede verse favorecido por la aplicación de las reglas derivadas del concurso ideal⁵⁷¹.

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 concurso real no tienen por qué ser necesariamente más grave que los de concurso ideal⁵⁷², y, para sostener ello, se propone algún caso que lo demuestra⁵⁷³. 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 general⁵⁷⁴, para ello hace falta algo más que mostrar la insatisfacción de una solución para resolver

⁵⁶⁸ FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 1992, nm. 12; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*. T. II, p. 596; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 10 ss., 311 s.; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 145.

⁵⁶⁹ Así, identificando acción con la voluntad de realización, BAUMGARTEN, A., «Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz», pp. 49 ss.; similar, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 257, refiere que «en el concurso ideal hay un solo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico». En contra, BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 575 s., considera que la acumulación de delitos en un hecho individual puede mostrar una proclividad delictiva mayor, una meditación criminal más refinada, reflejo de un delincuente más peligroso que quien tras graves vacilaciones vuelve a caer en la tentación. Mayores referencias en ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 118, nota 243, aunque la autora sostiene una tesis unitaria.

⁵⁷⁰ CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», p. 66, pese a sostener una solución unitaria, ha dicho en este punto que «[u]na actuación del autor reiterada sucesiva manifiesta un “animus” o permanencia en su actitud antisocial más grave que la de quien actúa “de una vez”»; MALDONADO FUENTES, F., «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», pp. 749 s. En contra, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 43 ss., considera que la culpabilidad no es susceptible de aumento, aunque sí de exclusión o de reducción.

⁵⁷¹ ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. V, p. 391, bajo una concepción de la teoría de la unidad, 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» (resaltado en el original).

⁵⁷² BINDING, K., *Handbuch des Strafrecht*, pp. 571 ss.; FREUND, G., «Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems Gedanken aus Anlass des “Marburger Strafrechtsgesprächs 2004”», p. 324; ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht*, pp. 329 ss.; VON BURI, M., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, pp. 2, 108; WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz*, p. 29.

⁵⁷³ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 58.

⁵⁷⁴ GRECO, L., «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *passim*.

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 idénticas⁵⁷⁵.

2.2.5 TOMA DE POSICIÓN: LA NECESIDAD DE DISTINGUIR

Evidentemente, según lo expuesto, 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.

Toda la controversia concerniente al modo de afrontar las consecuencias jurídicas en materia concursal es demostrativa de la incapacidad por obtener 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. 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 sistema⁵⁷⁶. Incluso se podría plantear la nece-

⁵⁷⁵ 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», pp. 185 s., 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 que, también en estado de ebriedad, 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. También, SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 84, cuando compara la muerte de una centena de personas mediante un artefacto mortífero con la muerte de tres personas mediante tres disparos.

⁵⁷⁶ Acertado en este punto, CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», 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. De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», p. 68; también proponen un camino inverso, «de atrás hacia adelante»,

sidad 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 caso⁵⁷⁷.

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 realización 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 básicas⁵⁷⁸, 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. Por lo tanto, quien realiza dos males (*i.e.* comete dos delitos) merece un mayor reproche que aquel que realiza, *ceteris paribus*⁵⁷⁹, solo un mal. Esto no significa, no obstante, que la progresión deba ser lineal⁵⁸⁰, ni para lo uno ni para lo otro.

La otra pregunta, sin embargo, es menos sencilla de responder porque no resulta tan intuitivamente obvio que la realización de infracciones múltiples sea peor, en términos de valoración social de la lesividad, cuando se lleva a

GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», pp. 97 ss.; VALVERDE-CANO, A. B., «Lo técnico y lo valorativo en el proceso de individualización de delitos», p. 428.

⁵⁷⁷ Así, también, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 909 s.

⁵⁷⁸ Así, se ha dicho que es algo con lo que «todo el mundo está de acuerdo» (*Vid.* ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 212). En contra de otorgarle peso a las intuiciones morales en este ámbito, RYBERG, J., «Retributivism, Multiple Offending, and Overall Proportionality», pp. 17 ss. Sobre la relevancia de las intuiciones en la argumentación jurídico-penal, bajo la condición de que ellas se obtengan con base en la filosofía experimental, *Vid.* VALIENTE IVÁÑEZ, V., «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el derecho penal. Una primera aproximación al problema», pp. 147 ss.

⁵⁷⁹ Por supuesto que la situación podría ser distinta si lo que se compara es la concurrencia de algunos delitos con la comisión de otro delito –en unidad delictiva– que no forma parte de los concurrentes, por ejemplo, múltiples hurtos –de un lado– con un asesinato –del otro–, puesto que allí entraría en consideración otra discusión vinculada a la proporcionalidad ordinal, que implica que delitos de baja lesividad no pueden llegar a tener una sanción equiparable a uno de alta gravedad, sin importar cuántas veces sean cometidos (*Vid.* ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 332; JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», p. 138). En este sentido, reconocen la necesidad de que las penas derivadas de un concurso de delitos sean superiores a las de la unidad delictiva, BASSO, G. J., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», p. 18; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 544 s. En cambio, pone en duda las premisas de las que parte esta afirmación, y la teoría de la *overall proportionality* en general, RYBERG, J., «Retributivism, Multiple Offending, and Overall Proportionality», pp. 24 ss.

⁵⁸⁰ KESSLER FERZAN, K., «Punishment, Proportionality, and Aggregation», p. 487.

cabo mediante varios hechos independientes que si lo hiciese a través de un único hecho⁵⁸¹. Ello se observa en la relativa paridad⁵⁸² que existe entre los distintos sistemas que adoptan la solución unitaria y los que adoptan una solución plural en el momento de establecer las consecuencias jurídicas para tratar la concurrencia delictiva.

La tesis de que existe una mayor culpabilidad en el autor que se rebela más veces contra el ordenamiento jurídico, que aquel otro que solo lo hace en una oportunidad, no resulta del todo convincente. Por una parte, si se considera que no hay una diferencia a nivel de injusto, difícilmente pueda considerarse menor la culpabilidad del autor que, de forma calculada, consigue infringir la misma cantidad de delitos con un despliegue menor de esfuerzo. Por otra parte, las distintas rebeliones del autor contra el ordenamiento jurídico se asocian más a la pluralidad de normas infringidas que a los diversos momentos en que ello se lleve a cabo.

Con todo, creo que la realización de infracciones múltiples mediante varios hechos independientes⁵⁸³ es más grave que realizarlas –de nuevo, *ceteris paribus*– mediante un solo hecho⁵⁸⁴. Esta idea se encuentra en muchas jurisdicciones angloamericanas bajo la denominada regla de la transacción única (*single transaction rule*), que indica que si los delitos forman parte de un único

⁵⁸¹ Críticamente sobre ello, *Vid.* ALEXANDER, L./KESSLER FERZAN, K., *Reflections on Crime and Culpability: Problems and Puzzles*, pp. 135 ss.; BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, pp. 571 ss.; FREUND, G., «Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems Gedanken aus Anlass des “Marburger Strafrechtsgesprächs 2004”», p. 324. En la misma línea, ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 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; VON BURI, M., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, pp. 2, 107 s.

⁵⁸² En el sentido de que ninguno de los dos sistemas es aislado o excepcional.

⁵⁸³ 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 en supuestos que, pese a que existan varias acciones naturalmente separadas, hay dependencia entre ellas. 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 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 (*Vid. infra* 5.2.7).

⁵⁸⁴ Así también, aunque de *lege lata*, MAÑALICH, J. P., «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo alternativo”», pp. 142 s.; MALDONADO FUENTES, F., «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», p. 40 (nota 85), refiere expresamente que esa diferencia se debe a que el legislador así lo ha indicado mediante la distinción con base en la unidad de hecho y no en el contenido disvalioso, resultando «completamente irrelevante sostener que no parecen existir diferencias entre los casos en que se provocan numerosas muertes mediante diversos disparos de un arma de fuego y aquellos en los que las muertes se provocan a través de un artefacto explosivo». En término generales, también observan una diferencia entre una situación y otra, RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 89, nm. 4; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», p. 36.1, nm. 2; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 842 s., nm. 1.

evento criminal la disminución de pena debe ser significativa⁵⁸⁵. Como reconocen Roberts, Ryberg y De Keijser, esta noción parece ser clara y universal, sin embargo, su justificación no lo es tanto⁵⁸⁶.

A mi modo de ver, a igualdad valorativa de las infracciones múltiples, la multiplicidad de eventos en que ellas se realicen incrementa el desvalor objetivo que debe juzgarse, esto es, hay un ilícito mayor⁵⁸⁷. En el ámbito de la imputación moral sucede algo parecido⁵⁸⁸. 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 ducharse 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 reincidencia⁵⁸⁹. Incluso desde el punto de vista de la víctima⁵⁹⁰ parece que las ofensas que se producen en una única ocasión son mejor procesadas que cuando se llevan 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 víctimas⁵⁹¹. Esto último podría darse, por ejemplo, comparando dos situaciones de estafa:

⁵⁸⁵ Donde también se incluyen los supuestos de concurrencia de leyes (*Vid.* ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 215).

⁵⁸⁶ ROBERTS, J./RYBERG, J./DE KEIJSER, J., «Sentencing the Multiple Offender. Setting the Stage», p. 7.

⁵⁸⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 916 s.; KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 514; KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 715. Esa discusión, se refleja en el ámbito angloamericano como la distinción entre una proporcionalidad del castigo vinculada a la gravedad del delito –*seriousness of the offence*– y la proporcionalidad vinculada a la culpabilidad del autor –*blameworthiness of the offender*– (*Vid.* ROBINSON, P. H., «Mitigations: The forgotten side of the proportionality principle», p. 221). Vinculando la determinación de la pena a nociones de culpabilidad y de ilícito, ZIFFER, P., «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», p. 91 y agregado de nota 5, dice que «[l]a magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la ‘cuantificación de la culpabilidad’ [...] [e]n lo que se presupone, asimismo, una cuantificación del ilícito».

⁵⁸⁸ Así también, con un ejemplo similar, GÓMEZ PERDIGUERO, I., «Concurso de delitos y el artículo 210 ter del código penal», pp. 3 s.

⁵⁸⁹ Sobre la relación entre concurrencia delictiva y reincidencia, *Vid.* LEE, Y., «Multiple Offenders and the Question of Desert», pp. 130 s.; VIBLA, N., «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», 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 en que la reiteración no se valora como un *aliud* respecto de la unidad de hecho.

⁵⁹⁰ Si es que acaso este aspecto debiera tenerse en cuenta. A favor de considerar la perspectiva objetiva de la víctima en la gravedad del ilícito, HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad*, pp. 55 ss. Para una visión opuesta, *Vid.* SOLER, S., *Derecho penal argentino*, T. II, pp. 362 s.; también crítico con esa posibilidad, TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», p. 250.

⁵⁹¹ *Vid.* las investigaciones de psicología moral al respecto que recoge RYBERG, J., «Retributivism, Multiple Offending, and Overall Proportionality», pp. 26 s.

una en la que uno es la única víctima, y otra en la que se forma parte de un grupo mayor de víctimas engañadas. El famoso refrán popular «mal de muchos, consuelo de tontos» puede tener poco de racional, pero aquí –precisamente– estamos poniendo de relieve lo intuitivo que tiene este aspecto⁵⁹².

Sin embargo, como he sostenido en otro lugar, «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 en aquellos casos que se proponen para cuestionar la razonabilidad de la solución plural», ya sea por la dificultad de establecer si existe unidad o pluralidad de hechos –por ejemplo, el homicidio de varias personas mediante un disparo a cada una de ellas en distintos momentos⁵⁹³–, ya sea por tratarse de situaciones que, aunque se realicen mediante una acción, producen una enorme lesividad –por ejemplo, el homicidio múltiple mediante una bomba–. «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 permitan reflejar esos grises intermedios»⁵⁹⁴. 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 real⁵⁹⁵.

Con ello quiero decir que una regulación que exprese una diferencia valorativa en abstracto, pero que necesariamente constituya un continuo entre los

⁵⁹² Sin embargo, como es lógico, desde el punto de vista del autor el hecho adquiere mayor lesividad cuando afecta a más de una víctima, como queda puesto de relieve con algunos tipos cualificados por esa circunstancia (*vid.*, para nuestro ejemplo, el artículo 250.1.5.ª CP).

⁵⁹³ Intencionalmente dejo indeterminado el tiempo que ocurre entre cada disparo para que el lector ponga el límite donde desee. En todo caso, se reconocerá la dificultad de identificar el cambio de una situación de unidad de hecho a una de pluralidad de hechos, que es lo único que aquí interesa poner de manifiesto.

⁵⁹⁴ CANTARD, N., «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», p. 62. Exigencias de proporcionalidad ordinal impiden que hechos de similar gravedad reciban un tratamiento penológico diferenciado (*Vid.* BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, p. 389); CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 39, expresa que la diferencia significativa de pena entre una y otra modalidad concursal no se corresponde con determinados casos, lo cual «podría requerir una revisión de los criterios utilizados para determinar las penas a aplicar en ambos tipos de concursos»; MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la comensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», pp. 511 s. En este sentido se encamina la propuesta de *lege ferenda* del Proyecto de Investigación llevado a cabo por la Universidad Autónoma de Madrid (PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», pp. 410 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 385 ss.).

⁵⁹⁵ CANTARD, N., «El principio de acumulación a examen: ¿se debe mantener, se debe corregir o se debe erradicar?», pp. 139 ss. Sobre las consecuencias nocivas que se derivan de ese principio, *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, A., «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», pp. 167 ss.

dos universos de casos podría ofrecer una salida más razonable que permita al 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, aun en los «casos difíciles», la opción por una u otra modalidad no conlleve la excesiva desproporcionalidad que se produce con la regulación actual. Ello, sin perjuicio de continuar en la búsqueda de criterios normativos que permitan identificar con mayor certeza cuándo estamos en uno u otro tipo de concurso⁵⁹⁶.

3. CONCLUSIONES PARCIALES

En esta primera parte se busca sistematizar gran parte de las instituciones que permean, directa o indirectamente, la teoría de la concurrencia delictiva, de forma tal que puedan clarificarse algunas distinciones que considero necesarias para evitar ciertas confusiones que suelen producirse en este ámbito.

En ese sentido, el primer capítulo está orientado a proponer, de forma explícita y con la mayor contundencia posible, la distinción primaria y fundamental que existe entre unidad y pluralidad delictiva, y sobre cuyo análisis debe partir toda interpretación en la materia. Estas situaciones son las que, sin que directamente conciernan a la teoría de los concursos, puesto que forman parte de un universo distinto —el de la unidad delictiva—, presentan características comunes con aquella y, por lo tanto, caen dentro de la órbita su análisis. Esas características comunes tienen que ver con la existencia de una pluralidad de tipos penales en juego, o bien con una pluralidad de acciones u omisiones que se llevan a cabo al cometer el hecho delictivo, o bien con una conjunción de ambas, y que, sin embargo, y por distintas razones, se diferencian de las situaciones efectivamente concursales.

Debido a ese intento de clarificación, el análisis no puede ser meramente descriptivo, sino que obliga a realizar una valoración sobre el modo en que, a mi entender, deben ser interpretadas todas estas instituciones. No pretendo con ello arrogarme ningún tipo de originalidad en esa empresa, puesto que todas las definiciones que se exponen ya fueron defendidas, en otros tiempos —y en

⁵⁹⁶ PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 22, refiere que la distinción entre unidad de acción y pluralidad de acciones es sensata y necesaria, en la medida de que se trata de definir la distinción entre concurso ideal y concurso real de manera que se corresponda con las necesidades de la imposición de penas orientadas al hecho delictivo.

estos también—, por muchos autores. En esa misma búsqueda de intentar aclarar antes que oscurecer, tampoco se modifican las denominaciones clásicas con las que se conocen cada una de las instituciones analizadas, con independencia de la pertinencia o no que cada una de ellas tenga. La aspiración, en cambio, es mucho más modesta: poder ofrecer una ordenación que permita observar con claridad qué situaciones, y por qué razones, no forman parte del universo de la concurrencia delictiva. En este grupo se integran las instituciones de la unidad típica de acción en sentido estricto, la unidad de acción en sentido amplio (o unidad natural de acción, que prefiero denominar «unidad de hecho contextual»), al delito continuado y al concurso de leyes.

Como contraste de ese primer capítulo, el segundo se refiere a las modalidades propias del concurso de delitos: el concurso real, el concurso ideal y el concurso medial. Cada una de ellas ha sido objeto de estudios monográficos específicos, por lo que aquí no es posible —y, quizás, tampoco deseable— realizar un análisis en profundidad sobre cada una de estas figuras. Antes bien, se pretende llevar a cabo una breve referencia al concepto y las consecuencias jurídicas que el Código penal español les atribuye, para centrar los mayores esfuerzos en discutir sobre las ventajas e inconvenientes de su tratamiento unitario o diferenciado, teniendo en cuenta que en el último eje temático se volverá sobre las consecuencias que cabe asignar a cada modalidad concursal.

Esto último está motivado, fundamentalmente, por dos razones: la primera de ellas vinculada a la creciente, aunque no novedosa, postura que afirma la innecesaria distinción a efectos penológicos entre las distintas modalidades concursales, en particular en relación con el concurso ideal y el concurso real; la segunda de ellas, conectada a lo anterior, tiene que ver con que este trabajo se ha llevado a cabo en el marco de un Proyecto de Investigación⁵⁹⁷ que tenía entre sus objetivos primordiales ofrecer una propuesta legislativa que aporte mayor racionalidad a la actualmente vigente, y uno de los puntos fuertes que se discutieron en ese contexto fue el de la necesidad o no de mantener un «sistema de solución plural».

Con ese objetivo por delante, en la segunda parte de ese capítulo se efectúa un estudio del derecho comparado en la materia sobre las distintas opciones de regulación existentes en los países de nuestro entorno jurídico más próximo. Ese análisis, por evidentes razones, no puede ser exhaustivo, ni cuantitativa ni cualitativamente, pero con él se pretende dar cuenta de un número

⁵⁹⁷ «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva» (DER2017-86139-P), de la Universidad Autónoma de Madrid (II. PP. Prof. Enrique Peñaranda Ramos y Profa. Laura Pozuelo Pérez), financiado por AEI-MINECO-FEDER.

importante de aquellos que pueden ser considerados como más influyentes en la cultura jurídico-penal española. Luego de realizar ese estudio comparado, en el que prevalece una observación más bien descriptiva, se desarrolla una aproximación crítica a ambas posiciones, analizando las ventajas y desventajas de cada una de ellas, para finalizar con una toma de postura en favor de mantener la distinción entre el concurso ideal y el concurso real.

Asumida esa posición, resulta imperioso indicar cómo debe llevarse a cabo esa diferenciación, cuáles son los criterios bajo los cuales podemos afirmar que se da una u otra modalidad, siempre con el fin último de aportarle mayores herramientas conceptuales al juez para que tome una decisión que sea previsible para la sociedad. De esto se ocupará la segunda parte.

SEGUNDA PARTE

SOBRE EL MODO DE PROCEDER PARA LA DISTINCIÓN

4. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE ACCIONES EN LA FILOSOFÍA

4.1 Introducción

La categoría de la acción en la teoría del delito ha estado marcada por una profunda coincidencia en la literatura científica sobre lo que debía ser su contenido y, a la vez, una interminable discusión sobre su conceptualización. En otras palabras, probablemente todo especialista en derecho penal sepa identificar claramente qué casos conforman una acción y cuáles caen fuera de ella, qué requisitos debe tener dicha acción para ser jurídicamente relevante y cuáles son aquellas circunstancias que la excluyen como categoría sistemática. Sin embargo, y en contraste con ello, resultaría muy difícil poder determinar cuál es el concepto que goce del estatus de «dominante» en la doctrina, porque si bien es relativamente sencillo definir a la acción de forma negativa, esto es, qué casos «no» son considerados acciones, definirla de forma positiva no suele presentarse como un objetivo sencillo de alcanzar.

Ello se explica, según creo, por dos razones fundamentales. La primera de ellas está relacionada con que el concepto de acción que se utilice dependerá de las bases epistemológicas de las que se parta. Seguramente no será el mismo concepto para un positivista que para un iusnaturalista, un neokantiano, un causalista, un finalista, un normativista, etc. La otra razón está vinculada con la pretensión de ser un concepto omnicomprendivo que sea capaz de encajar en todas las formas posibles de infringir una norma penal, tanto para acciones como para omisiones, de forma dolosa o imprudente. Conseguir un concepto de esas características que se imponga con suficiente capacidad persuasiva, en este contexto, pareciera ser una tarea de imposible cumplimiento.

Frente a semejante desafío, es comprensible que un determinado aspecto de la acción haya sido desatendido por la ciencia penal y que, sin embargo, sí formó parte del centro de la discusión en otras disciplinas. Me refiero al desafío de «individualizar» acciones, estableciendo cuándo un suceso pasa de estar compuesto por una acción a estarlo por un conjunto de dos o más de ellas. Aunque el tema se abordó en relación con otras categorías del hecho punible, el concepto de acción, propiamente dicho, estuvo al margen de esa discusión. Por el contrario, hace muchos años que este tema viene planteándose en el ámbito de la filosofía y la importancia que ese debate pueda tener hacia el interior del derecho penal no debería subestimarse¹.

En los siguientes apartados trataré de dar cuenta de la discusión que se ha llevado a cabo en torno al problema de la individualización de las acciones desde la filosofía. Es necesario advertir, no obstante, que no se agotará el debate filosófico, ni mucho menos, lo que sería objeto de una investigación monográfica en sí misma, sino que se dará cuenta de algunas de las posiciones que, a mi juicio, pueden ser más relevantes a los fines de esta investigación.

4.2 El concepto filosófico de acción

a) *Orientado en la conducta*

Una de las formas en que la filosofía ha descrito el concepto de acción, es decir, que ha respondido a la pregunta sobre qué es una acción, es bien conocida por la ciencia penal, ya que está vinculada a la noción de movimiento corporal². Eso quiere decir que se va a entender que hay una acción en la medida que exista un movimiento corporal que dé cuenta de ella. Esta tesis fue desarrollada en el ámbito de la filosofía, principalmente, por Davidson, y puede resumirse en la frase «nosotros no hacemos más que mover nuestros cuerpos: el resto depende de la naturaleza»³. En su concepción, las únicas acciones que existen como tales son aquellas que denomina «acciones primitivas»⁴, que

¹ Similar, aunque desde la mirada de la filosofía hacia el Derecho penal, NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 15, refiere que «[l]o interesante de estas preocupaciones de los teóricos penales en torno al concepto de acción y nociones conexas no es sólo que son paralelas a las que han determinado en forma independiente el desarrollo de una serie de elaboraciones filosóficas, sino también que, indirectamente, iluminan la metodología y finalidad de tales elaboraciones».

² Quizás la conexión más explícita entre la teoría filosófica que aquí se comenta y la ciencia penal venga de la mano de MOORE, M. S., *Act and Crime*, pp. 78 ss.

³ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 59 (traducción propia).

⁴ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 49 ss.

se caracterizan por no depender de la realización de otras acciones, como, por ejemplo, mover el dedo. Feinberg denomina a estas acciones como «actos simples», por oposición a los «actos complejos», que se llevan a cabo por una serie de sub-actos que se conectan teleológicamente⁵.

Sin embargo, no parecen estar hablando de exactamente lo mismo, como se indicará inmediatamente, ya que Feinberg utiliza como ejemplo de acto complejo el hecho de cerrar una puerta, que puede ser realizado empujándola o poniéndole una traba, lo cual parece indicar una forma distinta de referirse a la misma acción⁶. Así, cada una de esas acciones puede ser entendida de múltiples maneras. Por ejemplo: un hombre mueve el dedo, pulsando así el interruptor, haciendo que se encienda la luz, se ilumine la habitación y se alerte a un merodeador⁷. Entonces, a la pregunta sobre qué hizo el hombre se podría responder que movió el dedo, que pulsó el interruptor, que lo que hizo fue encender la luz, o bien que iluminó la habitación, o que alertó a un merodeador⁸. Esto es lo que Feinberg ha denominado «efecto acordeón» de las acciones, que implica que una acción puede estirarse más o menos según se quiera, incorporando el efecto de la acción y convirtiendo, de esa manera, un simple acto en un acto complejo⁹. Pero, a diferencia de Feinberg, Davidson considera que el efecto acordeón no significa que exista una multiplicación de las acciones, sino que existe una multiplicidad de descripciones de una misma acción¹⁰.

⁵ FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, p. 132.

⁶ Esto es advertido correctamente por DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 56.

⁷ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 53.

⁸ NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 57, de forma aún más gráfica, propone el siguiente ejemplo: «veamos cómo puede ser descripta la acción de Pedro ejecutada el 6 de septiembre de 1982 a las 20hs., 10 minutos.

Pedro flexionó con fuerza el dedo índice de su mano derecha.

Pedro presionó el gatillo de un revólver.

Pedro disparó un proyectil con un revólver.

Pedro causó a Juan una herida desgarrante en el corazón.

Pedro mató a Juan.

Pedro asesinó a Juan.

Pedro se vengó de Juan.

Pedro cometió un delito.»

Con ello, pretende poner de manifiesto que las diversas descripciones de las que puede ser objeto una acción pueden estar basadas en aspectos físicos de los movimientos corporales (1), en relaciones de los movimientos corporales con objetos o con circunstancias del contexto (2 y 7), en términos de efectos causales (4 y 5), en alusiones a actitudes subjetivas (6 y 7), o bien vinculadas a reglas, convenciones, valores, instituciones (8), sin que se trate de categorías excluyentes ni exhaustivas (*Vid. Ídem*, pp. 57 y ss.).

⁹ FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, p. 134.

¹⁰ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 4 s., 56 ss.; esto también es sostenido por ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, pp. 37 ss., 46. Nino, en cambio, no lo limita exclusivamente a acciones agenciales –como sí lo hace Davidson (*Ídem*, p. 54)– sino también a efectos causales vinculados a otros eventos, como, por ejemplo, la lluvia (*Vid. NINO, C. S., Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 59).

Esto ya había sido defendido por Anscombe al decir que «una misma acción puede tener muchas descripciones diferentes, por ejemplo, ‘serruchar un tablón’, ‘serruchar un roble’, ‘serruchar el tablón de Smith’, ‘hacer un ruido chirriante con el serrucho’, ‘hacer mucho serrín’, etc., es importante tener en cuenta que un hombre puede saber que está haciendo una cosa bajo una descripción y no otra [...] pero serruchar un tablón de roble o un tablón de Smith no es otra cosa que está haciendo además de serruchar el tablón que está serruchando»¹¹.

Hornsby, quien en lo sustancial está de acuerdo con la tesis de la identidad¹², que es como suele denominarse a la tesis de Davidson y Anscombe¹³, indica que la afirmación de Davidson de que acción equivale a movimiento corporal es ambigua, debido a que existen dos maneras distintas en que puede identificarse un movimiento, y que él no tiene en cuenta en su postulado. Esta distinción está vinculada al sentido transitivo o intransitivo con que puede asociarse un movimiento. El primero de ellos responde a la afirmación «Pedro movió su cuerpo», mientras que el segundo responde a la afirmación «el cuerpo de Pedro se movió». Con ello, la tesis de Davidson sería correcta solamente desde una interpretación de acuerdo con el sentido transitivo de los movimientos corporales, mas no de acuerdo con el sentido intransitivo, ya que, frente a la pregunta «¿qué hizo él?» podría responderse válidamente «él movió su dedo», pero no sería válido responder «su dedo se movió»¹⁴.

Si bien la precisión realizada por Hornsby es correcta, no creo que sea determinante para descartar la noción de acción vinculada a movimientos corporales, siempre y cuando ella se enriquezca con un requisito de voluntariedad en la realización del movimiento¹⁵. Pese a lo que pudiera pensarse, esto no implicaría, a mi modo de ver, una subjetivización de la teoría de la identidad, en tanto y en cuanto para afirmar una acción no se requiere una subjetividad en

Sobre las diferencias entre las concepciones en Davidson y Feinberg del efecto acordeón, Vid. BRATMAN, M., «What is the Accordion Effect?», pp. 8 ss.

¹¹ ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, pp. 11 s. (traducción propia).

¹² HORNSBY, J., «Actions and Identities», pp. 195 ss.

¹³ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 2; NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», p. 244.

¹⁴ Dan cuenta de esta crítica, MOORE, M. S., *Act and Crime*, p. 83; NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pp. 26 s.

¹⁵ Así, por ejemplo, ANSCOMBE, G. E. M., «Medalist’s Address: Action, Intention and “Double Effect”», p. 13, refiere que la voluntariedad (*voluntariness*) no requiere que haya ningún acto de voluntad (*will*), ninguna formación de intención, ninguna elección de lo que es voluntario (*voluntary*), ni siquiera ningún acto voluntario positivo. De ello ha sabido dar cuenta la ciencia penal, incluso desde las primeras posiciones causalistas (Vid. BELING, E., *Esquema de Derecho penal*, pp. 42 s.; VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, pp. 285 s.).

sentido fuerte, en términos de «intención»¹⁶, característica con la que identifica el concepto de agencia¹⁷, sino de que sea producto de una manifestación de su personalidad¹⁸.

b) *Orientado en las propiedades*

Goldman critica directamente a la tesis de la identidad, desde sus postulados de partida. Por un lado, refiere que para que dos descripciones correspondan a la misma acción, es decir que sean idénticas entre sí, una de ellas debe tener todas y solo las propiedades que tenga la otra¹⁹, y, sin embargo, ello no ocurre en la concepción de Davidson y Anscombe. Dice Goldman, si John aprieta el gatillo y, de esta forma, mata a Smith, sería correcto decir que el acto de apretar el gatillo causó la muerte de Smith, pero no sería correcto decir que el acto de matar a Smith provocó el disparo de la pistola. En consecuencia, dado que uno de estos actos tiene una propiedad que el otro no tiene, no pueden ser el mismo acto²⁰. Esta crítica concierne a los «efectos» que producen los actos. La objeción se complementa con otra vinculada a la relación que puede establecerse entre los actos con el término «a través de», «por medio de», «mediante» (*by*), el cual expresa –siempre en opinión de Goldman– una relación asimétrica e irreflexiva entre los actos, lo cual no podría darse si se tratase de actos idénticos. Así, por ejemplo, puede decirse que alguien da jaque mate a su oponente mediante (*by*) el movimiento de la reina, pero él no mueve la reina mediante (*by*) el jaque mate a su oponente²¹.

Pero también, por otro lado, puede hacerse una crítica similar en cuanto a las «causas» de las acciones, puesto que, si A y A' son una y la misma acción, entonces ellas son uno y el mismo evento, y si ello es así deberían tener la misma causa; si, por el contrario, de alguna manera A y A' no tienen la misma

¹⁶ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 45. En el mismo sentido, NIÑO, C. S., *El concurso de delitos en Derecho penal*, pp. 26 s., indica que se excluyen del concepto de acción aquellos que no están originados en la voluntad del individuo, es decir, la voluntad es un elemento esencial al concepto de acción, a diferencia de la intención, que es un elemento no esencial.

¹⁷ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 46 s.

¹⁸ Si bien no lo dice con esos términos, puede asimilarse. Davidson distingue entre acciones intencionales –agencia–, acciones no intencionales –por ejemplo, derramar el café, porque creía que era té cuando era café–, y no acciones –por ejemplo, derramar el café, porque me sacuden la mano– (Vid. DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 45).

¹⁹ A este aspecto lo denomina «principio de indiscernibilidad de los idénticos» (Vid. GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 4).

²⁰ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 2.

²¹ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 5.

causa, después de todo no pueden ser idénticas. Por ejemplo, consideremos que el acto de que John apriete el interruptor y encienda la luz estuvo precedido de que George colocó la bombilla en el portalámparas que estaba vacío, de forma tal que la causa de que John encienda la luz es la acción de George, sin embargo, no es la causa de que John haya apretado el interruptor, pues esto hubiera sido así de todos modos, aun sin la acción de George²².

En su propuesta, Goldman parte de la distinción entre actos-tipos y actos-casos²³. Los primeros se refieren a una propiedad, como cortar el césped, correr, escribir una carta o dar una conferencia, por eso los llama también como actos-propiedad. Ahora bien, cuando el sujeto realiza esos actos-tipos, es decir cuando atribuimos un acto a un agente, dice que el agente «ejemplificó» un acto-propiedad, esto es, cuando decimos, por ejemplo, que John cortó el césped, lo que se afirma es que John ejemplificó el acto de cortar el césped. Esto último es lo que se identifica con los actos-casos²⁴. A ello agrega que dos actos-casos serán idénticos si y solo si implican al mismo agente, la misma propiedad y el mismo momento. Lo problemático reside en la identidad de propiedad, ya que no habría punto de desencuentro en admitir que se trata de dos acciones en el caso de agentes distintos o de realizaciones en diferentes momentos. En cambio, el requisito de identidad en el acto-propiedad, lleva a Goldman a afirmar, en contraste con lo sostenido por la tesis de la identidad, que en el ejemplo mencionado en el que John mueve la mano, John mueve la reina, John da jaque mate a su oponente, John da un ataque al corazón a su oponente, son todos actos-casos diferentes, debido a que las propiedades ejemplificadas son diferentes²⁵. Aquí pueden verse las similitudes, a pesar de los matices conceptuales que cabría hacer, entre esta tesis y la sostenida por Feinberg bajo el denominado «efecto acordeón».

Muchas críticas se le han hecho a la tesis multiplicadora²⁶ de Goldman en cada uno de sus puntos, pero creo que el argumento central está vinculado

²² GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, pp. 3 s.

²³ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, pp. 10 ss. Tomo la traducción de «act-types» y «act-tokens» que se realiza habitualmente (Vid. GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, p. 47; NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 50); sin embargo, los «act-tokens», al estar vinculados a un proceso de ejemplificación o de instanciación de los actos-tipo, podrían traducirse como «acto-ejemplar» o «acto-instancia». Figueroa Rubio los menciona como «tipo de acciones» y «acciones concretas» (Vid. FIGUEROA RUBIO, S., «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», p. 112).

²⁴ Similar, Von Wright con su distinción entre actos genéricos y actos individuales (Vid. GONZÁLEZ LAGIER, D., *Acción y norma en G. H. von Wright*, pp. 62 ss.).

²⁵ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 11.

²⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, pp. 42 ss., se refiere a ellas como teoría «minimizadora» y «maximizadora»; Thalberg la denomina «pluralista», en oposición a la «unificadora» de

a una inferencia lógica con la cual llega a diversificar aspectos ontológicos del mundo, en el sentido de la ocurrencia de una acción, con base en las distintas apreciaciones que pueden hacerse de esa acción²⁷. Aquí podría realizarse un paralelismo con las posiciones que se verán más adelante, que consideran que en los supuestos de ocurrencia de una multiplicidad de resultados lesivos con una única acción pueden ser comprendidos bajo las reglas del concurso real, en virtud de entender que se producen «varios hechos» y no uno²⁸. Así, por ejemplo, si A coloca una bomba que mata a B, C y D, se podría considerar, siguiendo a Goldman, que la propiedad ejemplificada en matar a B no coincide con la propiedad ejemplificada de matar a C ni a D, por lo tanto, al no coincidir uno de los elementos que deben estar presentes en dos actos-casos para poder afirmar que son idénticos, se trataría de tres actos-casos distintos.

En este sentido, siguiendo a Anscombe y Hornsby²⁹, Nino refiere que «el concepto de acción de Goldman es irreconociblemente diferente al corriente; mientras este permite decir muchas cosas de una sola acción, el de Goldman sólo hace posible decir una sola cosa de cada una de las infinitas acciones que un sujeto realizaría cada vez que mueve su cuerpo voluntariamente»³⁰. En otras palabras, parecieran confundirse los efectos que pueden derivarse de una acción con la acción misma³¹.

Davidson y Anscombe, según la cita de HORNSBY, J., «Actions and Identities», pp. 195 s., quien considera mejor llamarlas «identificadoras» y «diferenciadoras».

²⁷ Esto no debe leerse como una defensa de una preeminencia de lo ontológico por sobre lo normativo, cuestión que excede el punto aquí mencionado (*vid.*, al respecto, la crítica de FIGUEROA RUBIO, S., «Acciones, relaciones causales e imputación en el contexto de la atribución de responsabilidad extracontractual. Cuestionando dos tesis», pp. 4 ss., en especial p. 19, a la tesis de la identidad en la identificación de acciones), sino como una crítica a una forma de desvirtuar la realidad, en lo que podría identificarse, tomando de prestado la expresión de Austin, como una «falacia descriptiva» (*Vid.* AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, p. 43).

²⁸ *Vid.* infra 5.2.2.

²⁹ HORNSBY, J., «Actions and Identities», pp. 200 s., afirma «una sola acción puede tener muchos efectos, y efectos de muchas clases: puede ser una acción de muchas clases. A veces conseguimos muchas cosas moviendo el cuerpo» (traducción propia).

³⁰ NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pp. 52 s.

³¹ En este punto, quizás sea de utilidad tener presente la distinción planteada por Austin, en el ámbito de la pragmática o la filosofía del lenguaje, entre actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios, que, a grandes rasgos, podemos diferenciar entre el acto *de* decir algo, el acto *al* decir algo, y el acto que se produce *por* decir algo, respectivamente. Así, el *acto locucionario* consiste en el acto de decir algo, como puede ser emitir un sonido, un ruido –acto fonético– que normalmente, aunque no necesariamente, pertenecen a un vocabulario adecuado a cierta gramática –acto fático–, realizado (de nuevo, no necesariamente) con cierto sentido o referencia, más o menos definidos –acto rético–; el *acto ilocucionario* implica un «hacer» en el mismo acto del habla, característica principal de las «expresiones realizativas» (performativas) en oposición a las descriptivas, que él prefiere denominar «constatativas». Austin pone el siguiente ejemplo: «cuando, con la mano sobre los Evangelios y en presencia del funcionario apropiado, digo ¡Sí, juro!, no estoy informando acerca de un juramento; lo estoy prestando». Por último, el *acto perlocucionario* es aquél que se produce como consecuencia o efecto del acto locucionario o ilocucionario, es decir, porque decimos cosas tales como, por ejemplo, convencer, persuadir, disuadir, sorprender, confun-

c) *Orientado en la intención*

Una postura subjetivista, en cambio, sostiene Von Wright al identificar las acciones con la intención del agente de realizarla³². En su análisis sobre la noción de acto comienza por delimitarlo de la noción de suceso, que vendría a ser un cambio en el mundo. En este sentido, dice «[u]n acto no *es* un cambio en el mundo, pero muchos actos pueden describirse apropiadamente como provocar o *efectuar* (‘a voluntad’) un cambio. Actuar es, en cierto sentido, *intervenir* en ‘el curso de la naturaleza’»³³. Asimismo, esos cambios en el mundo, esos sucesos, se definen como una transición de un estado de cosas, llamado estado inicial, a otro, que se denomina estado final. Así, por ejemplo, el abrir una ventana consiste en un cambio o transición de un estado de cosas cuando esta ventana está cerrada, a un estado de cosas cuando está abierta³⁴. Ahora bien, la lógica de la acción, para Von Wright, es la lógica de aquellos actos que efectúan cambios en los estados de cosas³⁵, y se trata de un nexo intrínseco o lógico, en la medida que el acto es definido como el acto de efectuar tal y tal cambio; así, el acto de abrir la ventana es, lógicamente, el acto de cambiar o transformar un mundo en el que la ventana está cerrada, en un mundo en el que está abierta³⁶.

dir, etc. En este sentido, mientras que los actos locucionario e ilocucionarios suponen una *relación convencional*, el acto perlocucionario supone una *relación causal*. Un ejemplo que incluya los tres actos puede resultar más esclarecedor:

«Acto (A) o Locución
 Me dijo: ‘No puedes hacer eso’
 Acto (B) o Ilocución
 El protestó porque me proponía hacer eso
 Acto (C.a.) o Perlocución
 Él me contuvo
 Él me refrenó
 Acto (C.b.)
 Él me volvió a la realidad
 Él me fastidió»

(Vid. AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, pp. 44 y ss., 145 y s., 153 y ss., 166 y ss.). Un resumen de esta clasificación puede verse en CARRIÓ, G. R./RABOSI, E. A., «La filosofía de John L. Austin», pp. 31 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, pp. 94 y ss.

³² De otra opinión, DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 44 ss., afirma que la diferencia entre acciones intencionales y no intencionales es una distinción entre descripciones de la acción.

³³ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, p. 53 (cursivas en el original). En contra, DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 113 s., cuestiona la afirmación de Von Wright de que una acción no sea un evento, sino una simple realización intencional de un evento, y ejemplifica diciendo que «si yo me caigo, eso es un evento sea intencionadamente o no. Si usted piensa que mi caída fue un accidente, y luego descubre que lo hice a propósito, no estaría tentado de retirar la afirmación de haber presenciado un evento».

³⁴ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, p. 46.

³⁵ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, p. 54.

³⁶ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, p. 56.

El paso siguiente es distinguir, dentro de esos cambios en el mundo, entre «resultados» y «consecuencias» de la acción, en la cual resultado de una acción será el cambio que se produce de modo «intrínseco» a la acción, mientras que la relación entre acción y consecuencia es «extrínseca», ya que se trata de una transformación meramente causal. Así, por ejemplo, el resultado del acto de abrir la ventana es el hecho de que la ventana esté abierta, mientras que una consecuencia del acto de abrir la ventana puede ser que la temperatura de una determinada habitación disminuya³⁷. Sin embargo, esa diferencia no podría explicarse únicamente de forma lógica, puesto que también podría hablarse del acto de enfriar la habitación, aunque sea un acto diferente del de abrir la ventana; en otras palabras, «[e]l acto de enfriar la habitación exige lógicamente que la temperatura baje y “puede” exigir “causalmente” que la ventana sea abierta. El acto de abrir la ventana, a su vez, exige “lógicamente” que la ventana sea abierta y “puede” conducir “causalmente” al hecho de que la temperatura del interior descienda». Por lo tanto, el mismo cambio puede ser a la vez resultado y consecuencia de una acción, pero «[l]o que hace lo uno y lo otro depende de la “intención” del agente al actuar»³⁸. De ello se deduce que, según la tesis de Von Wright, si queremos saber qué ha hecho un agente, tenemos que averiguar cuál era su intención³⁹. Sin embargo, no está del todo claro cuál sería el estatus conceptual de aquellas «acciones» no intencionales⁴⁰, ni la perspectiva desde la cuál debe analizarse la propiedad esencial de una acción, esto es, si desde el punto de vista del agente o desde el punto de vista de terceros que observan e interpretan la acción⁴¹.

Con mayor determinación sobre este punto se ha expresado Mosterín, al afirmar que «toda acción es intencional. Si no hay intención, no hay acción, aunque haya movimientos observables. Y si hacemos movimientos ob-

³⁷ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, pp. 56 s.

³⁸ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, p. 58.

³⁹ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, p. 51. También el «primer Nino» –así lo identifica FIGUEROA RUBIO, S., «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», p. 100– parecía conceder a la intención un lugar primordial a la hora de identificar acciones. Así, por ejemplo, sostenía que, si unos mendigos mutilan chicos para tener más éxito con la limosna, y algunos mueren como consecuencia de las lesiones, no hay dos acciones –mutilar y matar–, sino dos descripciones de la misma acción, sin embargo, si alguien incendia intencionalmente una casa y muere –«sin que se quiera o incluso se prevea»– una persona que estaba dentro, «me inclino por pensar que hay dos acciones» (Vid. NINO, C. S., *El concurso en el Derecho penal*, pp. 42 ss.). En el ámbito del Derecho penal se sostuvo una tesis, aunque minoritaria, orientada a la subjetividad del autor en relación con la distinción entre concurso ideal y real (Vid. BAUMGARTEN, A., «Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz», pp. 49 ss.; asociándola a la doctrina italiana, con una visión crítica, CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», pp. 351 ss.).

⁴⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, p. 53.

⁴¹ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Acción y norma en G. H. von Wright*, pp. 96 s.

servables con varias intenciones, hacemos (con esos movimientos) tantas acciones distintas como intenciones distintas tenemos»⁴². Para ejemplificar esta posición, recurre al clásico mito de Edipo, en el que un oráculo había vaticinado a Layo, rey de Tebas, y a Yocasta, su mujer, que tendrían un hijo que mataría a su padre y se casaría con su madre. Para evitar ese desenlace abandonaron a su hijo, Edipo, al nacer, quien fue adoptado por los reyes de Colono, donde otro oráculo le indicó a Edipo la misma profecía y este, en la creencia de que la profecía estaba referida a los reyes de Colono, pues desconocía haber sido adoptado, abandona el reino. En su peregrinación se cruza con Layo, se produce una discusión y lo mata sin saber que era su verdadero padre. Luego llega a Tebas y se casa con la reina de Tebas, Yocasta, sin saber que era su madre biológica. El desenlace del mito de Edipo puede admitir las siguientes descripciones⁴³: 1) Edipo mató a un caminante; 2) Edipo mató a su padre; 3) Edipo se casó con Yocasta; 4) Edipo se casó con su madre. Frente a estas descripciones se podría afirmar, siguiendo la tesis de Von Wright y Mosterín, que las conductas 1) y 3) son verdaderas acciones, mientras que las descripciones 2) y 4) son meras consecuencias causales de esos actos. En palabras de Mosterín: «A veces se dice que en esa situación se trataría de dos descripciones diferentes de la misma acción. Pero, tal como hemos definido aquí estos conceptos, no se trata de dos descripciones de la misma acción, sino de dos acciones distintas o, mejor dicho, de una acción (Edipo mata al caminante) y de una consecuencia de esa acción (la muerte del padre de Edipo). En efecto, no hay acción sin intención y Edipo no tenía la menor intención de matar a su padre»⁴⁴.

d) *Orientado en lo social*

Una postura diametralmente opuesta es la tesis del adscriptivismo sostenida, fundamentalmente, por Hart⁴⁵ y Feinberg⁴⁶. Digo que es diametralmente opuesta, básicamente, por dos puntos de partida metodológicos que contrastan fuertemente con lo sostenido por Von Wright y sus seguidores⁴⁷. El primero de

⁴² MOSTERÍN, J., *Racionalidad y acción humana*, p. 176.

⁴³ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, p. 52.

⁴⁴ MOSTERÍN, J., *Racionalidad y acción humana*, p. 175.

⁴⁵ HART, H. L. A., «The Ascription of Responsibility and Rights», pp. 171 ss.

⁴⁶ FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, pp. 119 ss.

⁴⁷ En cambio, GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, pp. 111 ss., lleva a cabo un esfuerzo por conciliar ambas teorías, junto a la tesis de Davidson, pese a reconocer que «la teoría adscriptivista se sitúa en una perspectiva distinta a la de von Wright» (ÍDEM, p. 57).

ellos, parte de considerar que las acciones no forman parte de un enunciado descriptivo, sino adscriptivo o atributivo, por lo que no se trata de descubrir una determinada acción sino de decidir qué es lo que se hizo y quién lo hizo⁴⁸. Si, en palabras de Nino, el de Von Wright era un «compromiso ontológico que supone admitir la realidad de las acciones»⁴⁹, en los adscriptivistas no existe ese compromiso. El segundo de los puntos de partida contrastantes se deriva del anterior, y es que la contestación a las preguntas sobre qué se hizo y quién lo hizo no viene condicionada por la subjetividad del agente, sino por las consideraciones de terceros, es decir, se trata de un concepto de acción que se construye socialmente.

La propuesta central de Hart reside en indicar que cuando alguien lleva a cabo manifestaciones consistentes en reconocer y atribuir derechos o admitir y realizar acusaciones de responsabilidad, como «esto es suyo», «esto es tuyo», «esto es mío», en el primer caso, o «yo fui», «él fue», «tu fuiste», en el segundo, son expresiones que no describen cosas, eventos o personas, ni tampoco emociones o sentimientos, sino que se trata de que una persona le atribuye, y, en este sentido, le adscribe, algo a otra⁵⁰; es, en el sentido de Austin⁵¹, un lenguaje «performativo»⁵² y, en particular, un «acto ilocucionario»⁵³. Luego de una serie de críticas, fundamentalmente por parte de Geach y Pitcher, Hart abandona las ideas centrales de ese artículo⁵⁴. Estas críticas se enfocan en afirmar que Hart utiliza ejemplos de acciones que implican una acusación o reproche, sea moral o jurídico, pero olvida que hay otros tipos de acciones que son neutras valorativamente, es decir, que no se refieren a sanciones, excusas o eximentes, como, por ejemplo, «él tocó el piano» o «ella camina por la

⁴⁸ Sobre este punto, aunque no es el único, Feinberg se diferencia de Hart relativizando esa afirmación, porque genera confusión. Según su punto de vista, y en virtud del efecto acordeón, cualquier afirmación sobre una acción puede utilizarse de forma descriptiva o adscriptiva, dependiendo la forma en que se haga la pregunta (Vid. FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, pp. 137 s.).

⁴⁹ NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 10.

⁵⁰ HART, H. L. A., «The Ascription of Responsibility and Rights», pp. 171 s., 184 s., 187 ss.

⁵¹ A quien Hart sigue en este punto (Vid. HART, H. L. A., «The Ascription of Responsibility and Rights», pp. 185 s.; NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 16).

⁵² AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, pp. 44 ss., 179. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi han traducido el término *performative* utilizado por Austin como «realizativo», pero ello no supone ninguna diferencia de relevancia; simplemente, me limito a informar cómo aparece indicado en la obra que aquí se utiliza de referencia.

⁵³ AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, pp. 142 ss., 153 ss.

⁵⁴ Vid. «Prefacio» en HART, H. L. A., *Castigo y responsabilidad. Ensayos de Filosofía del derecho*, donde ha sostenido, con cita de los trabajos de los dos autores mencionados, que «los principales argumentos no me parecen que sean ya defendibles y que las principales críticas que se han hecho en los últimos años están justificadas».

calle»⁵⁵. Por lo tanto, hay acciones que no conllevan una reacción y puede haber responsabilidad sin acción, como ocurre en la que tienen los padres sobre los hijos. En este sentido, la teoría de Hart sería una que sirve para atribuir responsabilidad antes que para atribuir acciones⁵⁶, o, en palabras de Figueroa Rubio, «[s]e trataría de adscripción de responsabilidad (por una acción) antes que de la adscripción de una acción»⁵⁷.

Sin embargo, aquellas ideas de Hart fueron retomadas por Feinberg unos años después, quien intentó defender que las nociones de adscripción y derrotabilidad (*defeasibility*) pueden arrojar algo de luz sobre los casos normales de acción, y no solo sobre los casos de acción defectuosa. Para ello, analiza distintos sentidos que pueden caber en la expresión «atribuir responsabilidad»⁵⁸:

1) atribuciones directas de causalidad, en los que, por ejemplo, si decimos que «Smith es responsable de x» podemos referirnos simplemente a que x es el resultado de lo que Smith hizo, o que Smith hizo algo (por ejemplo, girar el picaporte) y, por tanto, provocó que ocurriera x (por ejemplo, que se abriera la puerta). En esta forma de expresión, la atribución de responsabilidad está exenta de cualquier tipo de valoración, sea ésta positiva o negativa;

2) atribuciones de agencia causal, en la cual, partiendo de la distinción entre actos complejos y actos simples, indica que un acto simple también puede mutar a un acto complejo con una simple reordenación del lenguaje, en virtud del mencionado «efecto acordeón», como, por ejemplo, en lugar de decir «Smith abrió la puerta (acto simple) y provocó que Jones se asuste», puede decirse «Smith asustó a Jones» (acto complejo); en resumen, es una atribución de responsabilidad vinculada a un acto complejo.

3) atribuciones de simple agencia. A diferencia de las descripciones puramente causales, que pueden traducirse en descripciones de agencia causal –y éstas solo pueden estar referidas a actos complejos–, los actos simples no tienen componente causal. Para mover un dedo, simplemente hay que moverlo, no requiere ninguna actividad causal previa. Es decir, se trata de la atribución de una acción simple.

⁵⁵ Un resumen de estas críticas puede verse en FIGUEROA RUBIO, S., *Adscripción y reacción*, pp. 215 ss.; NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, pp. 18 s.

⁵⁶ Sin hacer mención expresa a Hart, Davidson indica que, ciertamente, podemos extender la responsabilidad o la imputación (*liability*) por una acción a la responsabilidad o imputación por sus consecuencias, pero esto no lo hacemos achacándoles al agente una nueva acción, sino señalando que su acción original tuvo esos resultados (Vid. DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 59).

⁵⁷ FIGUEROA RUBIO, S., *Adscripción y reacción*, p. 216.

⁵⁸ FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, pp. 129 ss.; un resumen de ellas puede verse en GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, pp. 55 s.

4) imputaciones de acciones defectuosas (*Fault*). Se trata de acciones de un agente, de quien puede predicarse un reproche por esa acción.

5) atribución de responsabilidad en sentido estricto (*Liability*), en la cual esa atribución viene determinada por normas o costumbres vinculadas a una respuesta futura por la acción defectuosa, pero que no necesariamente debe coincidir el sujeto sobre el que recae la responsabilidad en este sentido con aquel en quien recae la imputación por la acción defectuosa, aunque en la mayoría de los casos se trate de la misma persona. Así, hay ocasiones en que un espectador sin culpa por la acción defectuosa puede decir «yo asumo la responsabilidad por ello» o «cárgamelo a mi cuenta». Esta característica implica que se trate de una responsabilidad transferible, vicaria o «estricta», es decir, independiente de la responsabilidad real.

Feinberg refiere que en las tres primeras descripciones el uso del término «responsable» se aplican a casos normales de acción, esto es, aquellos en los que no se plantean cuestiones de culpa, merecimiento del castigo y similares, y, sin embargo, le resulta bastante claro que hay afirmaciones de acción que sí atribuyen responsabilidad en esos sentidos⁵⁹.

El propio Hart, en un artículo de 1967, es decir, casi dos décadas después de «The Ascription...» y un par de años después del de «Action and Responsibility» de Feinberg, realizó una serie de distinciones sobre el modo en que cabe hablar de «responsabilidad» en forma similar, aunque no idéntica, a la que se viene describiendo⁶⁰. Así, la descripción 1) de Feinberg coincide con la «responsabilidad causal» que menciona Hart; la descripción 5) está emparentada con la «responsabilidad-deber legal»; las descripciones 2) y 3) tienen puntos en común con la «responsabilidad-deber por acciones particulares»; y, finalmente, la descripción 4) con la «responsabilidad-deber moral».

4.3 La individualización de acciones

La discusión en torno al concepto de acción nos interesa, a los efectos de nuestra investigación, en tanto y en cuanto puede condicionar la problemática de la individualización de acciones. En otras palabras, una vez que se tiene asumido qué es una acción se puede establecer, bajo ese mismo concepto, qué

⁵⁹ FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, p. 137.

⁶⁰ HART, H. L. A., *Castigo y responsabilidad. Ensayos de Filosofía del derecho*, pp. 200 ss. Un análisis de ellas puede verse también en FIGUEROA RUBIO, S., *Adscripción y reacción*, pp. 42 ss.

eventos pueden ser asociados a esa acción y cuáles van a corresponder a acciones que pueden diferenciarse. Es verdad que esto puede no ser necesariamente así. Como se verá luego, pueden plantearse dos discusiones distintas, aunque a veces aparezcan como conectadas⁶¹. Por un lado, la identificación de qué es una acción, todo lo cual concierne al problema de su identidad, y, por el otro, a la individualización de aquello que ya sabemos que se identifica bajo una acción, todo lo cual concierne al problema de su cuantificación⁶². No obstante, y pese a que sería posible inferir una hipótesis sobre cómo individualizarían acciones cada una de las tesis planteadas en el párrafo anterior, aquí daré cuenta de aquellas que lo hicieron explícito, pues no forma parte de este trabajo hacer una investigación sobre la filosofía de la acción.

En este sentido, las tesis que se han ocupado especialmente de discutir el tema de la individualización de acciones fueron, por un lado, la que identifica acción con una actividad física o movimiento corporal, fundamentalmente defendida por Anscombe y Davidson, y, por el otro, aquella que restringe los supuestos de identidad de acciones a los casos en que se presente una identidad de sujeto, identidad de momento e identidad de propiedad de cada acción, defendida por Goldman. Por las razones que ya fueron indicadas, y en las que haremos hincapié a continuación, a la primera de ellas se la conoce como tesis de la identidad, y a la segunda como tesis multiplicadora.

El modelo de Anscombe y Davidson recibe el nombre de tesis de la identidad, porque sostiene que, por más que una acción pueda ser descrita de distintas maneras, no por ello deja de ser una acción. Anscombe plantea la problemática de la individualización de acciones a partir de un ejemplo en el que un hombre está accionando manualmente, esto es, moviendo la palanca con su brazo de arriba abajo, una bomba de agua, que se encuentra envenenada, y que abastece a una casa habitada⁶³, y se pregunta «hay cuatro acciones aquí, porque hemos encontrado cuatro descripciones distintas que satisfacen nuestras condiciones, a saber, mover el brazo arriba y abajo, accionar la bomba, reponer el suministro de agua y envenenar a los habitantes?»⁶⁴, a lo que

⁶¹ HORNSBY, J., «Actions and Identities», pp. 200 s., nota 1, indica que es posible que una oración como «él hizo tres cosas (*things*)» pueda interpretarse de dos maneras: «él hizo tres acciones (*doings*)» o bien «él hizo acciones de tres tipos (*doings of three kinds*)», y es posible que el uso filosófico nos haya llevado a interpretar la frase en el primer sentido. Pero sobre la base del uso en inglés de «he did something», la segunda interpretación es la que deberíamos asumir que dice la frase.

⁶² HORNSBY, J., «Actions and Identities», p. 200. Similar, NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», p. 248; EL MISMO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 54, con su distinción entre individualización vertical y horizontal.

⁶³ ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, p. 37.

⁶⁴ ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, pp. 40 s. (traducción propia).

responde, luego de una escueta fundamentación⁶⁵, que hay una acción con cuatro descripciones⁶⁶.

De una forma más extensa se ha encargado Davidson de fundamentar una tesis similar a la de Anscombe. Como fue indicado en el apartado anterior, Davidson parte de la base de identificar a las acciones con movimientos corporales, y a éstos con lo que él denomina «acciones primitivas», esto es, aquellas acciones que no precisan de otras para ser realizadas⁶⁷. Ahora bien, esas acciones primitivas están unidas a otras que son su consecuencia, y también pueden ser identificadas como acciones. Así, por ejemplo, si ato los cordones de mis zapatos, por una parte, estoy moviendo mis dedos y, por la otra, estoy moviendo los cordones, ¿esto significa que hay dos acciones o puedo simplemente llamar acción al primero de los movimientos? A este planteo, Davidson responde que el atar los cordones de los zapatos no es más que la descripción del movimiento que el sujeto está realizando, pero ello no implica que se trate de otra acción⁶⁸.

Para explicar esta relación introduce el concepto de causalidad en el análisis de la acción. Indica que la noción ordinaria de causalidad puede explicar cómo se extienden las acciones primitivas a acciones que se describen de otras maneras, pero no explica la acción primitiva *per se*, porque se daría el siguiente dilema: o bien la causa de la acción primitiva es un suceso separado de ésta, en cuyo caso ese suceso debe ser una acción, y por lo tanto aquella no era primitiva, o el suceso causante no era una acción, lo que implicaría reconocer que hay causas que no son un hacer; o bien no se trata de un suceso separado de la acción primitiva, en cuyo caso se diluye la diferencia entre afirmar que

⁶⁵ No creo, como opina Nino (*Vid. NINO, C. S., Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 48), que salvo esos ejemplos no haya en Anscombe mayor argumentación en apoyo de su tesis, aunque sí es verdad que no es abundante. Anscombe va construyendo su argumento a partir de la pregunta «¿por qué?» que cabría hacer frente a las «acciones» que va realizando el hombre, y así se forma una secuencia A-B-C-D de las cuatro descripciones, en la que cada una es dependiente de la anterior, aunque independiente de la siguiente. Entonces, se pregunta ¿es B una descripción de A, C de B, D de C?, y responde negativamente, puesto que no podemos decir que la descripción «está accionando la bomba» (B) sea idéntica a la que se describe por «está moviendo el brazo arriba y abajo» (A), es decir, no se verifican de la misma manera (mover el brazo no siempre significa accionar la bomba, aunque en este caso sí lo sea). Además, la única acción en la que consiste B es A, y así sucesivamente, solo que se requieren más circunstancias para que A sea B y varias más para que A sea D. Pero estas circunstancias, y aquí empieza a desgranar su fundamento, no necesitan incluir ninguna acción particular del hombre que se dice que hizo A, B, C, y D; por lo que la única acción distintiva es A. «Mover el brazo arriba y abajo con los dedos alrededor de la manivela de la bomba *es*, en estas circunstancias, accionar la bomba; y, en estas circunstancias, *es* reabastecer el suministro de agua de la casa; y, en estas circunstancias, *es* envenenar a los habitantes» (*Vid. ANSCOMBE, G. E. M., Intention*, pp. 45 ss. –traducción propia–).

⁶⁶ ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, p. 46.

⁶⁷ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 49.

⁶⁸ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 51 s.

alguien causó una acción primitiva y afirmar que él fue el agente⁶⁹. Por lo tanto, la noción de causalidad ordinaria resulta pertinente, no para explicar las acciones primitivas, sino para explicar sus «efectos». Sin embargo, ello puede generar la confusión de que estemos hablando de otras acciones, como sucede si decimos que Javier golpea una pelota con un bate de beisbol, la cual rompe una ventana, entonces Javier no solo le pegó a la pelota, sino que también rompió la ventana. Pero esta forma de entender las cosas, que viene sugerida por el efecto acordeón que introduce Feinberg⁷⁰, revela que se consideran determinadas consecuencias como si fueran acciones, lo cual, por un lado, es incorrecto para Davidson⁷¹, y, por el otro, no ofrece ninguna respuesta a la pregunta sobre qué es lo que hace que una acción primitiva sea una acción⁷².

Por el contrario, como ya referimos, Goldman parte de la base de la inescindibilidad de la acción y las causas, los efectos y las propiedades que aquella tenga, al punto de indicar, por ejemplo, que si alguien al contestar el teléfono dice simplemente «hola», o bien dice «hola» en un tono elevado, debido a que había tenido previamente una discusión con su esposa y estaba emocionalmente tenso, se trata de dos acciones distintas, en la medida que tienen dos causas también distintas, y dos acciones para ser idénticas tienen que tener, entre otras cosas, idénticas causas⁷³. Habíamos visto que, según Goldman, para que dos actos-casos sean idénticos tenían que referirse al mismo agente, tener la misma propiedad y realizarse al mismo tiempo⁷⁴. De faltarle alguna de esas «identidades» se tratará de dos acciones distintas, aunque pueda existir entre ellas alguna relación entre estas acciones generadas por el mismo acto-básico, relación que él denomina de «nivel de generación» o simplemente «generación»⁷⁵, y divide entre «generación causal», «generación convencional», «generación simple» y «generación aumentativa»⁷⁶.

⁶⁹ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, p. 52.

⁷⁰ *Vid.* nota 9.

⁷¹ DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 56 s., nota 16, dice que se opone a cualquier tesis que implique que, si hago A al hacer B, entonces mi hacer A y mi hacer B deben ser numéricamente distintos.

⁷² DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, pp. 54 s. Sin embargo, más adelante afirma que darle al blanco es una acción primitiva, ya que no es más que hacer algo que *cause* que se le dé al blanco y esto, dadas las condiciones adecuadas, incluyendo un arma en la mano, lo puedo hacer sosteniendo mi arma en cierta posición y moviendo mi dedo en el gatillo (*Vid.* ÍDEM, p. 60).

⁷³ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 3.

⁷⁴ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 10.

⁷⁵ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 21.

⁷⁶ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, pp. 22 ss.; GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, pp. 47 s.

La primera de ellas se da cuando existe entre ambas acciones una relación causa-efecto⁷⁷ que puede resumirse así: el acto-caso A del sujeto S tiene cierto efecto E, y debido a ese efecto, se puede atribuir a S el acto-caso A'. Así, por ejemplo, el acto-caso de que S apriete el interruptor de la luz (acto-caso A), causa el efecto de que la luz se encienda, y en virtud de eso se puede atribuir a S el acto de haber encendido la luz (acto-caso A')⁷⁸. La generación convencional se da cuando una acción realizada en ciertas circunstancias genera una acción distinta al existir «una regla, una convención o prácticas sociales», que así lo determina, por ejemplo, si el sujeto saca su brazo por la ventana del coche (acto-caso A), y de esa forma señala que va a girar (acto-caso A'). Lo mismo ocurre con el supuesto mencionado en el apartado anterior de dar jaque mate al mover la reina a una determinada casilla del tablero. En el primer caso, se trata de una práctica social, en el segundo de una regla del ajedrez, aunque ambas son incluidas dentro de una categoría que Goldman llama «reglas no normativas»⁷⁹. La generación simple se da cuando una acción es condición suficiente de la generación de la otra, sin que medie ninguna de las generaciones anteriormente mencionadas, esto es, ni la causal, ya que no existe esa relación entre el acto-caso A y el efecto E, ni la convencional, puesto que no hay reglas entre el acto A y el acto A'. En pocas palabras, la generación simple es como una generación convencional, pero sin reglas. Uno de los ejemplos que utiliza es que S ha saltado 6 pies y 3 pulgadas (acto A), cuando George había saltado exactamente 6 pies, por lo que puede decirse que S ha saltado más que George (acto A')⁸⁰. Por último, la generación aumentativa se da cuando la primera acción es aumentada con circunstancias y hechos adicionales relevantes, sin que exista una relación de implicación, como ocurría con la generación simple. Así, el acto de extender el brazo (acto A) se ve aumentado por el hecho de extenderlo por fuera de la ventanilla del coche (acto A')⁸¹.

Dice Nino⁸² que «la individualización de las acciones es relativa a cierta descripción –en esto tiene razón Goldman–, pero esto –a diferencia de lo que

⁷⁷ Goldman se encarga de dejar expresamente asentado que no debe confundirse la «generación causal» con «causación». Aunque esta última esté presupuesta en aquella no deben identificarse. Básicamente entiende que la generación causal establece una relación entre un acto-caso y su efecto, y no entre el acto-caso A y el acto-caso A' (Vid. GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 23).

⁷⁸ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, pp. 22 s.

⁷⁹ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 25.

⁸⁰ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, pp. 26 s.

⁸¹ GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, p. 28.

⁸² NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Gueresi” y “Pitchon”», p. 249, EL MISMO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 55.

él concluye— no significa que hay tantas acciones como descripciones, sino que hay tantas acciones como consecuencias de movimientos que materializan tales descripciones». Con ello, Nino se suma a la tesis de la identidad en esta discusión⁸³. Y agrega que también puede hacerse depender la unidad de los movimientos corporales del resultado al que conducen, sin que ello implique un riesgo de desmoronamiento para la tesis de la identidad, de la siguiente manera: «si dos resultados están producidos por los mismos movimientos corporales, éstos constituirán una única acción bajo la descripción que toma este tipo de resultados como relevante».

Ahora bien, todo lo que aquí hemos visto en la discusión se da en torno a la relación existente entre acciones y descripciones de acción, es decir, para determinar si el número de acciones varía o no según las diversas descripciones que son satisfechas con los mismos movimientos corporales. Esto es lo

⁸³ En cambio, FIGUEROA RUBIO, S., «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», p. 114, considera que esa afirmación de Nino es poco clara, puesto que «señala que las acciones se individualizan por descripciones, haciéndolas depender del lenguaje (de hecho, dice que las acciones *materializan* las descripciones) [...] avanzando en lo que podría denominarse una teoría mixta». Es verdad que es un pasaje bastante oscuro, no tanto la cita en sí misma como la afirmación posterior: «Dos descripciones que se materializan con los mismos movimientos corporales [...] hacen referencia a la misma acción; si una descripción se materializa en movimientos que son parte de la secuencia de movimientos que materializa otra descripción, ambas descripciones no aluden a la misma acción, sino que una de ellas alude a una acción que ‘forma parte’ de, pero no es idéntica a la acción referida por la otra descripción. Cuál es la secuencia relevante de movimientos corporales está determinado por las descripciones pertinentes, pero que varias descripciones se materialicen o no por la misma secuencia de movimientos es independiente de tales descripciones» (IBIDEM nota anterior). Sin embargo, no veo que Nino señale que «las acciones se individualizan por descripciones», sino que forma parte de una interpretación, válida, pero discutible, que hace Figueroa Rubio de ese pasaje. De otra manera, sería una flagrante contradicción con la primera parte de la misma oración en la que afirma que «no [...] hay tantas acciones como descripciones», y, además, gramaticalmente, no tendría sentido la utilización del nexo «sino», que pretende establecer una coordinación adversativa entre ambas proposiciones. Por otra parte, Nino inmediatamente pone un ejemplo que expone hasta qué punto las acciones se individualizan con independencia de las descripciones que de ellas se hagan. Dice el ejemplo: «la acción de matar a Pedro será idéntica a la de matar a Juan, si ambas se materializaron con los mismos movimientos. Esto es, por supuesto muy importante para la cuestión del concurso, porque muestra que no está justificado tratar como un caso de concurso real el de quien, por ejemplo, mata a varias personas arrojando una bomba, al haber una única acción, *dado el criterio de individualización que solemos emplear y que aquí se intenta hacer explícito*, hay un solo encuadramiento normativo» (IBIDEM nota anterior, el resaltado es mío). Con ello, las diferentes descripciones de la acción (*i.e.* «matar a Pedro» y «matar a Juan») no redundan en una multiplicación del movimiento corporal, es decir, de la acción. De forma similar, en su monografía de 1972 decía que «la mayor parte de los casos en que admitimos sin vacilar que hay dos estados de cosas vinculados causalmente entre sí y producidos por un individuo, se trata de situaciones en que difícilmente reconoceríamos que estamos en presencia de dos acciones, sino *sólo de una que admite descripciones alternativas* [...] La pregunta que cabe razonablemente hacerse es la siguiente: ¿los mendigos realizaron dos acciones, la de mutilar y la de matar [el ejemplo es el de que algunos mueren como consecuencia de las lesiones], o solamente una que admite, claro está, dos descripciones alternativas? Creo que la respuesta adecuada, de acuerdo con los criterios de identificación que he mencionado precedentemente, es que se trata de una sola acción» (Vid. NINO, C. S., *El concurso en el Derecho penal*, pp. 42 s., el resaltado es mío).

que Nino ha denominado como «individualización vertical»⁸⁴. Sin embargo, puede ser que exista una secuencia de movimientos corporales que, no obstante, integren una misma acción. Por lo tanto, cabe realizar una «individualización horizontal» de las acciones consistente en determinar los límites de esa secuencia de movimientos para establecer cuándo obedecen a una misma acción y cuándo obedecen a acciones distintas⁸⁵. Este aspecto, que se refiere a «la cuestión de determinar los límites de una secuencia de movimientos corporales que integran una única acción bajo cualquier descripción», es el que más relevancia tiene a los efectos del concurso, y, sin embargo, el que menos atención ha generado en el debate en la filosofía⁸⁶. La discusión sobre cuándo hay una acción y cuándo varias, al igual que lo señalado en el punto 1 en relación con la polémica en el Derecho penal, es funcional para establecer condiciones de mínima en el análisis de un hecho delictivo. Por ello mismo, tiene una importancia relativa para los concursos, ya que no proporciona una herramienta conceptual que sea de utilidad para establecer cuándo varias acciones van a agruparse en una unidad de hecho, que es el punto central en esta parte de la investigación⁸⁷.

5. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE HECHOS EN LA CONCURRENCIA DELICTIVA

5.1 Introducción

Como se observó en la primera parte, la teoría de la concurrencia delictiva tiene gran parte de su esencia en la distinción asumida por el legislador entre concurso ideal y concurso real. En tanto y en cuanto la teoría tiene que estar orientada a ofrecer soluciones de relevancia práctica, sin esta distinción,

⁸⁴ FIGUEROA RUBIO, S., «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», p. 107; NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», p. 248.

⁸⁵ FIGUEROA RUBIO, S., «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», pp. 115 ss.; NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», pp. 248 ss. Similar, GÓMEZ PERDIGUERO, I., «Concurso de delitos y el artículo 210 ter del código penal», pp. 6, 10 ss.

⁸⁶ NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 54. Lamentablemente, Nino no avanzó en el desarrollo de esa distinción, que resulta de suma importancia para lo que aquí interesa.

⁸⁷ En este punto, adhiero a la certera crítica que hiciera Genaro Carrió a Nino en el prólogo de su monografía sobre la pertinencia de utilizar cierto aparato conceptual –en el caso, proveniente del uso ordinario del lenguaje– para identificar acciones en el Derecho penal (*Vid.* CARRIÓ, G. R., «Prólogo», en NINO, C. S., *El concurso en el Derecho penal*, pp. 9 ss.).

como ocurre en otras legislaciones⁸⁸, el debate pierde casi toda su razón de ser. 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.

Como hemos adelantado, una vez que sabemos que la consecuencia jurídica en uno y otro caso debe ser diferente, es necesario identificar las características que convierten a un concurso de delitos en uno de tipo «ideal» o en uno de tipo «real». En este sentido, el criterio utilizado por el legislador español para determinar cuándo serán de aplicación las reglas del concurso ideal y cuándo las del 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 y muchas veces ni siquiera está claro qué es aquello que hay que individualizar⁸⁹. En efecto, en la literatura se puede observar cómo se utilizan indistintamente los conceptos de acción y de hecho⁹⁰, quienes prefieren hablar de hecho(s)⁹¹ y quienes lo hacen con el de

⁸⁸ Para más detalles sobre legislación comparada, Vid. GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 71 ss.; MERKEL, P., «Konkurrenz», pp. 326 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 55 ss.; sobre el derecho anglosajón, DÜRR, A., *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law*, pp. 51 ss.; sobre el derecho alemán, más recientemente, EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 28 ss.

⁸⁹ HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 101; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 59. En este sentido, MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 194, refiere que «[e]l arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar». Para mayor ambigüedad, incluso el contenido de aquello que se quiere denominar con la palabra *hecho* puede resultar distinto, Vid. MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, pp. 77 ss.; 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», pp. 817 ss.; VAN WEEZEL, A., «Unidad de hecho concursal», pp. 301 ss.

⁹⁰ FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 665; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», pp. 471 ss., nn.mm. 3250 ss.; EL MISMO, «Reglas de determinación de la pena», pp. 681 ss., nn.mm. 5560 ss.; ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 56 ss., 343. Así también, inicialmente, NINO, C. S., *El concurso en el derecho penal*, pp. 30 ss.; sin embargo, con posterioridad, en «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», pp. 242 s., creyó necesario hacer una distinción entre ellos.

⁹¹ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 534 ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 938; si bien MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 667, titula el apartado sobre esta temática «La unidad de hecho (o de acción)», como si se tratase de lo mismo, luego realiza una diferenciación, decantándose por «la ventaja» de emplear el término unidad de hecho (Vid. ÍDEM, p. 668); PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, p. 111; PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, p. 56.

unidad de acción o pluralidad de acciones⁹². Esas mismas vacilaciones pueden observarse en las distintas legislaciones⁹³. El delito continuado y el concurso medial, como formas intermedias entre el real y el ideal, aunque el primero de ellos sea –estrictamente– un supuesto de unidad delictiva, no están regulados en todos estos sistemas jurídicos y, además, su conceptualización no está dada tanto por la cantidad de acciones, sino, asumiendo la pluralidad, por el tipo de dependencia que exista entre ellas.

Todo ello no hace más que confirmar lo que, en su momento, sostuviera Nino respecto de la teoría de los concursos: «[c]reo 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’»⁹⁴, y que «en el ámbito del derecho penal existe la imperiosa necesidad de “contar” acciones»⁹⁵. Por si ello fuera poco, también está presente en esta problemática aquella otra relativa a determinar si, una vez individualizadas las acciones o hechos, existe entre ellas una relación de dependencia o independencia a los fines de otorgar una consecuencia jurídica u otra, de acuerdo con la legislación vigente.

Donde sí parece haber cierta uniformidad en la doctrina es en el convencimiento de que ambos temas, el del concepto de acción, propio de la teoría del delito, y el de la unidad de hecho, propio de la teoría de los concursos, deben

⁹² BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, p. 422; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», p. 277; EL MISMO, «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», p. 167, refiere que “[l]o anterior conduce a fijar en la unidad o pluralidad de hechos (que viene decidida por la unidad o pluralidad de acciones) en la cuestión para diferenciar las hipótesis de concurso real y concurso ideal” (resaltado en el original); ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 943 ss., directamente titula «unidad de acción y pluralidad de acciones» el apartado correspondiente.

⁹³ Solo para ejemplificar, el Código penal español se refiere al que realice «una pluralidad de acciones u omisiones...» en el artículo 74.1 CP, mientras que los artículos 77.1 CP y 8 CP se refieren a los casos en que «un solo hecho constituya dos o más delitos...» y a «[l]os hechos susceptibles...», respectivamente. El Código penal alemán, en los parágrafos §52 y §53 StGB utiliza en los títulos las expresiones «Tateinheit» y «Tatmehrheit», en clara referencia a hechos, pero en la descripción se refiere a «Handlung» en el primero y a «Straftaten» en el segundo. Sobre estas denominaciones en el Código penal alemán, *Vid.* ACHENBACH, H., «“Tat”, “Straftat”, “Handlung” und die Strafrechtsreform», pp. 19 ss.

⁹⁴ NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guer-si” y “Pitchon”», p. 231; así también, JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», p. 130; KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 695, indican que «[l]a teoría de los concursos no es muy clara en sus detalles ni en su terminología. A veces, también la jurisprudencia es inconsistente. No obstante, las construcciones jurídicas pertinentes forman parte de los conocimientos básicos y deben conocerse, especialmente porque en general los concursos deben analizarse en los trabajos prácticos»; similar, PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Ideal Konkurrenz», p. 156, habla del «arte de contar infracciones»; ROBERTS, J./RYBERG, J./DE KEIJSER, J., «Sentencing the Multiple Offender. Setting the Stage», p. 1, refieren que, si la pregunta sobre cuál es la pena apropiada en contextos de unidad delictiva está lejos de ser una cuestión fácil de responder, esa tarea es mucho más complicada cuando el autor ha cometido varios delitos.

⁹⁵ NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 45.

estar dissociados o, para expresarlo mejor, que se trata de ámbitos conceptuales independientes, sin vinculación alguna⁹⁶.

Por todo ello, resulta imprescindible la elaboración de una 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 arbitrariedades⁹⁷. En este sentido, la tarea del intérprete, consistente en determinar cuándo se está en presencia de un concurso material o de uno formal, adquiere una importancia tan grande como el abismo que separe una y otra consecuencia penológica. En otras palabras, la importancia de la distinción entre estos concursos de delitos es directamente proporcional a la diferencia que exista en las consecuencias jurídicas.

5.2 Criterios de diferenciación

5.2.1 ACCIONES Y/O HECHOS

La principal pregunta que hay que responder en este ámbito, entonces, es qué es aquello que hay que individualizar a los efectos del concurso y, en todo caso, cuál es el contenido del concepto que adoptemos como central. En este sentido, cabe recordar las palabras de M. E. Mayer⁹⁸, quien afirmó que no se pueden contar delitos sin saber qué es aquello que hay que contar. Sin embargo, qué elementos forman parte de la «acción» o del «hecho» correspondiente será más determinante que la circunstancia de optar por uno u otro concepto en sí mismo. Sobre este punto se ahondará en el siguiente apartado.

⁹⁶ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 764 s.; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 338, §8 nm. 5; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 943 s. De otra opinión, ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht*, pp. 133 ss., 232 ss., 326 ss., defiende la idea de un concepto normativo funcional de hecho («*normativ-funktionalen Tatbegriff*») que sea uniforme para toda la ciencia del Derecho penal; también mantiene una postura minoritaria, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, pp. 394 s., y nota 130, cuando refiere que «[f]rente a lo que estima la doctrina mayoritaria [y aquí en la nota al pie indica que mayoritariamente la doctrina española y alemana considera que el concepto general de acción no sirve en el ámbito de la teoría del concurso], el punto de partida en este ámbito también debe ser un concepto de acción que tenga en cuenta la estructura final de la acción humana, dejando de lado criterios imprecisos como puede ser el de la unidad natural de acción».

⁹⁷ Con razón expresa GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», 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».

⁹⁸ MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», p. 194.

Tradicionalmente, la doctrina dominante ha considerado que lo que caracteriza al hecho como unidad o pluralidad en materia de concursos está determinado por las conductas⁹⁹ y no por los resultados que éstas causen¹⁰⁰. Así, la discusión se centró en poder establecer cuándo el hecho se produjo mediante una acción y cuándo mediante varias, para así aplicar la regla del concurso ideal o la del real, respectivamente¹⁰¹. En este sentido, los criterios para determinar cuándo hay una acción o varias, estuvieron marcados por las distintas aproximaciones que mencionamos en el primer capítulo de este trabajo: «la unidad típica de acción», «la unidad natural de acción» y «la relación de continuidad» que caracteriza al delito continuado¹⁰². El hecho de que todos esos conceptos contengan la palabra «unidad» en su denominación no se debe a que consista efectivamente en «una» acción, sino que se trata de criterios para unificar las distintas acciones a los efectos del concurso, es decir, se intenta recortar conceptualmente la multiplicidad de acciones que se producen ontológicamente consideradas. Esta situación demuestra dos cosas: por un lado, que el problema relacionado a este aspecto de la concurrencia delictiva no se produce cuando tenemos una sola acción «naturalmente» determinada, sino cuando tenemos varias; por el otro, que esas múltiples acciones que se dan en la realidad tienen que ser limitadas normativamente a fin de evitar la imposición de penas

⁹⁹ Para Zaffaroni, «con la expresión ‘unidad de conducta’ no quiere decirse otra cosa que ‘consideración unitaria de los movimientos voluntarios (ligados por decisión y plan común) a los efectos de una única desvaloración jurídica’» (Vid. ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, p. 532).

¹⁰⁰ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, pp. 489 s.; BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 576 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», pp. 271 ss.; CÓRDOBA RODA, J., «Sección 3.^a – Disposiciones comunes a las dos secciones anteriores», pp. 314 s.; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 294 ss., en particular, pp. 316 s.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 947 ss., 1015 ss.; con más referencias, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 764 s.; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 528 s., 565; MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», pp. 404 s.; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 66 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 145 ss.; WARDA, G., «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», p. 82; ZAFFARONI, R. E., *Tratado de derecho penal*, Tomo III, pp. 53 ss.; EL MISMO, *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, pp. 520 ss. Ver, sin embargo, toda la discusión en torno a la relevancia del resultado en este punto, en el apartado siguiente –infra 5.2.2–.

¹⁰¹ CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 343 s. y nota 6, indica que así opera la mayoría de la doctrina española y alemana; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 46. Dicen JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 763, que «[e]l punto de partida de la teoría del concurso es la distinción entre unidad de acción y pluralidad de acciones puesto que sobre la misma se estructura la diferenciación entre las consecuencias jurídicas previstas en el § 52 y las que lo están en el § 53»; en el mismo sentido, Mitsch, en BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W./EISELE J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 739 y 745; MORILLAS CUEVA, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», p. 1362, refiere que la base del concurso ideal la «constituye la identidad del hecho, y, en definitiva, la unidad de acción».

¹⁰² Sobre ello, Vid. supra 1.1 y 1.2.

desproporcionadas de conformidad con las reglas que establece el legislador para el concurso real.

Como puede observarse, con estas aproximaciones se pretende ofrecer una herramienta de análisis de los hechos que «restrinja» el ámbito del *ius puniendi* allí donde la individualización de acciones –naturalmente consideradas– excedería el sentido teleológico de las normas concursales. En otras palabras, son conceptos para filtrar acciones que, pese a existir en el plano pre-típico o natural, no se tendrán en cuenta de conformidad con valoraciones normativas, considerando como una sola acción a circunstancias que se presentan como plurales. Por esta razón, creo que toda esa discusión está vinculada a la distinción entre concurso de delitos y unidad de delito, y no en relación con el modo de individualizar hechos (o acciones) «dentro» de situaciones propiamente concursales¹⁰³. La confusión de ambas dimensiones se debe, hasta donde alcanzo, a la influencia histórica que tuvo la «teoría de la unidad»¹⁰⁴.

En cualquier caso, la dificultad para distinguir acciones es palmaria; poder parcelar las conductas que conforman un hecho delictivo es una tarea extremadamente compleja en el caso concreto, y prácticamente imposible si se pretenden establecer criterios abstractos con validez general. En este sentido se han expresado grandes autores desde los orígenes de la discusión sobre este tema. Así, Beling sostiene 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»¹⁰⁵; Höpfner afirma que las distinciones entre unidad de acción y plu-

¹⁰³ Esto ya era advertido, correctamente, por SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 111. En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, pp. 266 s.; MALDONADO FUENTES, F., «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», pp. 14 ss.; EL MISMO, «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», p. 556; muy claro a este respecto, NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», pp. 242 s., reconociendo haber incurrido en el mismo equívoco con anterioridad; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 722 s. No obstante, aquí cabría hacer un matiz: esa afirmación es correcta siempre que se trate de afectaciones a bienes no eminentemente personales. Por el contrario, en caso de afectaciones a bienes personalísimos a sujetos pasivos distintos, la unidad delictiva debería descartarse y la distinción entre unidad y pluralidad de hechos sería funcional a la distinción entre concurso ideal o concurso real (*Vid. supra* 1.1.2 e *infra* 5.2.7).

¹⁰⁴ Sobre ello, *Vid. supra* 2.1.2.

¹⁰⁵ BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 334 (traducción propia); GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 940, afirma que «[e]n realidad, en cuanto tales, las acciones humanas no son ni únicas ni plurales, simplemente se manifiestan en una serie de actos que se producen unos tras otros sin solución de continuidad. Cualquier agrupación o desagrupación de actos en acciones independientes adquiere sentido únicamente en relación con determinados puntos de vista, por lo que la precisión de la existencia de unidad o pluralidad de acciones implica una decisión valorativa sobre la realidad, en virtud de la cual se agrupan o se separan determinados actos en las correlativas acciones».

alidad de acciones y, como consecuencia de ello¹⁰⁶, entre unidad de delito y pluralidad de delitos son tan impracticables que trazar una frontera nítida entre ellos equivale a intentar la cuadratura del círculo¹⁰⁷; y Radbruch refiere que «la vida y el hombre están tan poco compuestos de actos individuales como el mar lo está de las olas. Son totalidades, las acciones individuales fluyen unas en otras, movimientos de un todo indivisible»¹⁰⁸.

Sin embargo, ello no es del todo cierto. Es obvio que el tema presenta una dificultad enorme, tanto a nivel teórico como, en mayor medida, a nivel práctico, pero eso no solo no significa que no puedan individualizarse acciones o hechos, sino que estamos obligados a hacerlo, porque es el fundamento de la distinción de la que parte el legislador¹⁰⁹. Muestra de ello es que toda la bibliografía que se adentra en el tratamiento de la problemática concursal no puede prescindir de comenzar el tema con la distinción entre unidad y pluralidad de acciones. En este sentido, utilizando el concepto de acción, Nino ha propuesto un criterio para regular el concurso de delitos, incluido el concurso aparente o de leyes, que dice: «si tomamos como base una de las varias acciones subsumibles en un precepto penal o uno de los varios preceptos penales en que la acción es subsumible, el hecho de que el individuo haya además realizado otras acciones típicas o que su acción sea también encuadrable en otros preceptos penales, solo es relevante para modificar –en un sentido o en otro– la pena impuesta por aquel primer precepto para aquella primera acción, si ese hecho atenúa o aumenta la gravedad de la situación que aquel precepto procuró prevenir mediante el castigo de aquella acción»¹¹⁰.

Ahora bien, esos problemas que se plantean en torno al concepto de acción y su individualización pueden ser evitados, en parte, recurriendo a un concepto más amplio como el de «hecho»¹¹¹. Independientemente de que pueda establecerse una diferencia material de importancia entre ambos

¹⁰⁶ Consecuencia lógica para un defensor de la teoría de la unidad que identifica unidad de acción con unidad de delito, *Vid.* nota 275.

¹⁰⁷ HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 235.

¹⁰⁸ RADBRUCH, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 135 (traducción propia).

¹⁰⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 937. PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 312, refiere que «[m]ientras tengamos un Derecho penal de la culpabilidad y una legitimación jurídica de la pena en el sentido del § 1 StGB y del artículo 103 GG, nos enfrentaremos a la tarea de contar los delitos y de responder a la pregunta de qué es un delito concreto individual según qué reglas tiene que constituirlo el juez en el caso concreto» (traducción propia).

¹¹⁰ *Vid.* NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», p. 240; EL MISMO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 443.

¹¹¹ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 277; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 938; PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, p. 111; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, pp. 72 ss. De otra opinión, CARRANZA TAGLE, H., *Introducción al concurso de delitos*, pp. 181 ss., le quita relevancia a esa circunstancia.

conceptos o no, lo cierto es que el concepto de hecho ofrece unos contornos más permeables que el de acción, lo cual ayuda a evitar muchos inconvenientes en la individualización. Así, por ejemplo, puede sostenerse que una única acción siempre dará lugar a un único hecho, y allí no habría ningún problema para ninguna de las dos opciones; pero, varias acciones no necesariamente darán lugar a varios hechos, pudiendo aunarse de forma tal que sean consideradas como componentes de un mismo hecho¹¹². Ello permite resolver, ya sea como supuestos de unidad delictiva, o bien de concurso ideal, casos que una visión atada al concepto de acción debería tratar como de concurso real o –a lo sumo– como de delito continuado. Para evitar esas consecuencias es que se ven obligados a utilizar criterios de unificación de acciones como los mencionados.

No es de despreciar la ventaja de contar con una regulación de los concursos que favorece esta opción al indicar, en el momento de diferenciar el concurso ideal del concurso real, que la diferencia viene dada por la unidad de hecho que requiere aquel, situación que no se da, por ejemplo, en Alemania, donde se utiliza la expresión «acción». No obstante, tampoco cabe sobrevalorar esa diferencia al punto de considerarla un argumento determinante, como se verá en el apartado siguiente. Sin embargo, esta aclaración no significa desconocer el provecho que tiene la regulación española a la hora de justificar la elección por el concepto de «hecho».

5.2.2 EL PAPEL DEL RESULTADO EN LA DIFERENCIACIÓN

Como he mencionado en el apartado anterior, la opción por el concepto de «acción» o por el de «hecho» todavía no dice mucho sobre los elementos con base en los cuales vamos a determinar su unidad o pluralidad. Aquí voy a hacer referencia solo a uno de esos elementos que pueden resultar determinantes: el del resultado material.

Mucho se ha discutido sobre la relevancia que puede tener el resultado en la determinación de la pena, ya sea como componente esencial del ilícito¹¹³, ya

¹¹² BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», 1973, pp. 98 s.; CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 679. Esto no tiene nada que ver con asignarle al concepto de «hecho» la referencia a una supuesta «acción humana 'nuclear'», como me adjudica VALVERDE-CANO, A. B., «Lo técnico y lo valorativo en el proceso de individualización de delitos», p. 431, nota 29.

¹¹³ Fundamental, STRATENWERTH, G., «De la relevancia del disvalor de resultado en el Derecho penal», pp. 55 ss., discutiendo la monografía de ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Sobre esa discusión, Vid. CANTARD, N., «Acerca de la función del disvalor de resultado en Derecho penal», pp. 9 ss.

sea como factor que incide en una mayor necesidad preventiva de pena¹¹⁴, o bien negándole toda relevancia dentro del sistema de imputación¹¹⁵, limitándolo a una mera condición objetiva de punibilidad en los delitos imprudentes. Aquí la discusión no tiene que ver directamente con ese debate, que excede notablemente al tema de la concurrencia delictiva, pero vuelve a poner al resultado en el centro de atención a raíz de una interpretación amplia que se hace del concepto de «hecho» que determina la aplicación de un concurso u otro, incluyendo a aquel en la configuración cuantitativa de este.

No obstante, cabe hacer una aclaración para evitar confundir dos problemas que se corresponden con situaciones distintas. Por un lado, están las mencionadas dificultades para establecer criterios que sirvan para identificar cuándo estamos ante un hecho y cuándo ante varios, y, por otro lado, están las consecuencias jurídicas que establece el legislador para uno y otro supuesto. Esto último, aunque puedan discutirse sus fundamentos, alcances y razonabilidad, es más claro que lo primero; empero, hay un argumento que atraviesa a los dos aspectos, y es el que considera que la referencia al «hecho» que utiliza el legislador español puede ser interpretada de una forma que permita entender que ocurren una variedad de «hechos», aunque exista solo una conducta, cuando con ella se causan una multiplicidad de resultados lesivos. De esta interpretación se hizo eco el Tribunal Supremo español al dictar un Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional para unificar la jurisprudencia dispar que venía teniendo la Sala penal con el fin de resolver los supuestos de causación de múltiples resultados lesivos contra la vida o la integridad física, mediante un solo hecho o conducta. Mientras que una parte de la jurisprudencia venía resolviendo en el sentido de aplicar a estos casos la regla penológica de la absorción agravada del concurso ideal (art. 77.2 CP), la otra venía aplicando las reglas de la acumulación jurídica prevista para el concurso real (arts. 73, 75 y 76 CP)¹¹⁶. El Acuerdo termina optando por esta última interpretación imponiendo, de esa manera, una consecuencia jurídica más gravosa que la que correspondería aplicar en virtud de la regla del artículo 77.2 CP¹¹⁷. En este sentido, el TS dota

¹¹⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aproximación al Derecho Penal contemporáneo», p. 675. Recientemente, EL MISMO, «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», pp. 924 ss.; El MISMO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 630 s.

¹¹⁵ Para un análisis detallado de las distintas posturas dentro del subjetivismo, Vid. SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 27 ss.

¹¹⁶ En profundidad sobre esa evolución, Vid. ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, pp. 207 ss.; SANZ MORÁN, Á., «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», pp. 870 ss.

¹¹⁷ Textualmente dice el Acuerdo de 20 de enero de 2015: «[L]os 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

de mayor contenido disvalioso «en cuanto a las consecuencias» a un hecho que es materialmente menos lesivo, de acuerdo con lo establecido por el propio legislador¹¹⁸.

Sin embargo, independientemente de la imprecisión teórica para establecer la distinción, el TS toma esta decisión sin estar condicionada por aquella falta de criterios para individualizar hechos, sino por razones que responden a consideraciones de otra índole. En otras palabras, el Acuerdo no se adopta para aclarar una situación fáctica que provoca dudas sobre si hay uno o varios hechos, sino que, «reconociendo que hay un solo hecho», en la medida que habla de «una acción», y este era el concepto que el propio tribunal venía utilizando para distinguir entre ambas modalidades concursales¹¹⁹, la consecuencia jurídica del concurso ideal no le resulta satisfactoria. En efecto, el propio Acuerdo menciona que «los ataques...realizados “a partir de una única acción”, han de ser tratados “a efectos de penalidad”» como un concurso real (el resaltado es mío).

Los fundamentos que sostienen esa decisión se encuentran plasmados en la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, donde se aplica por primera vez el Acuerdo anteriormente mencionado. Esos fundamentos, que un sector minoritario pero muy importante de la doctrina venía sosteniendo, son de distinta índole. Aquí los denominaré «argumento literal o formal»; «argumento material o dogmático»; y «argumento de proporcionalidad o político-criminal».

El argumento literal se sostiene en que el Código penal español, al hablar de «hecho» y no de «acción», como lo hace el StGB, permite incorporar el «resultado material como elemento decisivo a la ‘unidad’ de hecho de que se trate»¹²⁰. Se considera que el término «hecho» permite remitir a la totalidad

única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (artículos 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. 382 del CP)».

¹¹⁸ CUERDA RIEZU, A., «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», p. 175.

¹¹⁹ Son numerosas las sentencias en las que el TS identifica la unidad de hecho con la unidad de acción; así, por ejemplo, *Vid.* SSTS 145/2024, de 15 de febrero; 49/2019, de 4 de febrero; con más referencias en la 520/2017, de 6 de julio. En la STS 26 de diciembre de 1987 (A.9879) se dijo textualmente que el autor «ha realizado ‘un solo hecho’, en los términos del artículo 71 del Código Penal (primer inciso), pues ha ejecutado una única acción, toda vez que sólo ha realizado un movimiento corporal impulsado por una decisión voluntaria (unidad natural de acción)», citada por CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», p. 346, nota 10. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», p. 199, a propósito de otro caso jurisprudencial, dice «hay que tener en cuenta que el concurso real exige que el sujeto haya cometido *dos acciones* independientes (esto se deduce de la definición del artículo 69 [actual artículo 73 CP] en relación con la del párrafo primero del artículo 71 [actual artículo 77.1 CP]). Por eso no existe concurrencia material en casos como el que sirve de base a la sentencia de 12 de noviembre de 1958; pues ahí sólo existe *una acción*» (cursivas en el original).

¹²⁰ MIR PUIG, S., «Adiciones», pp. 1005 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 669. Rechazando enérgicamente la concepción de un «hecho» como abarcativo del resultado que produce la conducta, ZAFFARONI, R. E., *Tratado de derecho penal*, Tomo III, pp. 53 ss.; EL MISMO, *Tratado*

del sustrato de la valoración típica, al momento ejecutivo, al causal y al efectual, mientras que el de «acción», apunta solamente a una parte del mismo, el de su ejecución¹²¹. No obstante, se aclara que el significado que se le da aquí a la palabra «hecho» no es el mismo que se le atribuye en otros contextos, en la medida en que no se entiende en su contenido normativo de «tipo de injusto» sino que se identifica solamente con el sustrato de la valoración, con la realidad empírica. Pero esa realidad empírica es tomada en toda su dimensión y no solo ceñida a la acción, abarcando todos los elementos que la componen, acción, relación causal y resultado¹²².

Además, siguiendo con el argumento gramatical, esta tesis reforzaba su posición con una interpretación a *contrario sensu* de la regulación del concurso ideal. Como el anterior artículo 71 refería que para la determinación de la pena se tendría en cuenta «la correspondiente a la infracción más grave»¹²³, de ello se deriva, según esta visión, que solo serían posibles concursos ideales heterogéneos y no homogéneos, ya que en éstos no hay infracción «más grave» sino que todas tienen la misma pena. Ergo, los supuestos de concursos homogéneos siempre serían concursos reales, independientemente del número de acciones mediante los cuales sean cometidos¹²⁴.

Como se puede ver, este argumento formal está directamente relacionado con la expresión «hecho» utilizada por el legislador español, por un lado, y con la forma en que indica la pena a aplicar en el concurso ideal, remitiéndose a la infracción más grave, por el otro. En cuanto al primero de ellos, que pretende encontrar un argumento en la literalidad de la regulación del artículo 77.2 CP que, en contraposición al alemán, se pronuncia sobre «hechos» y no sobre «acciones», cabe decir que, a diferencia de cómo es planteado por sus defen-

de derecho penal, Tomo IV, pp. 520 ss., donde, siguiendo una jurisprudencia holandesa, dice que «quienes sostienen que cada resultado es un “hecho” deberían admitir que aunque el autor de un atentado estuviese condenado en firme por homicidio, podría ser nuevamente procesado y condenado por la misma conducta si se descubriese otro cadáver al remover los escombros diez años después» (*Vid. ibidem*, p. 522).

¹²¹ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 766; VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, pp. 10 s.

¹²² ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 26, 139.

¹²³ El CP actual dice «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave» (artículo 77.2 CP).

¹²⁴ Así lo sostenía MIR PUIG, S., «Adiciones», pp. 1021 s., y también en su manual hasta la 9.ª ed. (*Vid. EL MISMO, Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., pp. 656 s.). Sin embargo, este argumento desaparece, aunque sin explicitarse un cambio de opinión, en MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 674 ss. En cambio, se trata de una interpretación que subsiste en la jurisprudencia, en la medida en que es uno de aquellos fundamentos en que se basa la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, para justificar lo resuelto en el Acuerdo; aunque también aquí hay sentencias que resuelven conforme al Acuerdo aun tratándose de concurrencias heterogéneas, como ocurre con la tentativa de homicidio y las lesiones (*Vid. STS 22/2019*, de 23 de enero). También la sostiene, aduciendo que se trata de la posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, SANTANA VEGA, D., «Artículo 77», p. 389.

sores, no resulta del todo indiscutible que pueda deducirse una voluntad del legislador, ni en un sentido ni en el otro.

Si establecemos una comparación con el Código penal alemán, por un lado, no parece obvio que el StGB se haya definido claramente por la utilización de la expresión «acción» en lugar de «hecho»: así, en los §52 y §53 se utilizan, para los títulos, las expresiones «Unidad de hecho» y «Pluralidad de hechos», respectivamente, y en los parágrafos respectivos solo en el primero de ellos se refiere a «acción», pero en el segundo ya se refiere a «hecho punible». Incluso el término «acción» (*Handlung*) finalmente escogido vino a reemplazar el de «hecho punible» (*Straftat*) que introdujo la 2.^a reforma al Código penal del 04 de julio de 1969¹²⁵. Asimismo, el propio Tribunal Supremo alemán ha dicho –en una sentencia de 1995– que el «hecho» (*Tat*) al que se refiere el §24.1 StGB, relativo al desistimiento de la tentativa, es el «hecho» (*Tat*) determinante para la valoración del concurso en un sentido material¹²⁶. Por su parte, en el artículo 74.1 del Código Penal español, que regula la figura del delito continuado en relación con el concurso real (dice textualmente el art. 74.1 CP: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...»), se refiere al que realice «una pluralidad de “acciones u omisiones”...», y no cabe por ello interpretar que se esté refiriendo a sustratos diferentes de los contemplados en el concurso real¹²⁷. Incluso cuando se propuso alguna modificación en el Código penal sobre este tipo de supuestos, se hizo referencia a acciones u omisiones y no a hechos¹²⁸. Para mayor ambigüedad, tampoco hay acuerdo sobre el contenido de aquello que se quiere denominar con la palabra «hecho»¹²⁹. En todo caso, y más allá de la debilidad de este argumento, lo cierto es que el concepto de hecho permite tener en cuenta más elementos que la mera referencia a la acción, como se indicó en el apartado anterior. Ahora bien, suponer que

¹²⁵ Vid. ACHENBACH, H., «“Tat”, “Straftat”, “Handlung” und die Strafrechtsreform», pp. 19 ss.; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 721, nota 3.

¹²⁶ BGHSt 41, 369.

¹²⁷ Vid. CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 19; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 94; EL MISMO, «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», pp. 276 s. En efecto, el propio TS se ha referido en innumerables ocasiones a la unidad de acción como concepto para determinar la presencia del concurso ideal (*vid.*, entre otras, SSTS 426/2016, de 19 de mayo, FJ 15; 413/2015, de 30 de junio, FJ 13; 354/2014, de 9 de mayo, FJ 5).

¹²⁸ Así, tanto el artículo 77.4 del Anteproyecto de CP de 1992 como el artículo 78.4 del Proyecto de CP de 1992, indicaban que «[e]n todo caso se sancionarán las infracciones por separado cuando una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones».

¹²⁹ Vid. MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, pp. 77 ss.; 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», pp. 817 ss.; VAN WEEZEL, A., «Unidad de hecho concursal», pp. 301 ss.

de ello se deriva que es el resultado lo que debe tener preponderancia implica, a mi entender, un salto lógico que no se sigue «necesariamente».

En relación con la remisión a la pena de la infracción más grave que hace el Código Penal, en su artículo 77.2 CP, considero que la circunstancia de que solo haga referencia al modo en que debe determinarse la pena en supuestos de concurrencia de infracciones con penas distintas tiene pleno sentido, pues es en «ese» caso donde pueden plantearse los problemas, ya que en los casos de concurso ideal homogéneo solo hay un tipo penal en juego, y no cabría en principio ninguna duda sobre la determinación de la pena en abstracto ¹³⁰.

Sin embargo, es preciso tener presente que el Código hace referencia al modo en que debe determinarse la pena en supuestos de infracciones que tienen una «pena» distinta, sin requerir que los «delitos» concurrentes sean distintos, y es esta última circunstancia la que determina la homogeneidad o heterogeneidad de las infracciones. Que esa diferencia de pena se dé, mayoritariamente, en supuestos de concurrencia «heterogénea» no significa que de ello se derive, como pretende esta tesis, que deban quedar excluidos de su aplicación los concursos «homogéneos», porque podría ocurrir que ambos delitos homogéneamente concurrentes tengan una pena distinta en el caso concreto ¹³¹. Un ejemplo de esto último podría darse si uno de ellos contiene una situación que agrave o atenúe la pena a su respecto, sin que por ello quepa hablar de un delito distinto. Por lo mismo, pero analizado inversamente, el argumento tampoco puede ser exclusivo respecto de aquellos supuestos de concurso ideal homogéneo, en la medida en que también es perfectamente posible que puedan existir casos de concurso ideal heterogéneo cuyas consecuencias jurídicas, en el caso concreto, sí sean coincidentes ¹³². En consecuencia, la interpretación a *contrario sensu* fracasa por ambos lados: ni es determinante para excluir de la aplicación del concurso ideal a los supuestos de homogeneidad, ni es determinante para que se aplique siempre a concursos heterogéneos. Por lo demás, de seguir ese argumento, tampoco sería aplicable el límite relativo del artículo 76.1 CP a supuestos de concurso real homogéneo

¹³⁰ En este sentido, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 179, refiere que «[e]s perfectamente posible interpretar la expresión “se impondrá la pena correspondiente al delito más grave” en el sentido de que la ley regula explícitamente lo que hay que hacer cuando de aquella comparación se deriva una desigualdad, mientras que regula implícitamente lo que corresponde en caso de igualdad, esto es, que cabe optar por cualquiera de ellas». Incluso partidarios de la tesis que aquí se critica, se han apartado de este argumento formal (Vid. ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 147 s.). Lo sigue sosteniendo SANTANA VEGA, D., «Artículo 77», p. 389. Como se mencionó en nota 124, Mir Puig, que en las «Adiciones» al Tratado de Jescheck utilizaba este argumento, lo ha dejado de lado en la última edición de su manual.

¹³¹ De otra opinión, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1101.

¹³² MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, p. 88.

en los que haya una idéntica desvaloración en el caso concreto, ya que –para condicionar la acumulación sucesiva– también se refiere al triple de «la más grave de las penas»¹³³.

Por fuera de este argumento literal, hay otro que es más de fondo, que denomino fundamento «material o dogmático». Esta posición doctrinaria¹³⁴ viene a decir que los tipos penales que no solo describen conductas sino también resultados, exigen incorporar a este como elemento decisivo a la unidad de hecho de que se trate, con lo cual «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 como muertes haya ocasionado o intentado dolosamente [...] tanto subjetiva como objetivamente, tal comportamiento tendrá un sentido fáctico y típico plural -pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de cada causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación»¹³⁵.

Por otra parte, entender al resultado como parte decisiva para la identificación del «hecho» lleva a este sector de la doctrina a sostener la imposibilidad de aceptar concursos ideales homogéneos¹³⁶, vinculándolo con el segundo aspecto del argumento «literal» que se analizó con anterioridad. Textualmente se dice:

«solo admitiendo dicha pluralidad de hechos puede explicarse que en el ejemplo propuesto [el de varias muertes con una bomba] se afirme la existencia de un concurso de delitos de homicidios, es decir, varios «homicidios», pues el delito de homicidio no sólo requiere la muerte, sino el “hecho de matar”. Cada delito de homicidio requiere un hecho homicida.

¹³³ GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 569; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1048.

¹³⁴ Entre otros, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 773; GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 138», p. 633; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 440; GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», p. 163; JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», p. 629; con otras referencias, ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 136 ss.; SCHMIDT, E., «Straf- und Strafprozeßrecht. Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950», pp. 20 ss. Si bien minoritaria, no es una posición que deba ser caracterizada como «prácticamente abandonada» (así, sin embargo, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», p. 283).

¹³⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., pp. 669, 675. Como se mencionó en nota 120, esto ya lo sostenía en las «Adiciones», pp. 1005 s.; similar, PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, pp. 61 s.

¹³⁶ PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, pp. 66, dice textualmente «hay un ‘hecho’ cuando la conducta (acción, omisión, varias acciones u omisiones, con o sin resultado) está relevada exclusivamente por un tipo penal» (cursivas en el original); WERLE, G., *Die konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, pp. 129 s.

Según esto, el artículo 77 CP sólo alcanzaría, en su primer inciso, a los casos en que un solo comportamiento puede vulnerar “idealmente” (¡concurso ideal!) varios bienes jurídicos sin que para ello deba producir otros tantos resultados materiales. Entonces sí podría decirse que, mientras en el mundo “empírico” tiene lugar un solo «hecho», en la esfera “ideal” de su valoración jurídico-penal constituye “dos o más delitos”¹³⁷.

Este argumento, según el cual el resultado material es determinante para la configuración del hecho en los delitos de resultado, llevado a sus últimas consecuencias terminaría probando mucho más de lo que sus defensores estarían dispuestos a aceptar, porque si se es consecuente con ese postulado, la solución no podría acotarse solo a los delitos contra la vida¹³⁸, en tanto y en cuanto lo mismo podría servir para cualquier otro delito de resultado¹³⁹. Por otra parte, ese mismo argumento debería servir para descartar del ámbito del concurso ideal no solo a los supuestos de homogeneidad, sino también de heterogeneidad, en la medida en que también aquí el resultado material –aunque distinto– es determinante para la configuración de «sendos hechos»¹⁴⁰.

También es necesario destacar que hay autores que dentro del concepto de hecho incluyen no solo la acción y el resultado, sino también el curso causal¹⁴¹. Esto llevaría a aplicar las reglas del concurso real a un supuesto de unidad de acción con un solo resultado lesivo, por el hecho de haber existido un factor causal múltiple, como ocurre en los casos de causalidad alternativa –también denominadas de doble o múltiple causalidad– que, aunque normalmente se estudian bajo el supuesto de autorías paralelas, también podrían ocu-

¹³⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., pp. 675 s.

¹³⁸ Situación que 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», pp. 831 s., no pasa por alto, advirtiendo –como se verá a continuación– que no toda producción de una pluralidad de resultados materiales basta para considerar que hay pluralidad de hechos en el sentido de la teoría del concurso. Por ello entiende necesario explicitar una razón por la que ese dato naturalista adquiera relevancia normativa, y esa razón es que no se trata de cualesquiera resultados sino de aquellos lesivos de bienes eminentemente personales.

¹³⁹ Así, por ejemplo, admiten también esta solución para delitos contra bienes no eminentemente personales, JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», p. 626; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 103.

¹⁴⁰ Advierten esto, correctamente, MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, p. 87; SANZ MORÁN, Á., «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», p. 872. En efecto, ello puede verse claramente cuando se menciona que «la viabilidad de este concurso [ideal] se supedita a la inexistencia de varios resultados típicos, habida cuenta que si se produce más de uno los delitos discrepan en esta parte de su base empírica y no existe unidad de hecho entre ellos» (Vid. ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 149).

¹⁴¹ ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 26, 139; VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, pp. 10 s.

rrir en supuesto de autoría única o bien de coautoría¹⁴². Ejemplo: A decide matar a B colocando dos venenos distintos en la misma taza de café, uno de los cuales afecta el sistema respiratorio, produciendo la muerte por asfixia y el otro actúa sobre el sistema nervioso central, generando un paro cardíaco automático. Para la coautoría basta con variar apenas el ejemplo: Tras un acuerdo entre A y C para matar a B, cada uno de ellos vierte uno de los venenos dentro de la misma taza de café. La muerte se produce por el paro cardíaco, debido a la velocidad del efecto del veneno en el sistema nervioso. No obstante, la dosis del otro veneno ya era por sí sola suficiente para causarle la muerte en un momento posterior. Según este criterio, entonces, ¿deberían resolverse estos supuestos como de tentativa de homicidio y homicidio consumado en concurso «real», pese a existir una sola acción y también un solo resultado, por el hecho de que existan dos cursos causales paralelos?

Por otra parte, según este argumento vinculado a la incidencia del resultado material, no hay ninguna razón adicional que justifique limitar esa solución a los delitos dolosos, en la medida en que los delitos imprudentes tienen, paradigmáticamente, al resultado material como elemento decisivo en su configuración¹⁴³. Las explicaciones que se dan en torno a la mayor lesividad que poseen los delitos dolosos, aunque sean correctas, no aportan nada al argumento de base, sino que forman parte de otra discusión que no tiene que ver con las características de los delitos de resultado. A modo de pregunta, si lo importante para la determinación del (de los) hecho(s) es el resultado material, ¿qué aporta a esa cuantificación que ellos sean realizados a través de una conducta dolosa y no imprudente? A esa pregunta, el TS responde que el Acuerdo no afecta «a los supuestos de una única acción imprudente causante de varios resultados subsumibles en la misma norma penal, que da lugar a un único delito, o en varias normas penales, en cuyo caso la concurrencia se rige por las normas del concurso ideal, pues única es la infracción de la norma objetiva de cuidado»¹⁴⁴. Sobre ello caben decir al menos tres cosas; la primera es que el TS está refiriéndose como «delito único» al supuesto de concursos homogéneos mediante una acción imprudente, asumiendo solo la posibilidad de aplicación del concurso ideal si los resultados se corresponden con «varias normas

¹⁴² Vid. FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, pp. 181 ss.; PUPPE, I., «El resultado su explicación causal», pp. 260 ss.

¹⁴³ Así, también, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, p. 420; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 560; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 954 s.

¹⁴⁴ STS 717/2014, de 29 de enero 2015, FJ 5.

penales»¹⁴⁵. En segundo lugar, sería difícil afirmar que «única es la infracción de la norma objetiva de cuidado» cuando se trate de concursos heterogéneos. En tercer lugar, el problema no es que sean subsumibles en la misma norma penal¹⁴⁶, porque ello también ocurre en el delito doloso, sino de explicar por qué allí la multiplicidad de resultados no es determinante para la consideración de un hecho múltiple.

Por último, debe destacarse que el TS otorga esta misma consecuencia también en supuestos de tentativa¹⁴⁷, por lo que toda la argumentación referida al resultado material como elemento decisivo para entender el hecho de una manera y no de otra, pierde todo el sentido. Dice Joshi Jubert que «[l]a razón de que el resultado forme parte del concepto de hecho no es una puramente subjetiva, ni tampoco otra absolutamente objetiva... No se incluye el resultado exclusivamente porque el resultado material sea algo que se ha dado efectivamente. Mucho más, estimo que el resultado forma parte del hecho porque el sujeto lo ha abarcado con su acción y porque finalmente ha tenido lugar. Es sólo de este modo que, en mi opinión, el resultado entra a formar parte del tipo penal de los delitos dolosos»¹⁴⁸. Pero si esto es así, y se requieren tanto el aspecto subjetivo doloso como la materialización efectiva del resultado, con la tentativa solo estaría dado el primer presupuesto. Es decir, el mismo argumento que le sirve a esta posición para descartar a los delitos imprudentes de las consecuencias de esta tesis, se le vuelve en contra al pretender incluir a las tentativas¹⁴⁹.

Con otros argumentos, también Nino considera —en oposición a lo que él mismo sostuviese con anterioridad¹⁵⁰— injustificado tratar como supuesto de concurso real el caso de la bomba que mata a varias personas, puesto que se trata de una única acción que tiene un solo encuadramiento normativo, de acuerdo con el criterio de individualización utilizado por el modelo de la iden-

¹⁴⁵ Como indican GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», y p. 560 y SANZ MORÁN, Á., «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», p. 873, con esta afirmación el TS retorna así a la tesis del *crimen culpae*.

¹⁴⁶ Y en la asimilación de ello con la infracción única. Por cierto, argumento que utilizó el propio TS para centrar la distinción en torno al concepto de *acción*, Vid. STS 1335 bis/1992, de 23 de abril.

¹⁴⁷ Dice el Acuerdo «se haya o no producido el resultado».

¹⁴⁸ JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», p. 619.

¹⁴⁹ Es cierto que tal pretensión no está presente en todos los defensores de la tesis. Así, por ejemplo, ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 111, indica que la observación «relativa a la aplicación de reglas concursales distintas a la consumación y a la tentativa, no es sino la consecuencia de mantener una postura uniforme en la interpretación de la unidad de hecho». En contra de esa diferencia de criterios de aplicación de las reglas concursales para la consumación respecto de la tentativa, GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 559 s.

¹⁵⁰ NINO, C. S., *El concurso en el Derecho penal*, pp. 37 s.

tividad de Davidson y Anscombe¹⁵¹, por lo que el autor consentiría solamente una consecuencia penal y no varias, de manera tal que aplicarle la regla penológica del concurso material violaría el principio de legalidad¹⁵². Por su parte, Cuerda Riezu sostiene que no se puede asignar la pena prevista para el concurso real a un supuesto de concurso ideal, sin violar el principio *non bis in idem*, lo que sería inconstitucional¹⁵³.

Es interesante observar esta problemática desde la perspectiva de los delitos de omisión puesto que permiten contrastar las consecuencias y fundamentos que se asumen en cada una de las modalidades¹⁵⁴. En este caso, también la doctrina mayoritaria¹⁵⁵ se inclina por determinar la diferencia entre unidad y pluralidad de hechos (omisivos) centrándose en la conducta y no en el resultado. Se sostiene que lo decisivo a los fines concursales son las posibilidades de evitación del resultado que tenía el autor y que no ha llevado a cabo, independientemente del número de víctimas. Así, por ejemplo, en el supuesto del guardabarrera que no baja dolosamente la valla como consecuencia de lo cual mueren varias personas en las vías, solo realiza una conducta omisiva y no tantas como muertos haya, constitutiva de un concurso ideal de tantos homicidios, ahora sí, como muertos haya¹⁵⁶. Sin embargo, la tesis minoritaria debería, también aquí, observar una pluralidad de hechos que concurren materialmente. De igual forma, en los supuestos caracterizados como de *aberratio ictus* que la doctrina dominante resuelve con una solución diferenciadora, con

¹⁵¹ Con sus correspondientes citas, contraponiéndolo al modelo de Goldman, *Vid.* NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», pp. 244 ss.; sobre ese debate, *Vid.* supra 4.2 y 4.3. Similar en las consecuencias, aunque desde otro punto de partida, BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», pp. 196 s.; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», pp. 36.6 s., nn.mm. 25 s.; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 847 s., nn.mm. 25 s.

¹⁵² NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», p. 249.

¹⁵³ CUERDA RIEZU, A., «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», p. 300; EL MISMO., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 849; EL MISMO., «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», pp. 176 s. En el mismo sentido, GÓMEZ PERDIGUERO, I., «Concurso de delitos y el artículo 210 ter del código penal», pp. 13 s.; ROJAS, L. E., «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», pp. 281, 287 s. En contra del argumento del *bis in idem* en estos supuestos, acertadamente, 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», pp. 825 s.; también el TS ha indicado que la identificación de un concurso real en lugar de un concurso ideal no afecta al *non bis in idem*, sino a un problema de proporcionalidad de la pena (*Vid.* STS 108/2024, de 1 de febrero).

¹⁵⁴ *Vid.* infra 5.2.6.

¹⁵⁵ Por todos, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 960.

¹⁵⁶ Con un caso similar, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1088; WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 230.

la regla del concurso ideal entre tentativa y consumación¹⁵⁷, deberían aquí ser reconfigurados como si de un concurso real se tratase.

Recientemente, Peñaranda Ramos se ha sumado a esta corriente doctrinaria en lo que al punto central de la discusión se refiere, aunque se distancie de alguno de sus postulados. Luego de responder críticamente a los distintos argumentos que se han utilizado para justificar materialmente la distinción entre concurso ideal y concurso real, o la de quienes sin justificar pretenden explicarla¹⁵⁸, se inclina por favorecer una solución similar a la adoptada por el Acuerdo del TS, en el sentido de aplicar las consecuencias del concurso real para aquellos casos en los que mediante una sola conducta se produzcan una multiplicidad de resultados¹⁵⁹, pero no a cualquier resultado sino a aquellos que son «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», en la medida en que afecten a una pluralidad de víctimas, en virtud de que eso justificaría la «imposición de una pena proporcionada a su particular gravedad»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Es verdad que, usualmente, se trata de una tentativa *dolosa* en concurso con una consumación *imprudente*, pero no hay ninguna razón para descartar la posibilidad de que la consumación pueda darse con *dolo eventual*, variante incluida en el Acuerdo, aunque no en todos los partidarios de esa solución. En efecto, esto último es lo que se dio en un caso resuelto por el TS, en la STS 57/2019, de 5 de febrero, en el cual condenó por ambos hechos –homicidio y lesiones– en concurso *real*, de conformidad con el criterio del Acuerdo.

¹⁵⁸ 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», pp. 825 ss.

¹⁵⁹ Así también VON BURI, M., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, p. 108, hablando de que las acciones que producen varias causalidades deberían interpretarse como supuestos de concurrencia real.

¹⁶⁰ 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», p. 832. También considera que la relevancia de los bienes en juego abonaría la solución del concurso real, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», p. 21, aunque también deja abierta la posibilidad de aplicar el concurso ideal «en algún caso, si se diera coincidencia temporal de las acciones», con lo cual no termina de quedar suficientemente clara su posición en estos casos. En cambio, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 271 ss., ve un solo delito de homicidio de gran volumen. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1083, 1091, ha hecho una defensa de la relevancia que puede tener el hecho cuando se lesionan este tipo de bienes, pero la lleva a cabo con la intención de evitar la aplicación de una sola infracción, propiciando la aplicación del concurso ideal; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., p. 764 s., indican que «la vieja distinción basada en el número de resultados acaecidos está hoy ya abandonada puesto que una pluralidad de los mismos, incluso aunque menoscaben bienes jurídicos personalísimos, pueden ser provocados por una única actuación de la voluntad y, en ese caso, sólo es aceptable una acción» (el énfasis me pertenece). Similar, MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 113 s.

Considera que «la determinación del concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiada 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»¹⁶¹. Así, el concepto de unidad de acción debe tener en cuenta los principios que rigen la responsabilidad criminal, no pudiendo ser entendido de forma tal que quede en manos del infractor reducir arbitrariamente su propia responsabilidad¹⁶². En su opinión hay razones de necesidad preventiva de pena que el Derecho penal debe satisfacer que, de seguirse el criterio de la mayoría, quedarían desatendidas¹⁶³.

Además de circunscribir la solución a «esos» supuestos¹⁶⁴, Peñaranda Ramos establece una limitación más: que el hecho sea realizado con dolo directo, pues advierte que los argumentos expuestos «no se prestan sencillamente a ser trasladados también a los casos en que el sujeto no se comporta con

¹⁶¹ 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», pp. 821 s. Similar, CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», p. 68; GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», p. 105; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 142, 150. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El concurso de delitos», p. 467, indica que «el que mata a cinco personas con una bomba no se merece menos pena, conforme a la regla de la exasperación del artículo 77 CP, que el que mata a cinco personas sucesivamente, que será castigado conforme a la regla de la acumulación de los artículos 73 ss. CP. Por consiguiente, el problema radicaría en que las reglas penológicas del concurso de delitos están deficientemente concebidas».

¹⁶² Similar en este punto, Von Buri, Sauer y Hellmer, quienes consideraban que resulta insostenible castigar al autor solo por una acción delictiva si sabe cómo realizar múltiples resultados *uno actu* mediante un procedimiento planificado (*Vid.* las citas que de ellos hace MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 82 s.).

¹⁶³ 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», p. 833. De otra opinión, BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», p. 24, refiere que hay cierto acuerdo en doctrina y/o jurisprudencia en «el hecho de que más punición –en abstracto o en concreto– no asegura (significativamente) mayores efectos preventivos o retributivos»; similar, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 472, nm. 3257.

¹⁶⁴ La limitación no deja de ser, no obstante, más flexible que la que establece el propio TS, ampliando el ámbito de procedencia del Acuerdo a otros delitos y no solo a aquellos contra la vida (aunque también es verdad que el propio TS en sentencias posteriores dijo que «[p]ara ahondar en la necesidad de una interpretación que lleve a una solución proporcionada, destacamos la importancia que en la solución que se propugna alcanza el carácter personalísimo del bien jurídico protegido y la extraordinaria relevancia que el mismo alcanza cuando el bien objeto de protección es la vida, la integridad física o la libertad», *Vid.* SSTS 717/2014, de 29 de enero de 2015; 57/2019, de 5 de febrero). Sin embargo, como se observa inmediatamente, sí restringe su aplicación en torno a la imputación subjetiva.

dolo directo, sino meramente eventual, o a título de imprudencia»¹⁶⁵, distanciándose de esa manera de lo expresamente resuelto en el Acuerdo del TS.

Este argumento creo que es el más potente de todos, porque viene a dotar de fundamento teórico las verdaderas razones que, a mi entender, están detrás de la decisión tomada por el TS. Esas razones obedecen a consideraciones político-criminales de mayor necesidad de pena en supuestos en los que, a criterio del TS, la regla penológica del concurso ideal se queda corta¹⁶⁶. Esta afirmación no le resulta criticable a Peñaranda Ramos, a menos que se entienda que las mencionadas consideraciones «se pretendiesen imponer a una decisión del legislador claramente deducible del propio tenor literal de la ley o se basaran a su vez en datos carentes de relevancia normativa», lo que –a su modo de ver– no sucede, en la medida 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»¹⁶⁷.

¹⁶⁵ 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», p. 833. Así también lo ha entendido el propio TS en algunas sentencias anteriores (Vid. SSTS 187/1998 de 11 de febrero y 861/1997 de 11 de junio).

¹⁶⁶ ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 139 afirma que «[l]a sanción con la penalidad de uno sólo de los asesinatos se revela insuficiente para castigar a quien dolosamente ha arrebatado la vida a múltiples personas a través de una única acción». En la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, se dice textualmente «el problema de fondo es un problema de proporcionalidad de la pena, pues la solución a la pluralidad de delitos causales a una única acción, de acuerdo a la previsión de concurso ideal del artículo 77 Cp. que, *a priori*, parece ser de aplicación, no se corresponde con una adecuada previsión de su consecuencia jurídica. La pluralidad de resultados, en el concurso ideal, no tiene una previsión penológica distinta de la acción que produce un único resultado, a salvo de la imposición de la pena en su mitad superior, como si se tratara de una agravante. La regla penológica del artículo 77 Cp contempla, al imponer la pena al delito más grave en su mitad superior, el disvalor de la acción pero no el disvalor de los resultados distintos y plurales, y el resultado siempre ha sido tenido en cuenta por el legislador penal». Nótese que el TS menciona como parte del problema no solo a los resultados plurales sino también «distintos», lo que debería llevarle a imponer también esta regla en supuestos de *heterogeneidad* como, de hecho, lo hizo en la STS 57/2019, de 5 de febrero.

¹⁶⁷ 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», p. 831. En cambio, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 481, nm. 3307, ha dicho que «[e]n algún caso se ha propuesto por la doctrina aplicar **concurso real** y no ideal cuando una única acción da lugar a varios resultados típicos homogéneos –p.e. en el ejemplo reseñado de la bomba que causa tres muertes–, pero *tal solución no es compatible con la letra del artículo 77*, por más que materialmente pudiera resultar adecuada» (las negritas son del original, el énfasis de las cursivas es mío). Similar, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 56, estima que, aunque le resulte insuficiente cualquier explicación que justifique el tratamiento desigual en estos supuestos, «para ello, ciertamente, haría falta una reforma legislativa y no una interpretación interesada de la ley». En este sentido, es importante destacar que el Anteproyecto de CP de 1992, como así también el Proyecto del mismo año, contenía expresamente un apartado en la regulación del concurso ideal que indicaba que «en todo caso se sancionarán las infraccio-

Con ello, también concede cierta relevancia al argumento literal relativo a lo decisivo de la expresión utilizada por el legislador español.

Que la expresión «un solo hecho» no tiene el sentido de «un único movimiento corporal» es correcto, pues aquí no se trata de naturalismos¹⁶⁸, pero de ello no se sigue que sea la multiplicidad de resultados la que, bajo determinadas condiciones, determine la «pluralidad de hechos»¹⁶⁹. Si el fundamento no pretende ser meramente consecuencialista¹⁷⁰, y el de Peñaranda Ramos no parece serlo¹⁷¹, sería oportuno poner de relieve con base en qué criterios materiales se puede interpretar cuándo ocurre un hecho y cuándo varios, esto es, tienen que hacerse explícitas esas «determinadas condiciones» que deben darse para indicar cuándo se da una situación y cuándo se da la otra. El principio de proporcionalidad puede servir de fundamento para explicar una penalidad

nes por separado cuando con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones» (artículo 77.4 del Anteproyecto y artículo 78.4 del Proyecto), dando lugar a la aplicación de las reglas del concurso real para los supuestos que aquí estamos analizando (*Vid.* CUERDA RIEZU, A., «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», pp. 309 ss.), circunstancia que fue dejada de lado en el Proyecto de 1994, manteniendo intactos, no obstante, los primeros tres incisos, confirmándose esta toma de postura en el CP de 1995 con su no inclusión, lo que puede entenderse como una muestra más de la voluntad del legislador de castigar estos hechos bajo las disposiciones del concurso ideal y no del real.

¹⁶⁸ Correctamente, en este sentido, JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», p. 618; MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, p. 84; EL MISMO, «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo alternativo”», p. 149.

¹⁶⁹ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 114; PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 6, p. 504. Se ha mencionado anteriormente que el legislador no ha dicho nada sobre el modo de individualizar hechos ni qué circunstancias entran dentro de ese concepto, esa tarea corresponde al intérprete. Así también, CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, p. 19, aunque, a diferencia de lo que aquí se sostiene, lo fundamenta en la interpretación de «hecho» como sinónimo de «acción».

¹⁷⁰ A sabiendas de lo extremadamente reduccionista, se utiliza aquí el término «consecuencialista» en el sentido de favorecer una interpretación en estricta atención al resultado penológico que conduce. Similar, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte general*, p. 387, entiende que la concepción deontológica de la proporcionalidad considera que solo es proporcionada la sanción merecida, mientras que la concepción consecuencialista conduce a sostener que es proporcionada la solución más adecuada en términos de análisis de coste/beneficio.

¹⁷¹ Las referencias al merecimiento y a las necesidades preventivas de pena parecen indicar que las bases de su posición son más bien deontológicas. No se desconoce, no obstante, que existen teorías de la pena basadas en el merecimiento que son consecuencialistas (*Vid.* en detalle RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?», pp. 75 ss.). En este sentido, entre otros, MAÑALICH, J. P., «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la commensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», p. 503, sostiene que «lo que asegura la autenticidad de una interpretación consecuencialista del principio de retribución *qua* teoría de la retribución es su implicación concerniente a la postulación de una conexión interna entre punición y proporcionalidad. A modo de eslogan: la pena retributivamente legitimada es la pena sometida a un parámetro de *proporcionalidad según merecimiento como conditio sine qua non* de su (eventual) legitimación» (en cursivas en el original). Para más detalles, con otras referencias, *Vid.* EL MISMO, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *passim*. Sobre la relación entre proporcionalidad y retribución o prevención, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», pp. 930 s.

distinta¹⁷², pero es incapaz de ofrecer una respuesta al problema de la individualización de hechos¹⁷³.

Por otra parte, y en relación con lo que sí puede aportar, el argumento de la proporcionalidad necesita ser precisado para justificar la diferencia de tratamiento a los efectos del concurso que se dispensaría a quien comete el hecho contra bienes eminentemente personales frente a aquel que lo hace con lesión a bienes patrimoniales o colectivos, cuando la diferencia de merecimiento –en términos de gravedad de pena– ya viene reconocida por el legislador en la determinación legal abstracta de cada delito en la parte especial¹⁷⁴, o por qué ello tendría relevancia solo en supuestos de multiplicidad de víctimas y no en casos de una víctima única¹⁷⁵. Por lo mismo, tendría que poder justificar el

¹⁷² Y, en todo caso, en el sentido opuesto al que se propone. Esto es, para la no aplicación de la regla del concurso real al supuesto del concurso ideal por resultar excesiva. Baumgarten ha dicho que es una exigencia elemental de justicia que una unidad de acción no conduzca a una pluralidad de penas (*Vid.* BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», p. 196). Sobre el uso del principio de proporcionalidad como argumento para el incremento punitivo, restrictivamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa», pp. 306 ss. Más determinante, 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», p. 508, refiere que «la importancia de esta comprensión del fundamento del régimen de penalidad legalmente previsto para los casos de concurso ideal y concurso medial se halla en que la aplicabilidad de ese régimen, *ceteris paribus* más benigno que el de acumulación material, se encuentra asociado a un juicio legislativo que se deja reconstruir, sin más, en clave de proporcionalidad: la imposición acumulativa de las penas correspondientes a los dos o más hechos punibles ideal o medialmente concurrentes resultaría excesiva, en cuanto desproporcionada, en razón de la falta de plena independencia del injusto (subjetivo) constitutivo de cada uno de ellos». También SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 382 ss., parece reconocer restrictivamente una prohibición de infraprotección en este principio, en la medida en que sea entendida en sentido amplio, vinculado a los juicios de idoneidad y necesidad, pero no en su aspecto de proporcionalidad estricta.

¹⁷³ NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, p. 47, refiere que «[a]mbas interpretaciones son insatisfactorias desde el punto de vista axiológico [...] y hay, por lo tanto, una laguna valorativa en los sistemas jurídicos que no prevén especialmente las situaciones de pluralidad de víctimas de una misma acción; se tiende a resolver esta laguna multiplicando *espuramente* las acciones» (el resaltado es mío).

¹⁷⁴ Esta interpretación escondería, *en ese sentido*, un supuesto velado de doble valoración, en la medida en que una determinada circunstancia –la lesión a bienes altamente personales– se tiene en cuenta *por el intérprete* para aplicar la regla penológica más grave cuando esa misma circunstancia ya es valorada por el legislador al establecer penas más graves para *esos* delitos. ZIFFER, P., «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», p. 106, indica que «[t]eniendo en cuenta que el marco penal rige siempre para la totalidad del ilícito de que se trata, el juez, al determinar la pena en concreto, no puede valorar un elemento que ya ha sido tomado en cuenta ‘en abstracto’ para calificar la gravedad del ilícito». Nótese que no se trata del argumento vinculado a la vulneración del *non bis in idem* que usualmente se esgrime cuando se cuestiona la aplicación de reglas del concurso real a supuestos de unidad de hecho (*Vid.* nota 153), porque la crítica no está orientada a la circunstancia de castigar dos veces un mismo hecho, sino a destacar que existe una doble valoración de un mismo elemento –la lesión de bienes altamente personales– en los dos momentos de determinación de la pena, el legal y el judicial.

¹⁷⁵ Por ejemplo, el TS apreció un concurso *ideal* en un supuesto de agresión sexual y homicidio con dolo directo, cuando éste se produjo como consecuencia de las hemorragias internas ocasionadas por la penetración anal con un objeto romo (STS 472/2018 de 17 de octubre), modificando la calificación que, como concurso *real*, había estimado la Audiencia de instancia y el Superior Tribunal de Justicia andaluz con funda-

tratamiento dispar a hechos que no presentan *ex lege* un diferente grado de desvalor en la pena como es el caso del dolo directo respecto del dolo eventual¹⁷⁶. Por ejemplo, el caso del disparo a la mujer embarazada que produce *uno actu* el homicidio de la gestante y el aborto del feto, dará lugar a un concurso real si el autor conocía el estado de gravidez y era consciente de la consecuencia necesaria de su acción para con la vida en formación¹⁷⁷⁻¹⁷⁸, pero se apreciará una concurrencia de tipo ideal si, en cambio, las dos circunstancias le resultaban probables, aunque no certeras, de manera tal que pueda apreciarse un dolo eventual a su respecto¹⁷⁹.

mento en la unidad de hecho. Y así también –como concurso ideal– intuyo que lo resolvería Peñaranda Ramos, pero, si variamos el ejemplo, y la mujer no fallece a causa de la hemorragia, pero sí produce la muerte del feto que gestaba, allí la consecuencia debería ser la de un concurso real en la medida en que hay dos víctimas distintas, a menos que en el delito de aborto no se considere al feto como una víctima distinta –aunque dependiente– de la gestante, o bien no sea considerado un delito contra un bien eminentemente personal.

¹⁷⁶ Con sentencias del TS en ese sentido, SANTANA VEGA, D., «Artículo 77», p. 389, indica que «[t]ampoco se dará el concurso ideal en aquellos casos en los que el dolo –directo– del autor abarque a la pluralidad de delitos producidos. Por el contrario, sí habrá concurso ideal 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” (SSTS 187/98, 11-2: 1672/99, 24-11; 1837/01, 19-10; SAN 9/22)» (cursivas en el original). Distinto es el caso del Código penal brasileño (Vid. supra 2.2.3 b)), que expresamente refiere que no se aplicará la regla del concurso ideal, sino la del concurso real, a pesar de existir una única acción, cuando ella se produzca a partir de propósitos autónomos, entendiéndose por éstos a la «multiplicidad de planes delictivos» (Vid. GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», pp. 118 s.

¹⁷⁷ Vacilante a este respecto, el TS resolvió un supuesto semejante como de concurso *ideal* entre asesinato y aborto mediante una acción con dolo directo respecto de ambos resultados (STS 158/2015 de 17 de marzo), mientras que, en la STS 831/2009 de 22 de julio, mantuvo la calificación de los dos delitos en concurso *real* impuesta por la Audiencia de instancia. Asimismo, en la STS 357/2002 de 04 de marzo, indicó que de existir dolo directo de primer grado sería concurso real, mas no sí, como en el caso, el aborto solo fue asumido con dolo de consecuencias necesarias, situación que determinaría la concurrencia *ideal*, de igual manera que si fuese con dolo eventual. Similar distinción, dependiendo de si se trata de dolo directo o eventual, había realizado en las SSTS 861/1997, de 11 de junio y 187/1998, de 11 de febrero. Sin hacer distinciones sobre el aspecto subjetivo, considera que se da un concurso ideal, CUERDA RIEZU, A., «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», pp. 170, 176 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 117, propician, siguiendo a Díez Ripollés, un concurso ideal en supuestos de aborto con resultado de muerte o lesiones graves para la embarazada, habiendo dolo o imprudencia respecto de ese segundo resultado.

¹⁷⁸ En contra, GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 138», pp. 633 s., quien, aunque considere que –bajo el ejemplo de la pluralidad de homicidios con una acción– «desde una perspectiva fáctica existe una sola conducta, desde una perspectiva jurídico-penal existen tantos riesgos típicos dolosos (conductas típicas) como resultados de muerte fueran previsibles objetiva subjetivamente. Por esta razón debe apreciarse un concurso real de delitos», al analizar el supuesto del concurso entre homicidio y aborto mediante una acción, estima que debe apreciarse un concurso ideal. El caso demuestra que la tesis que vincula el resultado material, en los delitos de resultado, a la consideración del «hecho» en materia de concursos no puede estar limitado exclusivamente a supuestos de concurrencia *homogénea* (Vid. MAÑALICH, J. P., *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, p. 87). Esto mismo, por lo demás, queda evidenciado en la propia jurisprudencia del TS posterior al Acuerdo, Vid. STS 57/2019, de 5 de febrero, donde apreció un concurso *real* entre una tentativa de homicidio y unas lesiones consumadas.

¹⁷⁹ Demos por bueno –por mor del argumento– que, en esta segunda variante, hay dolo eventual respecto del aborto, con independencia de la teoría del dolo que se siga.

Lo que resulta dudoso de aceptar es que el rendimiento de la proporcionalidad deba ser el de llevar la consecuencia jurídica a un estadio más grave¹⁸⁰. En un sistema punitivo que de por sí ya combina dos situaciones gravosas como la de imponer penas especialmente severas en los delitos de la parte especial junto al excesivo rigor que se le reconoce al principio de acumulación previsto para supuestos de concurso real¹⁸¹, exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal¹⁸² obligan a proceder en un sentido opuesto al que se propone¹⁸³.

Las razones que se aducen en torno a la desproporcionalidad de la pena que implicaría la aplicación de las reglas del concurso ideal a los supuestos de causación múltiple de resultados lesivos mediante una sola conducta o hecho, se basan en el tratamiento «benévolo» que tendría este autor respecto de aquel que causa el mismo resultado lesivo a través de varios hechos, en tanto y en cuanto el punto de referencia que se toma para esgrimir lo desproporcional tiene que ver con la pena que correspondería aplicar según las reglas de los artículos 73, 75 y 76 CP¹⁸⁴. Ello podría indicar que quienes sostienen eso parten de la base de considerar que el principio de la acumulación previsto

¹⁸⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa», pp. 306 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», pp. 26 s., da un argumento interesante para avalar la conclusión de que el criterio de proporcionalidad sirve para determinar si deben o no tenerse en cuenta los preceptos concursales de la parte especial, incluso en aquellos casos en que son preceptivos. Este argumento parte del artículo 4.3 CP, que, a propósito del deber de aplicar la ley penal, prescribe que «cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» (destacado por mí). Por lo tanto, agregaría yo, cuando el Código, en virtud del mencionado artículo, habilita a no aplicar ley penal por consideraciones de proporcionalidad, lo hace cuando aquella resultaría en una pena *excesiva*, no cuando sea insuficiente. Así, sin embargo, VALVERDE-CANO, A. B., «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», p. 337, nota 96.

¹⁸¹ DEL MORAL GARCÍA, A., «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», pp. 167 ss.

¹⁸² En este sentido, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 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 estos conceptos, con extensas referencias, EL MISMO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *passim*; EL MISMO, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», pp. 23 ss.; VON HIRSCH, A./ASHWORTH, A., *Proportionate Sentencing: Exploring the principles*, pp. 137 ss.

¹⁸³ Contundente, en este sentido, FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», pp. 200 ss., incluso asumiendo la posibilidad de que exista un error al aplicar una pena insuficiente, entiende que el contexto excesivamente punitivo justifica una presunción en favor del sistema de absorción (*concurrent sentencing*) por sobre el de acumulación (*consecutive sentencing*).

¹⁸⁴ CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 39, refiere que podría «ser vista como un privilegio injustificado si es comparado con la acumulación de penas que determinaría la consideración de un concurso real».

para el concurso real es correcto en términos de proporcionalidad de pena y que el incorrecto, en los mismos términos, es el de la absorción agravada prevista en el artículo 77.2 CP. No se desconoce que ambas visiones se corresponden con planos discursivos distintos: mientras la primera responde a un argumento de *lege lata*, la segunda responde a uno de *lege ferenda*. Pero tampoco hay que obviar que detrás de toda esta discusión hay un posicionamiento sobre el modo de valorar el tratamiento que se debe(ría) dar a estos casos¹⁸⁵. Por otra parte, en cuanto al argumento relacionado con lo inaceptable que resultaría que el autor manipule «a su puro arbitrio la extensión que haya de tener su propia responsabilidad»¹⁸⁶, no se logra comprender desde la óptica de un Derecho penal respetuoso del principio de legalidad. Si el principio de legalidad tiene la función de preservar el valor de la seguridad jurídica, consistente «en que el ciudadano pueda saber cuáles son las consecuencias jurídicas de sus actos»¹⁸⁷, no se advierte lo inaceptable de que el autor, en el ejercicio de su libertad ciudadana, adopte las medidas necesarias para que las consecuencias jurídicas de su acción sean las menos lesivas, de conformidad con lo establecido por el mismo legislador¹⁸⁸. Creo que esto mismo es lo que está en la base de lo que sostiene Nino en relación con que la aplicación de las reglas del concurso real a un supuesto de unidad de acción violaría el principio de legalidad, en la medida que el autor consintió solo una consecuencia penal¹⁸⁹. Sin embargo, nada de esto implica aceptar una tesis, como la que sostuvieron en su momento Schlosky o Hälschner, de que debería ser el plan del autor lo decisivo para establecer si estamos en presencia de una o de varias acciones¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Así, por ejemplo, ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 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. Claro que hay que tener en cuenta dos cuestiones no menores: en primer lugar, en Alemania el concurso real se rige por el principio de exasperación, que es menos drástico que el de acumulación, y, en segundo lugar, ella lo sostiene teniendo en cuenta la praxis jurisprudencial de aquel país que tiende a aplicar en mayor medida las reglas del §52 StGB antes que las previstas en los §53 y §54 StGB.

¹⁸⁶ 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», p. 833.

¹⁸⁷ LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «El principio de legalidad. Fundamento», p. 53.

¹⁸⁸ Similar, aunque respecto del delito continuado patrimonial, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 350, refiere que «el fraude de ley es de dudosa invocación en un Derecho penal basado en la responsabilidad *por el hecho cometido* en su objetiva significación» (cursiva en el original).

¹⁸⁹ NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guer-si” y “Pitchon”», p. 249.

¹⁹⁰ *Vid.* la referencia a estas posiciones que hace MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 68 ss.

Asimismo, si todo el problema se puede reconducir a situaciones muy específicas, como son aquellas vinculadas con actos terroristas¹⁹¹, cuya sanción con las reglas del concurso ideal se consideran injustas materialmente por ser demasiado tenues, la solución más plausible sería la de abogar por un reforma específica en delitos contra la vida, que prevean una agravante para los casos de multiplicidad de víctimas¹⁹², sin necesidad de tener que modificar el sistema general de la concurrencia delictiva con interpretaciones forzadas que pueden ayudar a solucionar un problema puntual sin tener en cuenta las consecuencias sistemáticas que producen en otra serie de casos. Esta vía de solución, además, no sería en absoluto una extravagancia, ya que existen numerosas disposiciones en la parte especial del Código Penal que agravan los delitos por la multiplicidad de resultados¹⁹³ o bien determinan que las penas se impongan «separadamente», esto es, de acuerdo con las reglas del concurso real¹⁹⁴.

Ahora bien, teniendo en cuenta la legislación vigente en relación con los casos prototípicos que dan lugar a toda esta discusión, ¿es realmente desproporcionada la sanción que correspondería aplicar a ellos?

¹⁹¹ Así lo reconoce expresamente ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 143, indicando –a su vez– cómo el propio TS cambia su posición al respecto a partir de la STS 861/1997, de 11 de junio, relacionada con el atentado a una furgoneta de la Ertzantza con una bomba molotov que ocasionó lesiones de riesgo vital a los cinco agentes que se encontraban dentro, pp. 207 ss.; sobre este antecedente, *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», pp. 271 ss.; en el mismo sentido, en relación con el frustrado intento del proyecto de CP de 1992 de incluir esta solución en el artículo 77.4 CP, CALDERÓN CEREZO, Á., «El concurso real de delitos sus consecuencias punitivas», p. 182, refiere que «sólo con el terrorismo como telón de fondo podría hallar explicación, por tratarse de un artificio más propio con una ley especial»; MANTOVANI, F./FLORA, G., *Diritto Penale*, p. 479; SANZ MORÁN, Á., «El concurso de delitos en la reforma penal», p. 227.

¹⁹² Esta es la solución que también propone SANZ MORÁN, Á., «El concurso de delitos en la reforma penal», pp. 191 ss. Sobre las cláusulas concursales en la parte especial, *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Las cláusulas concursales específicas», pp. 841 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», *passim.*; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, *passim.*

¹⁹³ *Vid.*, por ejemplo, artículos 250.1 CP, 5.º CP, 257.4 CP, 259 bis 1.ª CP.

¹⁹⁴ Por ejemplo, los artículos 346.3 CP, 177 CP. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», pp. 27 ss., entiende que la «sanción separada» no implica *necesariamente* de reglas de concurso real, sino que, por aplicación del principio de proporcionalidad, puede proceder una pena conforme a las reglas del concurso ideal. En el mismo sentido, respecto de la interpretación que cabe hacer del nuevo artículo 194 bis CP, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», pp. 10, 13, 15, 20, 29, considera que el mencionado artículo no obliga a aplicar siempre un concurso de delitos, sino que ello dependerá de la gravedad de los hechos cometidos en relación con la capacidad que tengan los preceptos penales en juego para captar el total desvalor de aquellos o no.

En el supuesto del autor que con una bomba mata a tres personas¹⁹⁵ tendríamos varias posibilidades, independientemente de que algunas sean más plausibles que otras:

1. Comencemos por la menos grave que consiste en tratarlo como un homicidio básico del artículo 138. Aunque resulte improbable por el tipo de delito, esta posibilidad conlleva una pena de hasta 15 años. Una determinación de la pena conforme a las reglas del artículo 77.2 CP permitiría una condena de entre 12 años y 6 meses y los 15 años, mientras que las reglas de la acumulación impedirían superar los 20 años;

2. Que haya sido cometido por un miembro de grupo u organización criminal [art. 138.2 a), en relación con el art. 140.1 3.ª CP], que llevaría la pena al grado superior y, junto a la mitad superior por aplicación del artículo 77.2 CP, arrojaría una escala de 18 años y 9 meses a 22 años y medio. El límite previsto por el artículo 76.1. c), en este supuesto, se eleva a los 40 años;

3. Que se considere que el hecho se enmarca en un asesinato por la concurrencia de alevosía (art. 139.1. 1.ª). Esta situación, más probable que la anterior, en la medida en que este tipo de delitos suelen cometerse por sorpresa¹⁹⁶, eleva la pena hasta los 25 años. En caso de tratarse de un concurso ideal la escala será de 20 a 25 años, y el tope para aplicar la sanción por concurso real también será de 40 años [art. 76.1. c)];

4. Que el hecho sea constitutivo de un delito de terrorismo (art. 573 CP). Esta opción, que podría considerarse la más probable de las cuatro, dada las características del hecho, tiene prevista la pena máxima prevista en el Código (art. 573 bis CP), que es la prisión permanente revisable. Cualquier comparación entre las modalidades concursales aquí resulta innecesaria.

La primera de las situaciones genera una diferencia de cinco años que, en términos absolutos, puede resultar relevante, sobre todo si de tiempo de privación de libertad se trata. En efecto, 5 años es mucho tiempo. Ahora bien, a

¹⁹⁵ Que las muertes producidas sean superiores no modificaría la situación por el límite relativo del triplo de la pena mayor que establece el artículo 76.1 CP.

¹⁹⁶ El propio Código penal, en su artículo 22, 1ª, dice que «[h]ay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Recientemente el TS, en la STS 155/2022 de 22 de febrero, haciendo suyas las palabras de la sentencia de apelación, ha dicho que «[e]l ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso».

medida que se aumentan las cantidades de años en comparación, la diferencia va perdiendo peso relativo¹⁹⁷. Con ello no estoy descubriendo nada relevante, simplemente poniendo en contexto la diferencia existente en su dimensión real. En donde más se produce esa separación en cada consecuencia, es en los supuestos 2 y 3. Aquí no hay que dejar de mencionar que esas diferencias están vinculadas a los aumentos de los límites absolutos que se produjeron en el artículo 76.1 CP con la reforma del año 2003¹⁹⁸ criticada de forma prácticamente unánime por la doctrina, debido a su dureza¹⁹⁹. Por último, en el caso de que el hecho pueda ser interpretado como un delito de terrorismo, no habría diferencia alguna en considerar una concurrencia de tipo ideal o real.

Sin embargo, la pregunta por la (des)proporcionalidad de la pena en el caso del concurso ideal no debiera estar focalizada principalmente en la diferencia que exista con la que correspondería para el supuesto de concurrencia material, sino a la valoración que se haga del monto de pena para ese caso puntual²⁰⁰. En otras palabras, debería justificarse por qué 15 años, 22 años y medio, o 25 años resultan insuficientes para abarcar el desvalor del hecho. En este sentido, si tomamos como referencia la práctica jurisprudencial al imponer una pena en supuestos de unidad delictiva, se observa una tendencia a aplicarla en su mitad inferior²⁰¹. Esto se corresponde con lo que sostiene Basso cuando se refiere al «segundo punto de anclaje de la pena en la escala abstracta» que corresponde que realice el juez: «El concreto anclaje de un determinado caso en la escala penal abstracta depende del juicio comparativo sobre la gravedad que presente la realización fáctica objeto de enjuiciamiento respecto a los casos de referencia que se correspondan valorativamente con el contenido de injusto requerido por la penalidad legal mínima de obligada imposición. Así, frente a supuestos de gravedad equivalente a dichos casos de referencia, corresponderá fijar la pena en el punto mínimo del marco penal, mientras que frente a supuestos de mayor gravedad corresponderá ascender dentro del mismo y fijar una

¹⁹⁷ ROBINSON, P., «Mitigations: The forgotten side of the proportionality principle», p. 223.

¹⁹⁸ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

¹⁹⁹ Por todos, QUINTERO OLIVARES, G., «Artículos 75 y 76», pp. 552 s.

²⁰⁰ ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., pp. 342 ss.; ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 214; BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch’s Theory of Punishment», pp. 65 ss.; WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, p. 38.

²⁰¹ *Vid.*, con más referencias, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, pp. 76 ss. (especialmente en nota 62); EL MISMO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», p. 215 (nota 59), indica que «[c]iertos estudios reflejan que, en la práctica, se emplean a veces relativamente pocas magnitudes de punición por los juzgadores de instancia, pese al gran abanico de alternativas que permitiría el marco penal».

pena de mayor severidad»²⁰². Esto significa que, partiendo de la base de que la concurrencia delictiva abarca supuestos de gravedad superior a los de unidad delictiva, y teniendo en cuenta lo dicho sobre la gravedad relativa de estos últimos, no resulta descabellado pensar, en términos de proporcionalidad de la pena, en la posibilidad de reservar *prima facie*²⁰³ la mitad superior del marco penal para estos supuestos que aquí estamos analizando²⁰⁴.

Si a ello agregamos que, en el Derecho penal internacional, en cuyo ámbito se juzgan los crímenes de máxima gravedad sistémica, el promedio de condenas efectivamente impuestas por la Corte Penal Internacional se ubica en los 16 años y 3 meses²⁰⁵, las penas máximas que podrían imponerse en estos casos por aplicación de las reglas del concurso ideal no parecen en absoluto desproporcionadas²⁰⁶.

Todo lo dicho hasta aquí pone de manifiesto una generalizada situación de descontento con la regulación actualmente vigente en el ámbito de la concurrencia delictiva. Sin embargo, la forma en la que deben ser abordadas esas deficiencias del legislador pueden terminar siendo más perjudiciales que la propia situación que pretende ser modificada. Esto último es lo que acontece, a mi modo de ver, precisamente en torno a la interpretación extensiva que hacen las posiciones aquí reseñadas y el Tribunal Supremo español con el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional mencionado.

Las razones de fondo, que podríamos denominar «genuinas», en la medida que pretenden aportar una interpretación de la legislación vigente –favorecedora de la solución que ante sus ojos se muestra como correcta– sin estar motivada por la necesidad de modificar una situación puntual, quedan sometidas a las críticas que aquí, y en otros lugares, se le han hecho, porque no logran ofrecer una respuesta sistemática que pueda valer para la generalidad de casos que, en teoría, deberían ser resueltos con los mismos argumentos.

Pero si de lo que se trata es de que todo este esfuerzo teórico, que se lleva a cabo para que la posición que se sostiene pueda cuadrar con lo que dice el

²⁰² BASSO, G., «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», pp. 234 ss.

²⁰³ Esto quiere decir que la «reserva» no es excluyente, pues es obvio que también casos de unidad delictiva podrían representar suficiente gravedad como para imponer una pena en su mitad superior.

²⁰⁴ BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, p. 311 (en particular, nota 24). Similar, ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 221. También le otorgan al resultado un peso específico agravatorio en la determinación de la pena dentro de la regla del concurso ideal, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 272 ss.; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 83 s.

²⁰⁵ BASSO, G., «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», p. 21.

²⁰⁶ Relativiza esta comparación, ZIFFER, P., «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», pp. 266 s.

legislador, sirva para justificar la aplicación de unas reglas penológicas para unos casos específicos que se consideran especialmente graves para ser (in) merecedores de las consecuencias previstas para el concurso ideal, ese motivo debería explicitarse para así sincerar el debate y, con ello, permitir que los argumentos puedan encausarse dentro de un mismo ámbito.

En ese sentido, cabe poner de manifiesto una vez más que toda esta discusión, con alguna excepción que ya fuera mencionada, se da teniendo en mente los supuestos de múltiples homicidios o asesinatos a través de una acción, esto es, el caso de un atentado contra varias personas. Como ya se indicó, la situación legal es distinta a la de unos años atrás, y los cambios que se dieron no favorecen el argumento de la desproporcionalidad que tendría el castigo de esos hechos bajo la regulación actual.

Si esto es así, y yo creo que lo es, es evidente que todos los esfuerzos de las razones «genuinas» no lograrán aportar una solución coherente con sus postulados para «todos» los hechos que caigan bajo el paraguas de su argumento. Como creo que ha quedado demostrado, un argumento a la medida de un caso particular pero que, a la vez, tiene pretensiones de validez general, presentará fisuras en aquellos supuestos que no formen parte del prototipo que lo inspira. Por ello, se encuentran en la obligación de ir recortando el alcance de su propio argumento, por ejemplo, limitándolo a los delitos de resultado, dolosos (algunos solo al dolo directo), consumados (o tentados), contra bienes eminentemente personales, etc. Todas estas limitaciones llevan al punto de origen: se está pensando en un caso particular.

El argumento relacionado con la proporcionalidad del castigo con el hecho aporta, a mi modo de ver, buenas razones teóricas para intentar explicar por qué en estos casos puntuales la pena puede resultar inferior a la necesaria/merecida. Se trata de una posición que asume que el problema de fondo es de cuantificación de la sanción prevista para estos casos, pero que no realiza una propuesta de *lege ferenda*²⁰⁷, sino que pretende compatibilizar esa búsqueda de proporcionalidad de la pena con la regulación vigente²⁰⁸. Es en este último aspecto en donde se hace pasible de las mismas objeciones que les caben a las demás posiciones «genuinas». No obstante, y amén de ser también susceptible

²⁰⁷ Este camino escoge 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», p. 188, al proponer como solución a esos problemas la unificación del tratamiento de las distintas modalidades concursales. En cambio, PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 381 ss., propone una exasperación facultativa para estos supuestos.

²⁰⁸ También crítico con ese proceder, 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», pp. 557 s., y nota 23.

de aquellas otras críticas, esta postura resulta difícilmente aceptable en el contexto de severidad penal que tiene la legislación española vigente²⁰⁹.

Esta orientación político-criminal proveniente desde los estrados judiciales agudiza una situación que ya de por sí es grave: el incremento punitivo constante que viene asumiendo progresivamente el sistema penal español. Particularmente en este punto, se decide someter los supuestos de concursos de delitos cometidos con una única acción al régimen de la acumulación jurídica, tantas veces criticado²¹⁰, generando distorsiones en términos de proporcionalidad que resultan, muchas veces, insoportables²¹¹.

Roxin, en una crítica a los motivos del legislador alemán que optó, al igual que el español, por una diferenciación penológica entre un concurso y otro, indicó: «[p]ero naturalmente hay que respetar la decisión del legislador y no debería ser burlada a través de la tendencia, que se puede encontrar aquí y allá en jurisprudencia y doctrina, a ampliar el concurso ideal a costa del concurso real»²¹². En el caso del TS esa «burla» a la decisión del legislador se da en el sentido opuesto al planteado por Roxin: aquí se produce la ampliación del concurso real a costa del concurso ideal que, por una parte, es igual de violatorio del principio de división de poderes²¹³ y, por el otro, el resultado es

²⁰⁹ Sobre el proceso de expansión, tanto cuantitativa como cualitativa, del *ius puniendi* que viene constatándose, *Vid.* CANCIO MELIÁ, M./ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í., «Introducción», p. 26; CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», pp. 45 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, pp. 107 ss.; MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», p. 65; MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pp. 5 ss., 339 ss.; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática*, pp. 96 ss., pp. 147 ss.; LA MISMA, «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», pp. 108 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, *passim*, en particular, pp. 189 ss. Sobre este mismo proceso en el ámbito norteamericano, *Vid.* CASTIÑEIRA PALOU, M. T./RAGUÉS I VALLÈS, R., «*Three Strikes*. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», pp. 119 ss.

²¹⁰ *Vid.* por todos, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 36 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 25 ss.

²¹¹ Ese efecto es reconocido por el propio TS en alguna sentencia en que se toma dimensión de la desproporción que genera en muchas ocasiones el recurrir a la regla penológica del concurso real (*Vid.* STS 44/2019, del 1 de febrero).

²¹² ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 943; Similar, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1016.

²¹³ En este sentido, MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», p. 16, sostiene que «el principio de separación de poderes no sólo se configura como un pilar ineludible de los Estados de Derecho, sino que, además, se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad, en tanto en cuanto este último atribuye en exclusiva al Poder Legislativo la capacidad de establecer y definir los delitos y las penas, impidiendo que los otros dos poderes, ya sea por voluntad propia o por delegación del Legislativo, puedan regular dichas cuestiones. Por todo ello, también está en juego el principio democrático».

en perjuicio del reo en la medida que la consecuencia jurídica del concurso real es más gravosa que la prevista para el concurso ideal²¹⁴.

Todo lo que fuera aquí expuesto no debiera entenderse como una defensa de las reglas actualmente vigentes de determinación de la pena de los concursos²¹⁵. Las consecuencias excesivamente gravosas a que conduce la regla de acumulación prevista para el concurso real, sumada a la diferencia de tratamiento que, por oposición, tiene respecto del concurso ideal, produce distorsiones que muchas veces tornan irracional la distinción. 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 correcto²¹⁶, hay otros casos que se encuentran en medio de ambos extremos y cuya calificación en una u otra modalidad no es tan clara²¹⁷.

Pero una cosa no quita la otra, y es fundamental para cualquier intérprete del Derecho, pero mucho más para los operadores judiciales, que son quienes no solo interpretan, sino que además lo aplican, el diferenciar qué nos viene disponible y qué no. De la misma manera que un hecho imprudente no puede convertirse –a efectos de la norma de sanción– en doloso, o una complicidad en participación necesaria, o una tentativa en consumación, porque la pena nos parezca insuficiente, tampoco un hecho debería multiplicarse en materia concursal por esas mismas razones²¹⁸.

²¹⁴ Similar, CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 831. En esta línea, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 76, ha dicho que «[e]n general, la ciencia penal y los tribunales han centrado su atención en el tratamiento punitivo de las figuras concursales y ello ha supuesto una cierta tendencia a fijar el supuesto de hecho del concurso desde la consecuencia jurídica. [...] Este proceder es criticable ya que no se puede partir de la pena que nos parece más justa y a partir de ella determinar el supuesto de hecho concursal».

²¹⁵ Sobre ello, infra 7 y 8.

²¹⁶ Aunque no con el grado de diferenciación que establece el régimen de absorción agravada con respecto al de acumulación en España. Sobre ello, Vid. CANTARD, N., «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», pp. 37 ss.

²¹⁷ ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., pp. 341 s. Vid. supra 2.2.5.

²¹⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», p. 172, nota 23, refiere que “no parece razonable que deba acudirse a las reglas del concurso real para evitar las injustas consecuencias que pueden derivarse de la apreciación de un concurso ideal. La cuestión de la unidad o pluralidad de hechos, insistimos, no puede depender de las consecuencias o de los resultados materiales producidos, en una cuestión que afecta a la acción”; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa», p. 311, se pregunta retóricamente: «si podemos solventar [la] protección [de los bienes constitucionales] por otros medios, análisis este de subsidiariedad complejo que implica ponderar los males de la pena y la virtud preventiva de otras políticas no penales, ¿quién está legitimado para hacer ese juicio que no sea el legislador democrático?». ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 965, sostiene con toda claridad que «una interpretación teleológica [...] no puede anteponer las propias ideas político-criminales a la finalidad del legislador. Este partió de la base de que diferentes acciones criminales separadas temporalmente revelan una energía criminal mayor que un acto único y que esa circunstancia requiere la determinación exacta de penas individuales y una pena conjunta o global incrementada. Ciertamente que esta concepción se puede criticar, pero no puede pasarse por alto».

Aquí no se pretende negar la corrección del postulado que indica que el sistema del Derecho penal tenga que estar a disposición de finalidades político-criminales. Más discutible es, sin embargo, que sea competencia del juez establecer cuáles son esas finalidades político-criminales²¹⁹. En otras palabras, se trata de preguntarse a quién corresponde la tarea de determinar la política criminal de un país, si al juez o al legislador. Por otra parte, también resulta razonable la idea de quienes observan que toda la teoría de la concurrencia delictiva debe estar pensada en términos funcionales con la determinación de la pena²²⁰. Sin embargo, también concierne a un problema de calificación jurídica, por lo que esas finalidades «deben» ser respetuosas con la legislación vigente²²¹, no pudiendo sobreponerse a ella en perjuicio del acusado.

5.2.3 LA COINCIDENCIA TOTAL O PARCIAL DE LAS ACCIONES EJECUTIVAS

La forma en la que se define cuándo estamos en presencia de un hecho o de varios, según la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, viene determinada por la identidad que pueda darse entre los tipos penales concurrentes. En este sentido, se propone como criterio delimitador el de la coincidencia total o –al menos– parcial de las acciones ejecutivas de los delitos que concurren, que indicaría que se trata de un solo hecho a los efectos de aplicar el concurso

²¹⁹ PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 19, indica que «no es tarea de los tribunales, sino de la ciencia jurídica, aportar teorías para resolver los problemas prácticos de la aplicación de la ley» (traducción propia); en el mismo sentido, ZIFFER, P., «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», p. 105, ha dicho que «[l]as valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales».

²²⁰ MAÑALICH, J. P., «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», p. 1025; 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», pp. 821 s., refiere que «parece razonable suponer que la determinación del concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiada 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 cada caso haya incurrido el sujeto al cometerlos».

²²¹ Así, el TS ha dicho que «[l]a ubicación sistemática del artículo 77 CP podría llevar a pensar que es una cuestión puramente penológica. Pero no sería correcto. Es un problema también de calificación. Un Tribunal, sin plantear la tesis, que ha de ser asumida por alguna acusación, no puede convertir un concurso ideal en real en contra de la petición del Fiscal: o deshacer o formar un delito continuado en perjuicio del reo y contrariando, a la vez, la posición más benigna de la acusación» (Vid. STS 2352/2022, de 15 de junio). Marcando acertadamente la distinción entre los planos de *lege ferenda* y *lege lata* en que tiene lugar la función «creadora o crítica» de la dogmática, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aproximación al Derecho Penal contemporáneo», pp. 219 ss., en particular pp. 226 ss.

ideal²²². Por el contrario, si no se da ningún tipo de coincidencia entre esas acciones ejecutivas es porque estaremos en presencia, en principio, de un concurso real. No hay que confundir el uso del plural en el término «acciones» que se está indicando aquí, referido a la acción típica que está descrita en los tipos penales concurrentes –de ahí que se utilice el plural–, con la circunstancia de que se puedan llevar a cabo mediante una sola acción, en tanto y en cuanto seguimos dentro del ámbito del concurso ideal²²³. En pocas palabras: una sola acción en sentido natural puede realizar varias acciones típicas. Por ejemplo, la agresión física a un policía mediante un golpe de puño realiza las conductas típicas (acciones) de las lesiones y la del atentado a un agente de autoridad, aunque ambas sean llevadas a cabo mediante una acción en sentido natural.

Se dará un caso de identidad total cuando ambos delitos coincidan completamente en sus actos ejecutivos, o bien, cuando uno de ellos contenga algún elemento adicional de aquellos requeridos para tener por configurado el «hecho»²²⁴. Son ejemplos de lo primero aquellos en que hay una pluralidad de víctimas de una única acción atentatoria de bienes eminentemente personales, como puede ser un insulto a varias personas o embestirlas con un coche, mientras que la identidad total por contener uno de los tipos concurrentes algún elemento adicional, y siempre que no se trate de una relación de especialidad en concurso de leyes, se daría en el supuesto mencionado de la lesión física al funcionario policial²²⁵. La identidad parcial se dará, en cambio, cuando la coincidencia se limite a algún aspecto de cada uno de los delitos que les sea común, aunque, salvo en ese punto, los tipos no guarden ninguna relación entre sí²²⁶, como sucede en el robo y la agresión sexual, cuando la violencia o intimidación sirve tanto para anular la libertad de disposición sobre el bien como sobre su sexualidad, y, sin embargo, el acto de desapoderamiento y el acto sexual no tienen entre sí ningún punto en común.

²²² HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, p. 40; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 147. En cambio, CARUSO FONTÁN, M. V., «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», p. 46, ubica esta temática como un supuesto más de unidad natural de acción.

²²³ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 274 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 153; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, p. 317. Parte de esta confusión se puede ver en PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 18 y passim., al realizar la crítica, por lo demás aguda y certera, contra este criterio.

²²⁴ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, p. 490; CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», pp. 357 s.

²²⁵ SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 152. De otra opinión, GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 559; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 45, quienes lo consideran un caso de coincidencia parcial.

²²⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1018 s.

Resulta indiscutible para este criterio de diferenciación que los casos de identidad total van a ser supuestos de concurrencia ideal, siempre que –vale la pena aclararlo– no exista también una identidad de desvalor en los delitos concurrentes, situación que se vincularía más con un caso de concurso de leyes. Con ello quiere significarse que, pese a la existencia de una identidad de acciones ejecutivas, tiene que seguir sosteniéndose que la desvaloración que se haga del hecho sea múltiple, presupuesto esencial de todo concurso de delitos. Sin embargo, como se verá, la doctrina enfatiza que, aunque la identidad total pueda dar lugar a un concurso ideal, ello no significa que dicha identidad constituya un requisito imprescindible para que se configure esa forma de concurrencia, ya que ello acarrearía una restricción excesiva²²⁷. En otras palabras, que «pueda» darse una identidad total no quiere decir que «deba» darse ese tipo de identidad. Por esa razón, la doctrina mayoritaria acepta como suficiente la coincidencia parcial para aplicar la regla de determinación de la pena propia del concurso ideal²²⁸.

Esta tesis tiene su origen en una sentencia del Tribunal Imperial alemán (RG) de 1899²²⁹ en la que se indicó que, a los efectos de la unidad de acción del §73 StGB (actual §52 StGB), no interesa tanto la simultaneidad de las infracciones sino más bien la identidad total o parcial de las acciones ejecutivas, en tanto movimientos corporales, de tal manera que, por ejemplo, si alguien injuria a una persona mientras golpea a otra, por más simultaneidad que exista no puede tratarse de un supuesto de concurso ideal porque no se da esa identi-

²²⁷ GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 559 ss.

²²⁸ GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 559 ss.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 274 ss.; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, pp. 28 ss.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1102 s.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 776; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», pp. 94 s., nn.mm. 18 ss.; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 43 ss.; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», p. 36.3, nn. mm. 10 ss.; SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos*, pp. 154, 214; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, pp. 460 s.; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 843 s., nn.mm. 9 s.; STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, pp. 24 ss. En contra de esa posibilidad, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 772 s.; CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», p. 359; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 440; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1022; GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», pp. 108 s., quienes vinculan los casos de coincidencia parcial al principio de exasperación y dejan para el de absorción solo los supuestos de coincidencia total; GUNARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», p. 163; JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», p. 633; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 199 ss.; VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, p. 16 s.

²²⁹ RGSt. 32, pp. 137 ss. Los detalles del caso pueden verse en BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», 1972, pp. 711 s.; HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, p. 40, refiere que es una salida dogmáticamente útil, aunque político criminalmente insatisfactoria; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 14 ss. Sobre las críticas a la postura asumida por la doctrina relativa al criterio de coincidencia total o parcial de la ejecución de los tipos, a partir de lo resuelto por el RG, Vid. PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 15 ss.

dad²³⁰. De esta manera, el RG reorientó la discusión que hasta ese momento venía teniendo en orden a establecer las condiciones bajo las cuales se va a considerar una unidad de acción²³¹. Antes de ella, los criterios para unificar acciones debían hallarse fuera de las descripciones propiamente típicas, puesto que, por ejemplo, quien arrojaba una piedra que rompía una ventana y, a la vez, lesionaba al morador que se encontraba detrás de ella, no podía considerarse solo una acción con un criterio jurídico de los tipos penales en juego –daños y lesiones–. En otras palabras, la acción «arrojar una piedra» no es una acción típica de dañar, ni de lesionar, sino que aparecía como una unidad en sentido pre-típico. En ese esquema, eran consideradas acciones de naturaleza distinta a las que determinan la unidad de acción por realización iterativa o sucesiva del tipo. Se trataba de unidades sociales de significado, que se vinculaban a la idea de unidad de acción en sentido natural, ya no había un «acto» que valorar, sino un «suceso», un «proceso vital»²³², teniendo en cuenta «la naturaleza de los objetos del delito y la voluntad del autor»²³³.

Ahora bien, esa reorientación significó la consagración de un criterio excesivamente naturalista del modo de individualizar las acciones²³⁴, merced al éxito que tenía en esa época la teoría de la unidad, cuya proposición de partida «delito es acción» favorecía una interpretación de la concurrencia ideal en este sentido²³⁵. Por una parte, se requiere la coincidencia –al menos– parcial de las acciones ejecutivas, pero también que exista una unidad de motivación en el autor en ese sentido²³⁶. Esto último permite, por ejemplo, incluir dentro de los supuestos de concurrencia ideal aquellos casos en que, pese a no existir identidad en las acciones de los delitos, éstos se encontraban en una relación de medio a fin, es decir, supuestos que en España se considerarían de concurso medial. No obstante, pese al presunto abandono de circunstancias de contexto que favorecerían la consideración de una unidad de acción, como, por ejemplo, la cercanía temporal entre las distintas acciones, siguieron utilizándose por parte del RG, y posteriormente por el Tribunal Federal alemán (BGH)²³⁷.

²³⁰ KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 718; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1075; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 461; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, pp. 317 s.

²³¹ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 96, habla de un giro de 180 grados en la apreciación del RG; MANNZEN, W., «Zur Theorie der erweiterten Handlungseinheit», pp. 221 ss.

²³² MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 94 s.

²³³ RGSt. 30, p. 67, citada por MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 19.

²³⁴ Especialmente aguda en esta crítica, PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 7, pp. 638 ss.

²³⁵ Sobre ello, con matices, BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», pp. 188 ss.

²³⁶ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 96 ss.

²³⁷ Esta circunstancia es denominada por Maiwald como de un «dualismo metodológico» por parte del RG a partir de la adopción de la «fórmula» (Vid. MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 14 ss.).

A pesar de la aceptación que tuvo desde entonces, hay que mencionar que el BGH²³⁸ se ha pronunciado recientemente sobre un caso en el que, al igual que el que diera origen a la sentencia del RG, se producía una simultaneidad temporal en las acciones ejecutivas, pero sin identificación alguna entre ella, abandonando la idea de la identidad de las acciones ejecutivas en términos de movimientos corporales (*Körperbewegungen*), y, sin embargo, considerando también la aplicación de un concurso ideal²³⁹.

Se le cuestiona a esta tesis la noción naturalista de la acción como componente pre-típico de unión entre las distintas infracciones concurrentes²⁴⁰. No le falta razón a la crítica; ya se mencionó cómo el RG modificó la concepción sobre qué era una acción para poder establecer la nueva fórmula asociándola, en parte, al movimiento físico causal que produce un cambio en el mundo exterior y, en parte, a la voluntad del autor. Pese a la amplia aceptación que tiene esta forma de entender las relaciones entre los tipos que concurren idealmente, hay que oponerse a ella, tanto por razones materiales como por razones de coherencia práctica. En cuanto a las primeras, además del apego a un concepto naturalista sobre la forma de individualizar acciones que ya se indicó, si bien puede tener algún sentido en la expresión literal del §52 StGB, no parece encajar tan armónicamente con la redacción del artículo 77.1 CP²⁴¹. Asumir que la individualización de un «hecho» vendría dada necesariamente por la necesidad de que exista una identidad parcial de «acciones» terminaría por restringir demasiado el ámbito de aplicación del concurso ideal, por ejemplo, negando la posibilidad de que puedan concurrir idealmente un delito de acción y uno de omisión, e incluso entre dos de omisión²⁴². Por otro lado, quienes asuman

²³⁸ BGH 3StR. 555/14, de 03.02.2015, citada por 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», pp. 62 s.

²³⁹ Con un caso distinto, pero también abandonando la idea de unidad de acción por identidad parcial, BGH 1StR. 535/17, de 22.01.2018, citada por 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», p. 66; con más referencias jurisprudenciales en ese sentido, *Vid.* PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 7, pp. 640 s.

²⁴⁰ Con más referencias, 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», pp. 96 s.; PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechenbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», pp. 2 s.; LA MISMA, «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 7, pp. 638 s., donde afirma, con cierto sarcasmo, «[p]odemos dejar tranquilamente el arte de realizar movimientos con distintas partes del cuerpo, que por cierto no tienen nada que ver entre sí, a los payasos de circo y a los cómicos de bofetadas» (traducción propia).

²⁴¹ Así también, aunque por razones distintas, VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, p. 17.

²⁴² Claramente, al respecto, PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 7, p. 640, refiriendo que ya se observan cambios en la jurisprudencia, aunque no en la doctrina, en el sentido de abandonar un criterio tan naturalista.

esta teoría se encuentran ante el problema irresoluble que les plantea la situación que se produce cuando deben «romper» el efecto abrazadera en casos en que el delito que funciona de enlace es más leve que aquellos que enlaza²⁴³. Asimismo, quienes solo admiten un tipo de identidad total entre las acciones típicas deberían descartar toda consideración del concurso ideal en las situaciones de efecto abrazadera, ya que se trata de escenarios de conexión necesariamente parciales. Además, una visión tan restrictiva del concurso ideal llevaría a desconocer los supuestos de heterogeneidad, en los que siempre habría elementos típicos que se encuentren en uno de los delitos que no estén presentes en el otro²⁴⁴. Por último, esta tesis tampoco sería determinante para casos de concurso ideal, como pretende ser, en tanto y en cuanto no serviría para distinguirlo especialmente de las situaciones de concurrencia medial²⁴⁵.

5.2.4 LA AFINIDAD O PARENTESCO DE LOS INJUSTOS

Esta tesis, desarrollada por Puppe, pretende huir de la distinción naturalística basada en la unidad o pluralidad de acciones proponiendo, a cambio, una interpretación normativa para llevar a cabo la diferenciación con base en la afinidad o parentesco de injustos (*Unrechtsverwandtschaft*). Así, no será la unidad de acción entre dos delitos la que determine la existencia de un concurso ideal, ni siquiera la coincidencia parcial de las acciones ejecutivas, sino la conexión a nivel de ilícito que exista entre ambos delitos. La unidad de acción en el sentido del concurso ideal, según esta comprensión, es la parte de un continuo que puede subsumirse bajo ese concepto, pero esa parte del continuo no es el punto de partida para la constitución del delito individual, sino su resultado²⁴⁶. La «misma acción» a la que hace referencia el §52 StGB debe ser

²⁴³ *Vid.* con más detalle infra 5.2.5.

²⁴⁴ Y si a ello se suma la adhesión a la tesis que descarta la posibilidad de concursos ideales homogéneos, el universo de casos de concursos ideales quedaría aún más reducido. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 441, termina por decir que «el concurso ideal parece referirse exclusivamente a la concurrencia entre infracciones en las que sólo una de ellas podrá consistir en la producción de un resultado. Todas las demás deberán poseer estructuras típicas de peligro, o consistir en la lesión de bienes ideales sin concreción material alguna, o configurar hipótesis de formas imperfectas de ejecución con delitos dolosos y delitos imprudentes».

²⁴⁵ Con más referencias, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1032 s.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 54.

²⁴⁶ PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 164. Considera que perseguir una unidad natural de acción *a priori* del delito es una «quimera conceptual» (*Vid.* LA MISMA, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 219 ss., 309).

entendida, según Puppe, en relación con ese elemento común, idéntico –completamente, y no solo parcialmente–, que emparenta ambos delitos²⁴⁷.

Puppe parte de dos principios normativos que deben regir toda la teoría de la concurrencia delictiva: la prohibición de doble valoración y el mandato de íntegra valoración²⁴⁸. Estos principios están orientados a establecer una pena proporcional a la culpabilidad y solo pueden determinarse en un análisis con referencia al injusto y la culpabilidad por los delitos concurrentes, y no al concepto de acción, fundamentalmente orientando sus críticas a la «fórmula» del RG en relación con el requisito de identidad total o parcial de las acciones ejecutivas²⁴⁹. En este sentido, se trata de una concepción que parte desde las consecuencias jurídicas hacia el interior de los conceptos dogmáticos y no al revés²⁵⁰, postura que se ve favorecida por el principio de absorción simple²⁵¹ que prevé el §52 StGB para los supuestos de concurso ideal, lo que impediría considerar una doble punición sobre el mismo elemento a desvalorar²⁵², donde incluye también situaciones que en España quedarían abarcadas por el concurso medial²⁵³.

Así, en el ejemplo de la estafa mediante la utilización de un documento falso, el concurso ideal no vendrá determinado porque el autor lo haya realizado *uno actu* sino porque entre ambos existe el elemento común del «engaño». De igual manera, entre las coacciones, las lesiones, el robo, el homicidio, el asesinato, etc., también habrá un parentesco de injusto determinado por el elemento de la «violencia» que le es común a todos²⁵⁴. En todos estos casos, aun

²⁴⁷ PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.^a ed., pp. 1975 s., nm. 34.

²⁴⁸ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 19 ss., 170 ss., 313 ss.; 355 ss.; LA MISMA, «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 7, pp. 637 s.; 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», pp. 81 s., menciona una serie de sentencias de USA en las que resuelven supuestos de concurrencia sobre la base de agrupar ciertos delitos semejantes para evitar una doble valoración (double counting).

²⁴⁹ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 263 ss.; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 147 ss.

²⁵⁰ Similar, GRECO, L./LEITE, A., «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», pp. 97 ss. Con más referencias, 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», pp. 64 s.

²⁵¹ La circunstancia de que venga –en cierta medida– limitado por el de combinación, no desvirtúa lo que aquí se pretende poner de relieve en consonancia con lo que destaca Puppe sobre ese punto, y es que pueda recorrerse todo el marco penal de la infracción más grave, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en España, que impone la aplicación en su mitad superior.

²⁵² PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 128 ss., 170 ss., 303; LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 151 ss.; LA MISMA, «NK-StGB §52», 4.^a ed., p. 1947, nm. 6.

²⁵³ PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.^a ed., p. 1975, nn.mm. 32 s.

²⁵⁴ PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 151 ss.; LA MISMA, «NK-StGB §52», 4.^a ed., p. 1974, nn.mm. 27 ss.

cuando no coincidan siquiera parcialmente las acciones ejecutivas, se entenderá que existe un concurso ideal.

La contracara de ello es que, aunque exista unidad de acción en sentido natural o bien cuando distintas acciones ejecutivas coincidan totalmente, si se trata de dos delitos que no tienen ninguna conexión normativa entre sí, se entenderá que existe un concurso real²⁵⁵. Según esta postura, en el ya mencionado ejemplo del que arroja una piedra contra una ventana del domicilio que, a su vez, impacta contra el dueño que se encontraba leyendo detrás de ella, el daño y las lesiones concurrirán realmente al no existir parentesco alguno entre ambos injustos²⁵⁶. Grosse-Wilde justifica la aplicación de penas individuales, esto es, la no aplicación de las reglas del concurso ideal, con base en un «método analítico de explicación», según el cual el daño a la propiedad, en tanto daño a la propiedad de otro y no daño a la propiedad *per se*, no está vinculado al delito contra la integridad física²⁵⁷. Dice Puppe, textualmente, en relación con otro ejemplo, «[s]i un conductor ilegítimamente transporta droga pasando la frontera con un vehículo ajeno y sin permiso de conducir, el hecho de que se trate de una y de la misma conducción del automóvil no es razón para reunir la conducción sin permiso y el delito de tráfico de drogas en una unidad»²⁵⁸.

Se ha criticado a esta tesis, por un lado, indicando que no se corresponde con el tenor literal de la ley en la medida en que ésta no hace ninguna referencia al parentesco que deba existir entre los delitos cometidos²⁵⁹; por otro lado, no podría considerar un concurso real en supuestos de homogeneidad, en tanto que aquí no se trata solamente de un parentesco sino de dos injustos idén-

²⁵⁵ PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 158 s.

²⁵⁶ PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 159, para el supuesto similar del daño y el homicidio cuando se agujerea la ropa de la víctima. De otra opinión, DEITERS, M., *Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit*, p. 105; KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», p. 105; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 93 s., considerándolo como un supuesto de concurso ideal; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 964 s., la tacha de «irreal».

²⁵⁷ Y ello con independencia de que el propietario de la ventana y la persona lesionada sea la misma persona o no (*Vid.* 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», p. 98 y nota 140).

²⁵⁸ PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», pp. 158 s.

²⁵⁹ EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 138 s.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 965; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, pp. 128 ss., refiere que no sería del todo incompatible con el primer párrafo del §52 StGB, ya que podría sostenerse que el concepto de «acción» al que se refiere debe ser interpretado en función del contenido de las leyes penales infringidas y considerar toda la conducta relevante para todos los delitos como un mismo acto; sin embargo, ello solo sería posible en concursos ideales heterogéneos, mas no en los homogéneos, pues si ella define el concepto de acción del §52 StGB como una unidad de conducta y resultado típico, sería una contradicción asumir que una acción puede violar la misma ley varias veces.

ticos. Es cierto que Puppe ha respondido a esta objeción indicando que además de la relación entre injustos también debe darse a través de los mismos hechos (*Sachverhalt*), y que se aplican aquí las reglas para la conformación de la unidad delictiva a través de la unidad de acción²⁶⁰. Sobre ello no se podría estar más de acuerdo con Puppe en esa formulación; de hecho, es lo que aquí se ha sostenido respecto de las lesiones a bienes no eminentemente personales, que sean homogéneos o semejantes entre sí²⁶¹; pero no tengo del todo claro que ello sea compatible con el postulado de su propia teoría²⁶², o bien, en todo caso, que aporte algo sustancialmente distinto al criterio de la doctrina dominante²⁶³.

Si bien cabe admitir una coherencia lógica en sus postulados, los fundamentos materiales, dogmáticos y político criminales no terminan de aportar ventajas sustanciales²⁶⁴, más allá de algún grupo de casos puntuales, sino más bien inconvenientes²⁶⁵. En este sentido, resulta difícilmente aceptable la propuesta de Puppe de considerar un concurso real cuando dos hechos se cometan a través de una misma acción, por tratarse de delitos no emparentados. Además, con su propuesta, el concurso ideal terminaría por abarcar prácticamente toda hipótesis de concurso de leyes, a excepción de la especialidad en virtud de una estricta relación lógico-formal²⁶⁶, incurriendo con ello en una amplitud punitiva²⁶⁷. Por otra parte, no hay que desatender la falta de seguridad jurídica que puede presentar una tesis como la del parentesco de injustos para determinar la concurrencia ideal²⁶⁸, cuya determinación conceptual terminaría siendo

²⁶⁰ PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.ª ed., pp. 1974 s., nm. 31.

²⁶¹ *Vid. supra* 1.1.2.

²⁶² Así, también, DEITERS, M., *Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit*, p. 106; EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 138.

²⁶³ Así, por ejemplo, Puppe también incluye el criterio de identidad temporal, si bien de modo «auxiliar» al de parentesco de injusto, que es el que justifica la concurrencia ideal (*Vid. PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.ª ed., p. 1977 s., nn.mm. 37 ss.*). En contra, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1052 s., nota 18, indica que la relación temporal es tan externa y casual como el elemento de la unidad de acción, de modo que no aporta ganancia alguna.

²⁶⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1052 s., nota 18. Esto es reconocido por la propia Puppe al indicar que no deben sobrestimarse las diferencias en los resultados con respecto a la doctrina dominante (*Vid. PUPPE, I., Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 307).

²⁶⁵ En contra de la mayoría de la doctrina, Grosse-Wilde defiende la tesis de Puppe apoyándose en decisiones de tribunales norteamericanos que han resuelto los casos de concurrencia delictiva con criterios semejantes (*Vid. 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», pp. 83 ss.*).

²⁶⁶ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 313 ss., 315, 355 ss.

²⁶⁷ Circunstancia que no es menor en España, debido al salto a la mitad superior del marco penal que implica el concurso ideal.

²⁶⁸ RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», pp. 9 s.; WERLE, G., *Die konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 139.

completamente ajena al ciudadano. Finalmente, el punto fuerte sobre el que asienta Puppe la fundamentación de su teoría, con base en la prohibición de doble valoración que garantizaría la regla penológica del §52 StGB, no puede sostenerse con una regulación que prevea una consecuencia algo más grave que en la unidad delictiva, como sucede con el artículo 77.2 CP español²⁶⁹. Incluso podría argumentarse que tampoco la regulación alemana del concurso ideal evitaría de modo completo una doble valoración, en la medida de que no se produce una absorción completa por parte de uno de los delitos, merced al principio de combinación²⁷⁰.

5.2.5 IDENTIDAD DE HECHOS POR EFECTO DE ABRAZADERA

Más cuestionado aun es el caso en que dos delitos que no tienen ninguna conexión en las acciones ejecutivas entre sí –esto es, que darían lugar a un concurso real entre ellos– puedan concurrir idealmente por la circunstancia de que exista un tercer delito que, al tener –este sí– coincidencias parciales con aquellos, haga de puente entre uno y otro para poder conectarlos²⁷¹. Esto es lo que se conoce como «efecto abrazadera»²⁷², por la traducción de la expresión alemana *klammerwirkung*, que pretende dar sentido metafórico a la circunstancia descripta. Este tercer delito enlaza, de esa manera, a los otros dos y puede establecerse una relación concursal de tipo ideal entre los tres, imponiéndose la pena de aquel. Ello se daría, por ejemplo, si durante una detención ilegal el autor golpea levemente a la víctima en un momento determinado, y al cabo de un tiempo la amenaza con matar a su hijo si no le dice dónde está el dinero. En ese caso, entre las lesiones y las amenazas no hay ninguna identidad, ni siquiera parcial, entre las acciones ejecutivas de ambos delitos, por lo que cabría apreciar un concurso real entre sí; sin embargo, cada uno de ellos sí

²⁶⁹ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 288.

²⁷⁰ Así, correctamente, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1094, explicando por qué estaría en mejores condiciones el autor de un delito continuado que el de un concurso ideal al no aplicársele la regla punitiva prevista para este último.

²⁷¹ EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 459. Crítica, PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 304 s., acusa a la doctrina dominante de ir en contra de los principios asumidos sobre la necesidad de una identidad parcial en las acciones ejecutivas para el concurso ideal, algo que en el efecto abrazadera se produce de forma ficticia, pues «una relación no transitiva, como la identidad parcial, no puede establecerse isomórficamente en una relación transitiva, como la identidad de la consecuencia jurídica asignada» (traducción propia). De igual manera en LA MISMA, «NK-StGB §52», 4.ª ed., p. 1979, nm. 41. Así, también, LIPPOLD, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten*, p. 31.

²⁷² Sin perjuicio de que aquí se utiliza el nombre más extendido en la bibliografía con el fin de no generar confusiones banales, sería más preciso hablar de efecto grapadora o de efecto corchete, ya que en español las abrazaderas tienen una forma circular para sujetar tubos o cables, ciñéndolos o rodeándolos.

que está en conexión de identidad parcial con el delito de detenciones ilegales, por lo que este funciona como conector de aquellos, permitiendo la consideración de un concurso ideal entre los tres.

Más allá de tratarse de una postura minoritaria en España²⁷³, hay que destacar que, incluso entre los autores que la aceptan, para que sea tenida en cuenta se exige que el delito «abrazante» sea el de mayor gravedad²⁷⁴, o al menos que exista una «igualdad de valor aproximada»²⁷⁵, para evitar que el autor pueda beneficiarse al sancionárselo por el delito menos grave de los tres cometidos²⁷⁶. Esa gravedad comparativa, asimismo, debe hacerse sobre la base de las penas concretas que cabría imponer a cada uno de los delitos, y no en una mera ponderación abstracta²⁷⁷. Por lo tanto, si el delito que sirve de unión resulta ser de menor gravedad se apreciará un concurso real²⁷⁸. Así, si modificamos el ejemplo anterior y, en lugar de cometer lesiones leves y amenazas, el autor durante la detención ilegal lesiona gravemente y luego mata a la víctima, la detención ilegal sería el delito más leve de los tres cometidos. Esta situación, según la jurisprudencia, operaría como una excepción a la teoría del «efecto abrazadera», impidiendo la aplicación de las reglas del concur-

²⁷³ CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», pp. 67 s. La rechazan, entre otros, CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», p. 360; GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 311; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 155. En Alemania es aceptada por la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina, aunque se ha ido restringiendo cada vez más su aplicación debido a los problemas que generan sus consecuencias en ciertos casos (Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 462); en contra de ella, entre otros, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 478 s.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1107; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 199 ss.; SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», núm. 1, p. 48.

²⁷⁴ KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, pp. 516 s.; SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», p. 467. PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechenbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 15, no solo la considera incoherente a esta solución, sino también arbitraria.

²⁷⁵ Por todos, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 461.

²⁷⁶ Esto podría darse en el supuesto de agresiones sexuales que se produzcan en el marco de un delito de prostitución coactiva del artículo 187.1 CP, como ha puesto de manifiesto POZUELO PÉREZ, L., «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», p. 216. El Tribunal Supremo alemán ha dicho que «si el delincuente ha infringido un delito más grave varias veces y, por lo tanto, merece varias penas, a partir de las cuales debe formarse una pena total, según el §74 [actual §53 StGB], su culpabilidad no puede reducirse por el hecho de que también haya infringido un delito menos grave» (Vid. BGHSt 2, 246–248–, cita en EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 462 –traducción propia–).

²⁷⁷ Vid., con referencias jurisprudenciales, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 465 ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 777; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 977.

²⁷⁸ STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 846, nm. 17, con citas del BGH en ese sentido.

so ideal en esos casos²⁷⁹. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia alemana fue interpretando este requisito de una forma muy restrictiva, indicando que esa «igualdad de valor aproximada» no debía exigirse respecto de todos los delitos abrazados, sino que bastaba con que se dé con uno solo de ellos, lo que llevó a una parte de la doctrina a criticarla, porque implicaba una ampliación significativa en la aplicación del «efecto abrazadera»²⁸⁰.

Sin embargo, se ha dicho que la solución del concurso real para estos casos supondría, por un lado, que el delito abrazante deba ser considerado cometido en varias acciones independientes cuando lo fue solo a través de una misma acción²⁸¹, es decir, concurso real entre las detenciones ilegales, las lesiones graves y el homicidio, cuando las detenciones ilegales se dieron en unidad de acción con cada uno de ellos; o bien, por el otro, se vincularía exclusivamente a uno de los dos delitos que abraza²⁸², dejando sin valorar la concurrencia en unidad de acción que se da con el restante²⁸³. Por ejemplo, si se considera el concurso ideal entre las detenciones ilegales y las lesiones, y éstos en concurso real con el homicidio, o al revés. Para esos casos, Jakobs ha propuesto que se fije primero la pena según las reglas del concurso real para los delitos entre sí independientes, determinando después la pena con la infracción que los abrace según las reglas del concurso ideal²⁸⁴.

²⁷⁹ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 280 s., está de acuerdo con ella, aunque, a diferencia de la doctrina dominante, no la ve como una «excepción» del efecto de enlace, sino como una consecuencia lógica si se parte, como él, desde un punto de vista de las consecuencias jurídicas para determinar la distinción entre unidad y pluralidad de acciones.

²⁸⁰ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 976. En contra, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 475 ss., cuestiona que efectivamente se produzca una ventaja para el autor en las consecuencias jurídicas, al poner de relieve cuál sería la pena de no producirse el efecto abrazadera, indicando que ese beneficio podría producirse solo en el caso en que el delito abrazante sea menor que todos los demás delitos abrazados, no así, sin embargo, si lo es respecto de solo uno de ellos.

²⁸¹ Es lo que se denomina «teoría del desmembramiento» (*Zergliederungstheorie*) o «solución del desmembramiento» (*Zergliederungslösung*) (Vid. LIPPOLD, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten*, pp. 33 s., 47 ss.). Sin hacer mención al efecto abrazadera ni a su desmembramiento, POZUELO PÉREZ, L., «La agresión sexual en autoría mediata. Proxetas, clientes y violación de personas prostituidas», pp. 222 ss., resuelve también como concurso real el supuesto en que se produce una agresión sexual (artículo 178 CP) a una víctima de prostitución coactiva (artículo 187.1 CP).

²⁸² Esto ocurriría en el supuesto de «abrazamiento parcial» (*Teilklammerung*) (Vid. LIPPOLD, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten*, pp. 47 ss.).

²⁸³ Así, considerándola una situación dilemática, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1105 ss.; similar, LIPPOLD, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten*, pp. 30 ss.; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, pp. 157 ss. En cambio, PUPPE, I., «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 156; LA MISMA, «NK-StGB §52», 4.ª ed., p. 1979, nm. 43, refiere que se trata de una formulación intrínsecamente contradictoria de la pena.

²⁸⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1107. Solución que Stratenwerth observa como la más practicable (Vid. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I*, p. 462).

En el año 2015 el BGH abandonó la fórmula del efecto abrazadera, al menos para los delitos de organización²⁸⁵, aplicación que venía siendo criticada especialmente por la doctrina²⁸⁶.

Esta forma de construir el concurso ideal es un derivado de la que veíamos anteriormente, referida a la necesidad de contar con una identidad al menos parcial entre las acciones ejecutivas, ya que el presupuesto del que se parte sigue siendo el mismo. La diferencia viene dada por la extensión de sus efectos a delitos cuyas realizaciones no se encuentran conectadas por aquella identidad. Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar que es incoherente sostener ambos criterios para aplicar las reglas del concurso ideal²⁸⁷.

Grosse-Wilde aporta una justificación diferente del efecto de abrazadera, en el sentido de que podría tratarse de otro supuesto de parentesco de injustos²⁸⁸, teoría que defiende, como se vio en el apartado anterior. Considera que la relación que se produce en los tipos penales no debe ser tomada en abstracto sino en el caso concreto, de acuerdo con criterios de causalidad, en tanto y en cuanto uno de los delitos puede entenderse como un efecto culpable (*verschuldeten Auswirkungen der Tat*) del otro que regula el §46.2 StGB²⁸⁹. Esto le lleva a considerar como un concurso ideal el caso del autor que roba el medicamento necesario para la vida de una persona (§242 StGB), cuya falta le produce graves deterioros en la salud o incluso una muerte imprudente (§229, §222 StGB), porque, aunque en abstracto no tengan relación ambos injustos, en el caso concreto esa relación viene dada por la «forma de la causalidad» en que se relacionan ambos delitos²⁹⁰. Esta forma de entender el parentesco de injustos para considerar de aplicación las reglas del concurso ideal implicaría también llevar hacia ese ámbito todos los supuestos de concurso medial, como queda explicitado también al reconocer la misma consecuencia en supuestos de multiplicidad de acciones²⁹¹.

²⁸⁵ BGH NSiZ 2016, 464, 466, cita en PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 16, nota 47.

²⁸⁶ MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, pp. 572 s.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 976 s.

²⁸⁷ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 204; LA MISMA, «NK-StGB §52», 4.^a ed., p. 1979, nm. 43.

²⁸⁸ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 206 ss., 306 s.

²⁸⁹ 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», pp. 98 ss.

²⁹⁰ 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», p. 100.

²⁹¹ GROSSE-WILDE, T., «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirkli-

Si lo que se pretende es que las situaciones que se identifican aquí puedan ser abarcadas por las reglas del concurso ideal y no del concurso real, hay que conceder a la teoría del parentesco de injustos una explicación más razonable a tales fines que aquella que aporta la doctrina dominante en virtud de un cuestionable efecto abrazadera²⁹², fundamentalmente en la innecesariedad de tener que recurrir a una, todavía más discutible, «solución de desmembramiento» para aplicar el concurso real cuando el delito abrazante sea más leve en supuestos que no exista ese parentesco de injustos²⁹³.

Sin embargo, como fuera ya anticipado, muchas de las construcciones teóricas que se han desarrollado en Alemania, ya sea para diferenciar situaciones de concurrencia delictiva de situaciones de unidad delictiva, como para diferenciar entre concurso ideal y real, tienen su razón de ser en una forma estrecha de ver la unidad de hecho, fomentada por la regulación que tiene el §52 StGB, y la interpretación literal de él en cuanto refiere a la infracción de más de una ley penal a través de «la misma acción» (*dieselbe Handlung*)²⁹⁴.

Si nos despojamos, en cambio, de un criterio tan apegado a los naturalismos observamos que varios de los inconvenientes asociados a cada una de ellas desaparecen o, al menos, se minimizan. Así, si nos centramos en establecer criterios que permitan entender que estamos frente a un solo «hecho», con independencia de la cantidad de acciones naturales que en él se realicen y, por lo tanto, de la coincidencia total o parcial entre ellas, podemos emprender una salida a este embrollo. Esta alternativa quizás sea más difícil de asumir en una regulación como la alemana; sin embargo, en España viene favorecida por la referencia a la unidad de hecho que realiza el Código Penal, que permite orientar una comprensión del suceso con un marcado carácter normativo.

Así, en las situaciones analizadas bajo el «efecto de abrazadera» no habría ningún inconveniente en identificar a todos los delitos concurrentes como integrantes de un mismo hecho, sin entrar a considerar cuáles de las acciones que lo integran están parcialmente conectadas. En consecuencia, el delito más grave será el que fije el submarco penal que habrá de tener en cuenta el juez para determinar la pena concursal final, sin perjuicio de cuál sea la forma en que están conectados. Con ello se evita el problema al que debe enfrentarse la doctrina dominante en supuestos en que el delito que enlaza es más leve que

chungen», pp. 107 ss.; sin embargo, *Vid.* pp. 114 s., y nota 195 y p. 115 y nota 200.

²⁹² Así, también, WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 127 s., quien, pese a ser muy crítico con la teoría del «parentesco de injustos» de Puppe, le reconoce que permite un tratamiento más adecuado que el de la doctrina dominante en los casos de «efecto abrazadera».

²⁹³ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 206 s.

²⁹⁴ *Vid.* supra 5.2.1.

los delitos abrazados, cuya salida en virtud de un «desmembramiento» es, con razón, criticada por incoherente. Se llega así a una solución similar a la teoría del parentesco de injustos en este punto, pero con una fundamentación diferente que evita los problemas que ya fueron expuestos.

5.2.6 LA DIFERENCIACIÓN EN LA IMPRUDENCIA Y EN LA OMISIÓN

Antes de adentrarnos en la diferenciación entre modalidades concursales en los delitos imprudentes, debemos asegurarnos que estamos en presencia de una situación de concurrencia delictiva y no, por el contrario, en una de unidad delictiva. En cualquier caso, todo lo que aquí se diga corre con independencia de la ubicación sistemática que se le dé a la imprudencia²⁹⁵.

En principio, la pluralidad delictiva viene dada, en los delitos imprudentes de resultado, por las múltiples causaciones de los resultados lesivos a diversos titulares de los bienes jurídicos que correspondan. Ahora bien, de igual manera que ocurre en los delitos dolosos²⁹⁶, también aquí dependerá de si se trata de bienes eminentemente personales o no. Si bien la mayoría de los delitos imprudentes están previstos para lesiones a ese tipo de bienes jurídicos, hay situaciones en las que no, y, en esos casos, la pluralidad de víctimas no determinará *per se* la pluralidad delictiva²⁹⁷. Por ejemplo: un empleado de la construcción está haciendo uso de una grúa cuando, debido a una distracción por mirar el móvil, pierde el control del mando y destruye tres automóviles de alta gama que se encontraban aparcados en las inmediaciones (arts. 263 y 267 CP). En este caso, la pluralidad de víctimas no obsta a la consideración de una unidad delictiva, y, sin embargo, la situación sería distinta si, variando el ejemplo, los propietarios se encontraban dentro de los vehículos en el momento de la colisión y resultaban lesionados. En esta situación, las lesiones concurren idealmente, puesto que existe una única conducta imprudente con una pluralidad de resultados «lesivos de bienes eminentemente personales» que afectan a distintos titulares de dichos bienes.

Por otro lado, de darse un único resultado lesivo se tratará de un solo delito, con independencia de la pluralidad de infracciones a la norma objetiva

²⁹⁵ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 110. Sobre esa discusión, en profundidad, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, pp. 11 ss.

²⁹⁶ HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, pp. 166 ss., nota 7, indica que no hay ninguna razón para distinguir si la acción fue dolosa o imprudente en la discusión sobre la importancia de la identidad de acción para la unidad delictiva.

²⁹⁷ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 111.

de cuidado en un mismo contexto²⁹⁸, como así también si la pluralidad de lesiones afecta a la misma persona, siempre y cuando se trate del mismo delito²⁹⁹. Así, por ejemplo, el médico que, de forma contraria a la *lex artis*, primero se demora demasiado en la atención de un paciente que conllevó la necesidad de una intervención quirúrgica, en la cual, también de forma contraria a la *lex artis*, se olvida de esterilizar parte del instrumental, lo que produce una infección en el paciente que fallece unos días después, comete un solo delito de homicidio por imprudencia grave (art. 142.1, párrafo 4.º, CP), siendo indiferente si las infracciones a las normas de cuidado se produjeron simultáneamente o en tramos sucesivos. La identidad de contexto permite, en este caso, asumir una unidad de hecho cuya consecuencia es la unidad delictiva debido a que se da un solo resultado lesivo hacia la misma víctima.

Si se da una pluralidad de resultados, en cambio, habrá que determinar si el autor tuvo la posibilidad de cumplir con la norma entre la ocurrencia de cada uno de ellos³⁰⁰. Ello sucedería, por ejemplo, si un conductor embiste a una persona al atravesar un semáforo en rojo y un kilómetro más adelante choca un automóvil debido al exceso de velocidad con el que conducía, se tratará de un concurso real, puesto que podría haber cumplido la norma de cuidado aun luego de haberla infringido previamente. Por el contrario, si luego de embestir al peatón pierde el control del coche que, de manera inevitable, se dirige contra la acera en donde estaba sentada otra persona, que también pierde la vida, habrá una unidad de hecho, por lo tanto, dos homicidios imprudentes en concurso ideal³⁰¹. Es decir, dada la situación de pluralidad delictiva, la distinción entre concurso ideal y concurso real se determinará

²⁹⁸ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 962.

²⁹⁹ En este sentido, se ha dicho que si como consecuencia de la realización de un tipo de peligro se produce la muerte, lesión o daños, la consecuencia lógica sería la del concurso ideal, puesto que se trata de dos delitos distintos, uno de peligro y otro de resultado (Vid. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, p. 148).

³⁰⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», p. 171; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1028; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 768; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 47, nm. 62; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 962; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 822 s., nm 28b.; VÖGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 16, nm. 42.

³⁰¹ Esta resolución se asume sin matices por la mayoría de la doctrina utilizando un caso muy similar al que aquí se indicó (vid., por todos, STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 822 s., nm 28b.). Aunque considero correcto el argumento, creo que habría que hacer una disquisición respecto del segundo delito que se imputa, puesto que al tratarse de una situación inevitable –así se plantea– podría cuestionarse la imputación con base en el principio de culpabilidad, del cual surge la necesidad de una vinculación subjetiva entre el hecho su autor (Vid. PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho penal (III)», pp. 95 s.). Sin embargo, creo que sigue siendo atribuible el resultado típico a la acción que desencadena el accidente, en virtud de una imputación extraordinaria como es la de la *actio libera in causa* (Vid. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho penal*, pp. 35 ss., 157 ss.), sin que ello implique volver al viejo principio de origen medieval *versari in re illicita* (vid., MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 310 ss.).

teniendo en cuenta si las distintas lesiones se produjeron como consecuencia de una única infracción al deber objetivo de cuidado, o bien de varias infracciones independientes entre sí³⁰².

Por el contrario, están quienes consideran que los delitos imprudentes se agotan en el desvalor de acción consistente en la infracción del deber objetivo de cuidado, por lo que la pluralidad o no de delitos vendría determinada exclusivamente por la cantidad de infracciones que se produzcan a la norma correspondiente. Con ello, carecería de aplicabilidad a este respecto la regla del concurso ideal en los delitos imprudentes³⁰³, puesto que, o bien hay una infracción y, por tanto, unidad delictiva, o bien hay varias infracciones y, por tanto, concurso real. Esto puede deberse, aunque no necesariamente, a la comprensión de los delitos imprudentes como «crimen culpae», es decir, a la idea de que hay un único delito imprudente que puede aplicarse a cualquier figura delictiva con independencia de las particularidades que requieran los tipos penales en cuestión, por oposición a la de «crimina culposa», consistente en reconocer en la imprudencia una forma de llevar a cabo un delito específico que, a su vez, admite una forma dolosa de comisión³⁰⁴. En realidad, detrás de esta construcción no parece haber razones de índole dogmáticas, sino más bien razones de política criminal, derivadas de la gravedad de las penas que deberían imponerse a delitos imprudentes de aplicarse las reglas concursales³⁰⁵.

No obstante, por fuera de esa interpretación global en torno a los delitos imprudentes, hay algunos autores que distinguen junto a los mencionados delitos imprudentes de resultado si se trata de delitos imprudentes de mera actividad. En éstos, la distinción entre unidad o pluralidad de hechos a los efectos de la aplicación de un concurso ideal o real se determina teniendo en cuenta si el autor, entre cada una de las infracciones, estuvo en condiciones de cumplirlos de forma independiente o no³⁰⁶. Por ejemplo, al médico de una delegación de deportistas que le suministra a un competidor dos medicamentos, los cuales habían sido recientemente prohibidos por la federación correspondiente, situación que el médico desconocía, aunque le bastaba con consultar la actualización publicada por la federación para salir del error (arts. 360 y 367 CP), bajo esta comprensión se le deberían imputar los dos delitos en concurso real.

³⁰² SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 139.

³⁰³ CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», p. 351; VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, p. 21.

³⁰⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1028. Sobre esta distinción, TORÍO LÓPEZ, Á., «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», pp. 67 ss.

³⁰⁵ CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, pp. 192 s.

³⁰⁶ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Traatado de Derecho Penal*, pp. 768 s.; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 48, nm. 62; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 962.

La razonabilidad de la solución puede ponerse en cuestión, ya que la posibilidad de cumplir con las normas de forma independiente no parece ser un argumento suficiente para determinar, sin un salto lógico, la pluralidad de hechos a efectos del concurso real. Por otra parte, ubicaría en mejores condiciones al autor doloso que al autor imprudente, en la medida que aquel se vería favorecido de la aplicación de las reglas del concurso ideal mientras que este no, cuando ambos se encontraban en condiciones de cumplir con lo que indica la norma de forma independiente.

Por último, cabe mencionar la discusión que existe en el momento de aceptar o no la posibilidad de una concurrencia ideal entre delitos imprudentes y delitos dolosos. Está claro que no hay ningún impedimento para que ello ocurra en supuestos de concurso real, y que cada conducta, independientes entre sí, puede tener características completamente distintas respecto de la otra. En cambio, la situación es más oscura en los supuestos de concurso ideal. Así, Köhler considera una contradicción interna suponer que una misma infracción pueda ser simultáneamente dolosa e imprudente, puesto que ambos conceptos se excluyen mutuamente y, por lo tanto, no pueden coexistir en una misma acción³⁰⁷. A esta tesis, que puede considerarse doctrina dominante³⁰⁸, se le opone otra que no encuentra razones de peso para limitar la aplicación del concurso ideal a estos casos³⁰⁹, lo cual me parece más correcto. Así, por ejemplo, en los casos de *aberratio ictus*, se trate de dos bienes jurídicos homogéneos o heterogéneos, el error en el golpe se considera mayoritariamente relevante aplicando un concurso ideal entre una tentativa dolosa y un delito imprudente consumado³¹⁰. También cabe suponer un concurso ideal entre las lesiones dolosas del artículo 147 CP y las lesiones graves imprudentes del artículo 152.1, 2.º y 3.º CP o 152.2 CP cuando, respecto del resultado que califica las lesiones en los artículos 149 CP y 150 CP, hubo un error vencible³¹¹.

³⁰⁷ KÖHLER, A., *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, p. 38. Sin embargo, pese a la rotundidad de la afirmación, unas oraciones antes sostuvo, con cita de Binding en el mismo sentido, que un delito imprudente también puede estar en concurso ideal con uno doloso.

³⁰⁸ Por todos, PUPPE, I., «NK-StGB §52», 1.ª ed., p. 25, nm. 56.

³⁰⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1028 s.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1103; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 215.

³¹⁰ Por todos, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 335 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., pp. 285 s.; PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», pp. 850 s., nn.mm. 6987 ss. En cambio, otro sector doctrinario considera irrelevante a este tipo de errores y, al igual que ocurre con los supuestos de *error in objecto* o *error in personam*, entienden que debe imputarse el homicidio consumado (así, BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 331 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 154 s.).

³¹¹ De otra opinión, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 282, considera que en ambos casos, sea vencible o invencible, el error impide la apreciación de la agravante.

Una discusión similar a la de los delitos imprudentes se da respecto de los delitos de omisión. Vuelve a ser imperioso aquí también mencionar que antes de entrar a descifrar si se da una unidad o pluralidad de hechos omisivos, para determinar la regla concursal aplicable, previamente hay que identificar si se trata de un supuesto de concurrencia delictiva o de unidad delictiva. En palabras de Nino: «una cosa son las condiciones que determinan la existencia de una situación concursal de cualquier índole –podemos llamarlas ‘presupuestos del concurso’–, y otra muy distinta son las condiciones que hacen que esa situación concursal se trate normativamente de un modo u otro –podrían ser denominadas ‘determinantes del concurso’–»³¹². En este sentido, la lógica aplicable sigue siendo la misma³¹³. En la medida en que se trate de afectaciones a bienes eminentemente personales de distintas víctimas, o la afectación de bienes no eminentemente personales que no tengan ningún tipo de semejanza, puede afirmarse la concurrencia delictiva y la discusión en torno a la unidad y pluralidad de omisiones será funcional a la aplicación de la regla concursal correspondiente. Si las consecuencias de la infracción del mandato producen lesiones a bienes no eminentemente personales iguales o similares, o a bienes eminentemente personales de una sola víctima, la cantidad de omisiones computables será funcional a la distinción entre unidad delictiva y concurso real. En consecuencia, la unidad de omisión determinará, o bien un concurso ideal o bien un solo delito, intensificado cuantitativamente, dependiendo de la clase del bien jurídico afectado y la cantidad de víctimas afectadas³¹⁴.

La visión clásica indica que, si la omisión viene determinada por la infracción de un mandato que está asociado a un deber jurídico dimanante de la norma en cuestión, la unidad o pluralidad delictiva se decidirá según se vulnere uno o más de esos mandatos, respectivamente. Sin embargo, esta última situación sería incompatible con una modalidad de concurrencia ideal, debido a que «[a] cada tipo omisivo corresponderá, como puro reflejo, su respectivo sustrato, en el que la falta de toda base óptica impedirá que se produzca una unidad naturalística con los sustratos de otras infracciones»³¹⁵. Esta apreciación, muy extendida en la ciencia penal de mediados del siglo pasado, se sostiene, o bien por considerar que no existe un mismo plano ontológico en el que puedan situarse la acción y la omisión, o bien por entender que no hay causa-

³¹² NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guer-si” y “Pitchon”», p. 242.

³¹³ *Vid. supra* 1.1.2 e *infra* 5.2.7.

³¹⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1088.

³¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 441; VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, p. 19.

lidad en esta última, lo que impediría que haya una actividad externamente perceptible por parte del autor³¹⁶. Sin embargo, los presupuestos de esta tesis se han puesto en duda a partir de entonces.

Antes de ello, es importante poner de relieve las particularidades que presentan los delitos de omisión en materia de concurrencia delictiva, puesto que las dificultades que fueron expuestas a la hora de identificar acciones, lejos de disminuir, se incrementan en estos contextos delictivos, en la medida en que, en primer lugar, resulta menos claro cuándo se produce «un» comportamiento omisivo, y, en segundo lugar, los criterios para aislar o no esas omisiones presentan particularidades algo más complejas que no se dan en la comisión. En este sentido, Struensee sostiene que en el ámbito de las omisiones se produce un fenómeno especial, puesto que casi en cada momento una persona tiene abiertas varias posibilidades de acción, que puede utilizar alternativamente, pero no de forma acumulativa, lo cual implica que puede omitir más acciones posibles de las que puede realizar, y, dado que tales acciones son necesarias en cada caso, se plantea la cuestión de si la omisión en tales supuestos genera problemas concursales³¹⁷. En definitiva, de lo que se trata es de descifrar qué debe entenderse por un mismo hecho en el ámbito de las omisiones³¹⁸.

Para ello se ha intentado ubicar la discusión en torno a los delitos de omisión dentro de la fórmula establecida por el RG en relación con la identidad total o parcial de las acciones ejecutivas para considerar la aplicación de un concurso ideal³¹⁹, es decir, de una unidad de acción (aquí, de omisión). En este sentido, habrá unidad de omisión cuando los actos exigidos sean idénticos y los diversos mandatos solo puedan realizarse con una misma acción, y habrá pluralidad de omisiones si, para cumplir con los mandatos, debían realizarse varias acciones, es decir, si las normas infringidas solo podían o debían cumplirse de forma independiente unas de las otras³²⁰. La cuestión suscita más

³¹⁶ Ambas posiciones son referenciadas por MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 106. Respecto de la visión naturalística en torno a la unidad de acción que impediría un concurso ideal entre delitos de omisión, como así también entre un delito de omisión y otro de comisión, críticamente, PUPPE, I., «Die Lehre von der Tateinheit», núm. 7, pp. 638, 640.

³¹⁷ STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, p. 37.

³¹⁸ STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, p. 46.

³¹⁹ *Vid. supra* 5.2.3.

³²⁰ BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, pp. 580 s.; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 262; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, pp. 249 ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 769; KÖHLER, A., *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, p. 36; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 107; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 738 s.; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», p. 16, nm. 40; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 822, nm. 28; VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 15, nm. 39. Haciéndolo depender de que la intención de no actuar sea

dudas cuando las distintas acciones requeridas podrían haber sido realizadas –alternativamente– de ambas modalidades, tanto simultánea como independientemente³²¹. Pensemos en el siguiente ejemplo: un socorrista advierte que dos niños se están ahogando; dada la distancia a la que se encuentran podría socorrerlos de dos formas distintas: o bien sucesivamente metiéndose en el agua para sacarlos personalmente, o bien conjuntamente arrojándoles un salvavidas para que se aferren a él y así traerlos hacia la orilla tirando de la cuerda. En caso de omitir cualquiera de las dos acciones alternativas, ¿debería considerarse que las omisiones ocurren en unidad o en pluralidad de hechos?

Un sector de la doctrina considera que deben tenerse en cuenta las acciones que hipotéticamente el autor podría haber realizado³²², por lo que, siendo posible el cumplimiento de ambos deberes de forma independiente, hay que considerar que se da una pluralidad de omisiones³²³. Sin embargo, ello implicaría asumir, dentro dos hipótesis posibles, la que es más perjudicial para el autor sin una razón de peso que lo justifique³²⁴. Por otra parte, el autor que omite sus deberes pudiendo cumplirlos con un solo acto parece estar en mejores condiciones que quien debe realizar dos acciones sucesivas para cumplir con esos mandatos, y, en consecuencia, su comportamiento debería suponer un mayor reproche. Por lo tanto, la aplicación del concurso real para el primer caso no se podría justificar en razón de un presunto mayor desvalor³²⁵. En estos casos, en cambio, parece razonable sostener una interpretación *favor rei*, que implica considerar la aplicación de las reglas del concurso ideal cuando el autor podría haber cumplido con todos los mandatos con una única acción o bien con varias sucesivamente³²⁶, siempre y cuando la primera de las modali-

manifestada de alguna manera, BAUMGARTEN, A., «Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz», pp. 60 ss.

³²¹ Sobre las distintas posiciones al respecto, *Vid.* STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, pp. 50 ss.

³²² Por todos, RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», pp. 91 s., nm. 13.

³²³ Considera que esta es la opinión dominante en la doctrina, y probablemente también en la jurisprudencia, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 342 s.; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1087; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 47, nm. 60; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 961. De otra opinión, NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», pp. 251 s., quien afirma que la mera posibilidad de cumplimiento mediante una única acción es suficiente para que la omisión sea única; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», p. 16, nm. 40.

³²⁴ Por lo demás, una interpretación de los hechos –hipotéticos– así realizada, *in malam partem*, supondría una vulneración del principio de legalidad en su vertiente de *lex stricta* o bien una vulneración del *in dubio pro reo*.

³²⁵ Así, claramente, SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», p. 16, nm. 40. Distinto sería el caso si ambas omisiones están independizadas de una forma tal que no pueda vincularse las contextualmente de ninguna manera, esto es, en una situación clara de concurrencia real.

³²⁶ EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 343, considera que la posición contraria implica una restricción que coloca al autor de omisión en clara desventaja frente al autor de comisión, ámbito

dades no se haya tornado de imposible cumplimiento por el acaecimiento de uno de los resultados lesivos³²⁷. En nuestro ejemplo, ello ocurriría cuando uno de los niños ya haya muerto, puesto que a partir de ese momento la acción requerida se independiza completamente de la otra, en la medida que una todavía es de posible realización mientras que la otra ya no lo es. Si, pese a tener la capacidad de ir a rescatar al segundo niño, continúa sin hacer nada, ambos delitos concurrirán realmente.

Se ha dicho que en los delitos de omisión impropia puede establecerse una valoración de «unidad de omisión» a partir de su relación con los resultados lesivos que se producen. En este sentido, si una misma omisión no evita la realización de dos resultados distintos, sin que el autor pueda evitar solo uno de ellos, sino, en todo caso, ambos, se puede considerar que estamos en presencia de un concurso ideal, debido a que el autor ya no es libre de elegir entre salvar un bien y renunciar al otro, sino que está en una situación de «todo o nada»³²⁸. Por ejemplo, si una madre observa pasivamente cómo se va a caer una roca donde se encuentran jugando sus dos hijos, cuyo resultado con toda seguridad será la muerte de uno y las lesiones de otro, se le pueden imputar en concurso ideal el homicidio y las lesiones si la evitación de ambos resultados era posible con una única acción. En cambio, si la madre podía proteger al otro hijo de las lesiones luego de la muerte del primero, y tampoco lo hace, las omisiones de sus deberes de actuación se desvaloran bajo la regla del concurso real³²⁹.

Distinto es el supuesto que se conoce bajo el tópico de colisión de deberes, en los cuales el autor solo está en condiciones de cumplir con uno de ellos, alternativamente, y no con ambos. En estos casos, si el autor incumple ambos deberes no se genera una situación de concurrencia delictiva³³⁰, puesto que las posibilidades reales de salvamento solo estaban presentes para alguno de ambos bienes jurídicos en liza, por lo que solo podría imputársele uno de ellos y no ambos³³¹. En pocas palabras, se trata de un supuesto de unidad delictiva.

donde nadie formula una restricción semejante.

³²⁷ EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 341 s.; NINO, C. S., «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», pp. 251 s.; STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, p. 49.

³²⁸ RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 47, nm. 60.

³²⁹ El ejemplo está tomado de MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 107. En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», p. 171; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 769; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 141.

³³⁰ STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, pp. 37, 45.

³³¹ Esta solución, y tantas otras vinculadas a la colisión de deberes, es discutida en la doctrina (*Vid.* CANTARD, N., «Situaciones de necesidad y comunidad de peligro», pp. 130 ss.). Sobre el tema, fundamental, COCA VILA, I., *La colisión de deberes en Derecho penal*.

Hay que mencionar que la doctrina dominante entiende que no cabe distinguir entre delitos de omisión propia e impropia a la hora de determinar la unidad o pluralidad de omisiones, sino que cabe aplicar las mismas reglas en ambas modalidades³³². En este sentido, la clave está en determinar si el autor solo podía cumplir con los mandatos de forma independiente o si solo era posible hacerlo con una misma acción. En este último caso, se dará un concurso ideal de delitos, y, en el primero, un concurso real. No obstante, aquí cabe hacer de nuevo la aclaración de que la posibilidad de cumplimiento sucesivo no debe haber sido solo hipotética, sino real³³³. Sin embargo, esto es cuestionado por un sector de la doctrina que considera imposible una unidad de omisión en los delitos de omisión pura, con base en que la lógica de los delitos de mera actividad (aquí, de mera omisión)³³⁴ impide que dos infracciones de ese tipo cumplan con el requisito de identidad³³⁵. Empero, ese supuesto impedimento no se observa tan claramente. Es fácilmente rebatible en supuestos de afectación a bienes eminentemente personales, por ejemplo, si un transeúnte observa que dos accidentados requieren de ayuda médica y basta con hacer un llamado a la ambulancia para cumplir con ambos deberes y no lo hace (art. 195.2 CP). También se ha considerado como concurso ideal el abandono de dos menores de edad por parte del único progenitor a cargo (art. 229.1 CP)³³⁶.

³³² Por todos, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 961; STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, pp. 54 ss. De otra opinión, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 141 s., 156.

³³³ De otra opinión, RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 47, nm. 61; VÖGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 16, nm. 41, quienes, siguiendo a Blei, indican que existe una pluralidad de acciones si el autor no presta asistencia a dos víctimas de accidentes, aunque podría haberla prestado una tras otra. Dicho así, pareciera que la asistencia conjunta también era posible, por lo que asumir una pluralidad de acciones (omisiones) vuelve a resultar una interpretación contra reo injustificada. Distinto sería el caso si, en un momento determinado, se considera consumado el delito respecto de ella, por ejemplo, porque la inmediata intervención de una tercera persona evita que la situación se agrave (así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código penal*, pp. 159 s., 283), y aun así se mantiene sin prestarle ayuda a la víctima restante.

³³⁴ Se puede considerar dominante la doctrina que ve a los delitos de omisión pura como un reverso de los de mera actividad, *vid.*, por todos, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 652; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 321; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código penal*, p. 158. De otra opinión, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 761.

³³⁵ MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 108 s.

³³⁶ AP Vizcaya, de la que da cuenta la STS 778/2022, de 22 de septiembre. No está lo suficientemente claro si el bien jurídico detrás de estos delitos puede calificarse como uno eminentemente personal o no (*Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, pp. 353 s., refiere que lo que se protege es la «seguridad material» que deriva de las relaciones familiares), pero, lo cierto es que, en el fondo, se protegen bienes que sí lo son como «la vida, la salud, la integridad física, la libertad, la libertad sexual, la afectividad, la adecuada educación y formación y las necesidades económicas del menor o persona con discapacidad» (*Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F./CANTARD, N., «Abandono de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección», p. 1266, nm. 10582).

Luego de todo lo expuesto, puede verse como, una vez más, el debate se ve ensuciado por razones que obedecen a la necesidad de adaptar los diferentes criterios de distinción entre una situación y otra al concepto de unidad de acción que ha marcado el desarrollo de toda la teoría concursal en Alemania. Sin embargo, al igual que se mencionase anteriormente para los delitos dolosos de comisión, también en estos casos resulta de importancia la distinción entre los conceptos de acciones (omisiones) y hechos, puesto que muchas de las intrincadas discusiones que aquí se reflejaron en orden a la delimitación de la unidad y pluralidad de omisiones pueden verse satisfechas gracias a un concepto más generoso como el de «hecho». Con ello, algunas de las situaciones más complejas, como aquellas que reúnen en un mismo acontecimiento comportamientos activos y omisivos (piénsese, por ejemplo, en los delitos permanentes y en las tentativas inacabadas), pueden unificarse de conformidad con el criterio de unidad de hecho con base en la unidad natural de «comportamiento», sea este comisivo, omisivo o mixto³³⁷. Además, teniendo en cuenta que una parte importante de la doctrina rechaza la posibilidad de un concurso ideal entre delitos de acción y omisión, con base en que ambas modalidades de comportamiento no pueden coincidir ni siquiera parcialmente, sino solo en el tiempo³³⁸, nuevamente el concepto de hecho favorece sin fisuras el tratamiento de un concurso ideal en estos supuestos, cuya aceptación es también defendida por una parte considerable de la doctrina³³⁹, a mi entender, correctamente, y ya ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán³⁴⁰. Por otra parte, la mención a la unidad de hecho evita tener que echar mano de un «principio de inversión»³⁴¹ que permita aplicar la regla del concurso ideal cuando no hay ninguna «acción», como reclama el § 52 StGB.

³³⁷ Similar, EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, p. 344; HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. I, p. 251; MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 114.

³³⁸ RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 92, nm. 13; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 157.

³³⁹ BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, p. 580; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1088; MANNZEN, W., «Zur Theorie der erweiterten Handlungseinheit», pp. 222 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 320.

³⁴⁰ PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.ª ed., pp. 1977 s., nn.mm. 36, 38, lo que, a su entender, implica el abandono de la «Fórmula del RG» en torno al criterio de la identidad parcial de las acciones ejecutivas, en favor de un criterio de simultaneidad para afirmar el concurso ideal.

³⁴¹ Así, siguiendo a Armin Kaufmann, STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, pp. 34 ss., 54. Críticamente sobre ella, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, pp. 39 ss., 198. EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 343 ss., defiende la idea del principio de inversión, pero ampliándolo a las consideraciones que en el ámbito de la comisión se hacen teniendo en cuenta los criterios de unidad natural de acción y unidad típica de acción, lo cual es coincidente, en lo sustancial, con lo que aquí se sostiene.

5.2.7 LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN Y LA CARACTERÍSTICA DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO

En el primer capítulo se expusieron las razones por las que la teoría de la unidad natural de acción, con las matizaciones hechas sobre el nombre y los elementos que la componen, sigue resultando de utilidad como criterio delimitador de la unidad o pluralidad de hechos. Por lo tanto, todo lo que allí se dijo debe ser aquí también asumido³⁴². Ahora bien, en muchas ocasiones sucede que determinadas construcciones teóricas se ven modificadas cuando se encuentran involucrados bienes que conforman el núcleo duro de la dignidad de la persona, también denominados bienes personalísimos o bienes eminentemente personales. Así sucede, por ejemplo, en relación con la disponibilidad que pueda tener sobre el bien jurídico su propio titular³⁴³, sobre el rendimiento que puedan tener algunas causas de justificación³⁴⁴, o en los bienes susceptibles de ser abarcados por el estado de necesidad exculpante como causa de exclusión o atenuación de la culpabilidad³⁴⁵.

Esta situación permite reflexionar sobre el hecho de que muchas de las distinciones presentes en la bibliografía entre unidad y pluralidad de acciones en el marco del concurso de delitos podrían carecer de especial relevancia en ese ámbito cuando se trata de bienes jurídicos que no revisten un carácter eminentemente personal. En estos supuestos, es probable que predomine la unidad delictiva por aplicación de alguno de los criterios mencionados en el primer capítulo³⁴⁶. En otras palabras, los criterios de delimitación entre unidad y pluralidad de acciones no serían funcionales a la distinción entre concurso ideal y real, respectivamente, cuando se trate de la afectación a bienes «no» eminentemente personales, sino a la distinción entre unidad de delito y

³⁴² *Vid. supra* 1.1.2.

³⁴³ Así, por ejemplo, en la discusión en torno a la ubicación del consentimiento, expreso o presunto, como causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad, *Vid. JAKOBS, G., Derecho penal. Parte general*, pp. 293 ss., 523 ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, pp. 405 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., pp. 526 ss.; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 655 ss., §13 nn.mm. 12 ss., 931 ss., §18 nn.mm. 3 ss.

³⁴⁴ Por ejemplo, respecto de la discusión en torno a la imponderabilidad de ciertos bienes vinculados a la dignidad humana en materia de estado de necesidad, *vid.*, por todos, CANTARD, N., «Situaciones de necesidad y comunidad de peligro», pp. 148 ss.

³⁴⁵ Por todos, ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 1102 ss., §22 nn.mm. 22 ss.

³⁴⁶ Así, Mantovani indica que el concurso ideal homogéneo solamente se aplicará en casos en que la norma proteja bienes altamente personales y se trate de distintos sujetos pasivos, pero, en cambio, si no se trata de bienes altamente personales, por más que existan pluralidad de víctimas, estaremos en presencia de un solo delito (*Vid. MANTOVANI, F., Diritto Penale*, p. 464). En la misma línea, SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 151.

concurso de delitos³⁴⁷, en particular el concurso real. Por ejemplo, si un sujeto hurta tres carteras a tres víctimas distintas que se encontraban en un negocio de ropa, la consideración de ese hecho como una única acción, por considerar que concurre una unidad natural de acción, determinará la imputación de «un solo delito» de hurto, intensificado cuantitativamente, y no para entender que los tres hurtos concurren idealmente; en ambos casos, para distinguirlos del concurso real³⁴⁸.

Como contra cara de la misma moneda, cuando haya una afectación a bienes eminentemente personales, y siempre que se trate de la afectación de al menos dos víctimas distintas, resulta poco convincente sostener que estamos frente a un único delito³⁴⁹. Para contrastarlo con el ejemplo anterior, si el sujeto agrede físicamente a las tres personas que se encontraban en el negocio de ropa, la afectación a la integridad física implicará que el hecho deba imputarse en concurso de delitos. Aquí sí la unidad natural de acción es funcional a la delimitación entre ambas modalidades de concurrencia, es decir, para aplicar concurso ideal y no real³⁵⁰, pero no para

³⁴⁷ Así, HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, pp. 70 ss.; KÖHLER, A., *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, pp. 49 ss.; FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, p. 690; MERKEL, P., «Konkurrenz», pp. 277 s.; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», pp. 36.6 s., nn.mm. 24 ss.; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 847 ss., nn.mm. 25 ss. Es de vital importancia entender esto para no considerar «llamativo» que siempre se pongan como ejemplos de concursos ideales homogéneos aquellos que afectan a bienes personalísimos. Así, sin embargo, reza la crítica de GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, p. 273.

³⁴⁸ Con un ejemplo parecido, BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», pp. 198 s.; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, p. 100.

³⁴⁹ BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», pp. 196 s.; KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 703; PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.ª ed., pp. 1972, nn. 22; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 952; SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», pp. 17, 20, nn.mm. 43, 53; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, p. 100. El Tribunal Supremo español también parece conceder a la afectación o no de bienes jurídicos eminentemente personales, como así también, junto a esta, a la pluralidad o no de víctimas, una relevancia fundamental para determinar la distinción entre unidad y pluralidad delictiva, o bien, dentro de la concurrencia delictiva, a la unidad o pluralidad de hechos (*vid.*, con diversas citas jurisprudenciales al respecto, CUERDA RIEZU, A., «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», pp. 349 ss.). De otra opinión, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 272 ss.

³⁵⁰ PÉREZ MANZANO, M., «The spanish connection: Los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en *bis in idem*», p. 403, indica que «los casos de concurso ideal son supuestos de unidad natural de acción en los que hay acuerdo en que no deben sancionarse como un único delito porque materializan varias afecciones de los bienes jurídicos». En cambio, la STS 221/2025, de 6 de marzo, confirmó la sentencia de instancia que consideró que cuatro calumnias, que fueron *veritadas en un mismo escrito* a cuatro víctimas distintas –si bien presentado ante dos organismos distintos: la Fiscalía General del Estado y el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género–, debían ser penadas de acuerdo con las reglas del *concurso real*; asimismo, la STS 322/2020, de 17 de junio, afirma «[...] fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalísimo, como es el de la libertad de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas [...] cuando se quiere privar y se priva de la libertad a varias personas se cometen tantos delitos de detención ilegal *en concurso real*, pues se estima que se realizan varias acciones, [...] deben apreciarse tantos delitos como detenidos» (la cursiva me pertenece). Así,

determinar la unidad delictiva³⁵¹. Jakobs propone un ejemplo que, si bien se refiere a una unidad de acción en sentido natural, es muy clarificador de lo que aquí se quiere significar: «Quien al omitir hace descarrilar un tren de mercancías con simples daños materiales consiguientes, comete unos únicos daños por omisión, siendo indiferente cuántas personas sean propietarias de los bienes; pero quien, *ceteris paribus*, por omisión hace descarrilar un tren de pasajeros con las consiguientes muertes y lesiones de varias personas, comete varios homicidios y lesiones por omisión en concurso ideal homogéneo»³⁵². En definitiva, el cuadro de situaciones quedaría expresado de esta manera: 1) la unidad natural de acción es el criterio para distinguir entre unidad de hecho y pluralidad de hechos, cuando existen varias acciones en sentido natural³⁵³; 2) en el ámbito de los delitos contra bienes no eminentemente personales, la conclusión alcanzada en 1) es funcional a la distinción entre unidad delictiva y concurso real, cuando se trate de bienes homogéneos o semejantes, y entre concurso ideal y real cuando los bienes sean heterogéneos; en ambos casos, con independencia de la cantidad de víctimas afectadas; 3) en el ámbito de los delitos contra bienes eminentemente personales de una pluralidad de víctimas, la distinción hecha en 1) será funcional a la calificación como concurso ideal o concurso real.

Esta forma de entender la dinámica de las relaciones entre ambas modalidades concursales ya no viene determinada, o al menos no de forma tan decisiva, ni por la distinción entre unidad y pluralidad de acciones en sentido natural, ni por la necesidad de una coincidencia parcial o total de las acciones ejecutivas³⁵⁴. Ello, además de evitar todos los problemas que ambos criterios de delimitación traían aparejados, permitiría prescindir de una construcción, tan oscura como cuestionada, como la del «efecto abrazadera»³⁵⁵.

Con ello, los casos habituales que se han utilizado para relativizar el potencial diferenciador que se le asigna a la unidad de acción o a la unidad de hecho podrían fácilmente resolverse en favor de la aplicación de las reglas del concurso

también, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 952. Acertadamente crítica con esa comprensión, PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.^a ed., pp. 1976 s., nn.mm. 35 s.

³⁵¹ 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», p. 518 y nota 67.

³⁵² JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1088; similar, BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», pp. 198 s.

³⁵³ Si solo hay una acción en sentido natural, la unidad de hecho queda garantizada con independencia del bien jurídico afectado y la pluralidad de víctimas. Así, también, STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 815, nn. 11. En cambio, véanse las opiniones referenciadas en el punto 5.2.2, que consideran a los supuestos de lesión de una pluralidad de bienes eminentemente personales a distintas víctimas como un caso de concurso real.

³⁵⁴ *Vid. supra* 5.2.3.

³⁵⁵ *Vid. supra* 5.2.5.

ideal³⁵⁶. Así, tomemos el caso propuesto por Stree³⁵⁷ del padre que mata dolosamente a sus dos hijos arrojándolos al agua desde un puente para que mueran ahogados, cuyas variantes consisten en arrojarlos simultáneamente, entonces concurso ideal, o bien hacerlo consecutivamente, entonces concurso real. Si se tiene exclusivamente en cuenta la unidad o pluralidad de acciones en sentido natural para establecer la diferencia, asiste la razón a quienes observan que se presenta como una distinción absurda³⁵⁸. Ahora bien, según lo dicho aquí, se resolvería en todo caso como un supuesto de unidad de hecho –concurso ideal–, ya sea por existir una unidad de acción en sentido natural, en el primer caso, ya sea por existir una unidad natural de acción³⁵⁹, en el segundo. Lo mismo cabría suponer en caso de que el autor dispare con una mano, mientras que con la otra retiene delante de él a un rehén como escudo de protección, o golpee a dos personas utilizando ambos puños a la vez, o sucesivamente en la misma pelea³⁶⁰.

Más difícil aun, por la complejidad que trae aparejada la vulneración de derechos vinculados a la dignidad de la persona, es determinar cómo deben considerarse ese tipo de afectaciones a bienes personalísimos cuando se trata de una sola víctima³⁶¹. Estas situaciones, que se encuentran en medio de las

³⁵⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», p. 172.

³⁵⁷ STREE, W., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 763, nm. 7. Llamativamente, este caso desaparece a partir de la 27.ª edición, en la que el comentario comienza a ser en coautoría con Sternberg-Lieben.

³⁵⁸ GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem* material y concurso de leyes penales», pp. 276 s.; PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.ª ed., pp. 1976 s., nn.mm. 35 s.; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 58.

³⁵⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 114, dice que «quien de forma casi inmediata realiza varios disparos contra distintos sujetos ocasionándoles la muerte, no por ello debe apreciarse un concurso real, pues la *unidad de hecho* no se verá afectada por la clase de bien lesionado. Cuestión distinta es que en tal caso no sea de apreciar una sola realización de tipo ampliada cuantitativamente al no poderse apreciar una mera intensificación cuantitativa del injusto» (resaltado en el original). Así también, sobre un caso parecido –«si D mata de un disparo primero a E y, casi inmediatamente, a F»–, KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 503; sin embargo, luego, afirman que debe valorarse de forma restrictiva la unidad natural de acción en estos supuestos, considerando la pluralidad de hechos (*Vid. ÍDEM*, p. 519, nota 27; en este mismo sentido restrictivo, KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, p. 722, y nota 25). También vacilante a este respecto, el BGH ha considerado una pluralidad de acciones independientes cuando se dan en una sucesión inmediata (*Vid. la cita que hace WERLE, G., Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, p. 100), y, en cambio, respecto del caso de apuñalamientos o tiroteos sin ninguna cesura temporal, como puede ser una ráfaga de disparos con una ametralladora, el BGH ha considerado la unidad de acción, otorgando mayor importancia a la voluntad unificada (*Vid. EL-GHAZI, M., Revision der Konkurrenzlehre*, p. 364 y nota 291; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 13; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», pp. 820 s., nn.mm. 23 s.; WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzverletzung*, pp. 99 s.).

³⁶⁰ Similar, BELING, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, pp. 363 ss. En cambio, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 968, con cita de jurisprudencia del BGH, entiende que serían casos de «concurso real a pesar de su relación temporal e intencional».

³⁶¹ En favor de un concurso ideal también en supuestos de una sola víctima, GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponen-

anteriormente mencionadas, son extremadamente complejas de considerar en abstracto, ya que, en algunas circunstancias, la reiteración de la lesión a un bien eminentemente personal, especialmente de aquellos vinculados a la dignidad de la persona, puede multiplicar –y no solo incrementar– el desvalor del hecho, aunque se trate del mismo titular. Esto conduciría a sostener, también aquí, una pluralidad delictiva, que luego habrá que determinar si se da en concurso ideal o concurso real, según se den o no las condiciones para entender que hay unidad natural de acción. Pero también puede ocurrir que, incluso dentro de esta clase de bienes, que podríamos denominar «especialmente» personalísimos, quepa la consideración de una unidad delictiva. Ello dependerá del «modo» y/o la «intensidad» con que esa afectación se produzca.

Estos casos serían aquellos en los que se afecta de modo particularmente grave la dignidad de la persona, como pueden ser las violaciones del artículo 179.2 CP o las torturas del artículo 174 CP, que, a diferencia de las agresiones sexuales sin penetración o las lesiones, poseen un grado de afectación más intenso, aunque se trate del mismo bien jurídico³⁶². No es lo mismo que se manosee el trasero y los genitales de la víctima a que se la acceda carnalmente por distintas vías, como tampoco es lo mismo golpear en la cara y en el estómago a que se le apliquen dos formas distintas de tortura. Más allá de que ya se encuentran castigados con mayor pena los delitos específicos, y en ese sentido se podría refutar que por esa situación «ya no es lo mismo», la diferencia que pretendo marcar es respecto de la reiteración de cada uno de esos delitos. En este sentido, es difícil pensar en la reiteración de las violaciones o las torturas como una mera «intensificación» de la lesión al bien jurídico correspondiente –afirmación que sí podría sostenerse respecto de la reiteración en los manoseos o los golpes– y no de una verdadera desvaloración independiente, que, no obstante, concurriría idealmente. Esto es, no se cuestiona la unidad de hecho sino la «unidad de desvaloración»³⁶³.

te Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», p. 239.

³⁶² No se me escapa que el delito de torturas protege también la integridad moral como bien jurídico, pero no es ese el extremo que justifica lo especialmente relevante del modo de afectación que aquí se quiere marcar, sino el tipo de lesiones unidas al trato degradante.

³⁶³ Similar CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «Artículo 74», pp. 1068 ss. Sobre ello, con citas de SSTS que muestran la vacilación de la jurisprudencia en estos supuestos, *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, p. 124 –nota 111–, quien se muestra a favor de considerarlos como casos de concurrencia, indicando que «[s]abemos que se puede lesionar más o menos pero que, por ejemplo, no se puede matar más o menos, sino a más o menos personas. Lo mismo cabría decir de la violación: usualmente nadie sostendrá la posibilidad de violar más o menos, sino de violar *varias veces*» (*Vid.* p. 125 s., nota 114, resaltado en el original). Sin embargo, el Tribunal Supremo también ha considerado ciertas violaciones reiteradas, por parte de un mismo sujeto y a una misma víctima, como casos de unidad delictiva (*Vid.* las referencias jurisprudenciales que da VALVERDE-CANO, A. B., «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples partici-

No desconozco la dificultad de establecer *a priori* criterios interpretativos útiles para orientar la distinción entre unidad delictiva, concurso ideal o concurso real. Así, por ejemplo, si tomamos un supuesto de tortura por parte de un funcionario a una víctima durante 12 horas, en el que es sometida a distintos métodos de aplicación de dolores físicos y psicológicos, como mutilaciones, picanas eléctricas, empalamientos, ahogamientos, etc., resulta muy contraintuitivo afirmar que se da un solo delito del artículo 174 CP, por más que todo ello ocurra en unidad natural de acción contra una sola víctima³⁶⁴. Creo que podría sostenerse que se da una pluralidad delictiva con base en que cada lesión, debido al impacto físico y psicológico que tiene la reiteración en estos supuestos, implica mucho más que una mera intensificación cuantitativa, esto es, se da una nueva vulneración a la norma. Ahora bien, para considerar que se da un concurso real en un supuesto como el mencionado, en el que no hay independencia entre las acciones realizadas, habría que fundamentar por qué en este caso se «rompería» la unidad natural de acción, y es difícil encontrar una razón de peso que marque una diferencia relevante en ese sentido³⁶⁵. Un argumento vinculado al tipo de bien jurídico no sería aquí de recibo por dos razones: en primer lugar, ya fue esgrimido para justificar la pluralidad delictiva y una reiteración de un mismo elemento como criterio de valoración sobre dos extremos distintos (los presupuestos del concurso y los condicionantes del concurso) sería inconducente en virtud del *non bis in idem*; en segundo lugar, los criterios que se esgrimieron para poder establecer cuándo hay unidad natural de acción y cuándo no, corresponden a elementos fácticos³⁶⁶, aunque se interpreten normativa y no naturalísticamente. Así, el concurso ideal aparece como la alternativa más adecuada, tanto por su coherencia sistemática como por su razonabilidad práctica.

pantes», pp. 319 ss., y notas 30 s.). Esta opción por el concurso ideal en estos supuestos especiales no está lo suficientemente explorada en la jurisprudencia ni en la doctrina, como puede percibirse en BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», pp. 16 ss.

³⁶⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1083, en cambio, sostiene que el concurso ideal homogéneo se da «en los delitos mediante los que se atacan bienes personalísimos sólo en el caso de distintos titulares de bienes. Así pues, en la unidad de acción sólo se llega a la adición de varias realizaciones de tipo si no cabe resolver el suceso a través de adición dentro de una sola realización de tipo» (cursiva en el original). Con ejemplos similares, aunque sobre la dicotomía delito continuado o concurso real, MONTEIRO, C. L., «Crime continuado e bens pessoalísimos – A concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal», pp. 749 s.

³⁶⁵ No basta para explicarla que el artículo 177 CP permita penar «separadamente» los delitos, porque, como se indica en la nota 367, el planteo está referido a considerar el concurso de delitos entre delitos de tortura, no entre éste y otros delitos.

³⁶⁶ *Vid. supra* I.1.2

Ahora bien, la situación se complica aún más cuando pensamos en una variante en la que ya no resulta tan claro que haya un concurso de delitos, como, por ejemplo, si las torturas consisten en ir reiterando el mismo método, por ejemplo, arrancar de a una uña por vez, o asfixiar —en seco o en agua—, etc. Aquí parece más intuitiva la consideración de un solo delito cuantitativamente intensificado³⁶⁷. Pero ¿puede el cambio de método entre una y otra afectación ser lo relevante? La respuesta no surge con claridad.

El mismo inconveniente se plantea en el ámbito de los delitos sexuales. También aquí, al igual que en la tortura, el sometimiento a distintas vejaciones como pueden ser la penetración sucesiva por distintas vías, sea con distintos objetos o con acceso carnal, o con una mezcla de ambas modalidades, cabría pensarlo en clave de concurso de delitos por los mismos argumentos que se expusieron: una penetración anal luego de haber llevado a cabo una penetración vaginal no parece ser solo «un poco más de la misma violación» —intensificación cuantitativa—³⁶⁸. Dicho esto, la reiteración de la misma práctica en el mismo contexto de unidad de hecho, ¿puede seguir entendiéndose como de pluralidad delictiva o ya cabe considerarlo un solo delito de violación, ahora sí, cuantitativamente intensificado?

Entiendo que en estos supuestos se deberá analizar si, en el caso concreto, el modo y la intensidad de la afectación reiterada implica un incremento cuantitativo de un mismo delito³⁶⁹ o tiene tal entidad que merece ser desvalo-

³⁶⁷ La regla concursal del artículo 177 CP que establece una sanción separada de los delitos contra la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima, además del atentado a la integridad moral, no obsta a lo que aquí se está queriendo poner de relieve, en la medida en que me refiero a la consideración de una unidad delictiva dentro del mismo tipo penal infringido, el artículo 174 CP. En otras palabras, la consideración de una sola tortura no impide que ésta se castigue «separadamente» —*ex* artículo 177 CP— con las lesiones correspondientes. Que ello deba entenderse como un concurso real y no como un concurso ideal, es discutible (*Vid.* SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», pp. 27 ss.). En todo caso, es dudosa la consideración de una obligación por parte del juez de aplicar una regla concursal como la que prevé el artículo 177 CP, si ello implica una consecuencia penológica desproporcionada (en este sentido, Sánchez-Ostiz niega la obligatoriedad, *Idem*, pp. 25 ss.).

³⁶⁸ Similar, respecto del delito de prostitución coactiva y las agresiones sexuales que se cometen durante aquella, aunque parece estar pensando en supuestos de pluralidad de autores, POZUELO PÉREZ, L., «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas», pp. 217 s. En cambio, en la jurisprudencia esta visión es absolutamente minoritaria, e incluso se puede decir que fue superada desde hace tiempo (así lo sostiene, BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», p. 4, aunque en las sentencias que se citan a ese respecto consideraban que las diversas vías a través de las cuales se producían las penetraciones constituían una pluralidad de acciones, ya sea en concurso real o en delito continuado, no como aquí se analizan).

³⁶⁹ Para esas situaciones está prevista la agravante del artículo 180.1.2.ª CP. Parcialmente en contra, CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», pp. 22 ss., considera que el fundamento de esa agravante no contiene una perspectiva *ex dure* que incrementa el daño a la libertad sexual, sino a bienes jurídicos distintos como la vida y la salud. En cambio,

rada de forma independiente³⁷⁰. En otras palabras, mientras pueda seguir sosteniéndose que hay una unidad de hecho, y aquí los criterios para determinar ello con base en la unidad natural de acción son los mismos que para cualquier delito –es decir, descartado el concurso real–, la distinción entre la unidad delictiva y el concurso ideal en los supuestos de afectación a estos bienes «especialmente personalísimos» de una única víctima deberá determinarse según las condiciones particulares del caso concreto, teniendo en cuenta como un factor relevante el de la «identidad en el modo» de la afectación, como así también su «intensidad». En todo caso, la diferencia penológica entre una situación –concurso ideal– y la otra –unidad delictiva– no es lo suficientemente relevante como para exigir criterios más rígidos *prima facie*, siendo preferible dejar en manos del juez la valoración según las condiciones en que se realizó el hecho concreto.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

Luego de analizar en la primera parte las distintas situaciones que pueden dar lugar a una unidad delictiva, para evitar confundirlas con situaciones de concurrencia delictiva, y de optar por una postura favorable al mantenimiento de una solución diferenciadora o plural en relación con las reglas de determinación de la pena concursal, como la escogida por el Código penal español vigente, en esta segunda parte se intenta reflexionar sobre los criterios que deben ser tenidos en cuenta en el momento de llevar a cabo esa distinción en el caso concreto.

Indudablemente, se trata del aspecto más difícil e intrincado en la teoría del concurso de delitos, en razón de la amplitud de la casuística que debe ser abarcada por la temática. Amplitud, por otra parte, que no solo se manifiesta en las distintas variantes fácticas con que pueden presentarse los hechos susceptibles de juzgamiento, sino también en las diversas valoraciones que de esos hechos pueden realizarse de acuerdo con los múltiples bienes jurídicos que recoge el Código penal como dignos de protección. En este sentido, no creo pecar de pesimista al afirmar que lograr un criterio que condense todas las variables –cuantitativas y cualitativas– que puede contener un caso a examen,

entiende que el fundamento se basa en una perspectiva *ex ante*, teniendo en cuenta el peligro potencial –y no el daño efectivo– y, de nuevo, no sobre la libertad sexual, sino sobre la salud y la vida.

³⁷⁰ Y ello con independencia de la cláusula concursal específica que prevé el artículo 194 bis CP respecto de los actos de violencia física o psíquica que se realicen. Aquí cabe sostener, *mutatis mutandis*, lo mismo que se mencionó en nota 365 respecto del artículo 177 CP.

y que pueda servir para establecer cuándo estamos en presencia de un hecho y cuándo en presencia de varios hechos, es definitivamente imposible. Siempre existirá una pequeña variación del caso que hará que no encaje en la construcción general. Consciente de ello, no se propone hallar la cuadratura del círculo, como denominó Höpfner al intento de individualizar acciones³⁷¹, sino establecer ciertas condiciones bajo las cuales puedan identificarse criterios de individualización útiles para grupos de casos disímiles entre sí.

Antes de ingresar de lleno en la discusión que se da en el contexto jurídico penal, se refleja el debate que sobre uno de los aspectos de esta temática se dieron en el ámbito de la filosofía. La razón que motiva dicho apartado —el cual no tuvo la pretensión de ser exhaustivo, sino de reflejar los núcleos centrales de las tesis más influyentes en la literatura especializada— es la desconexión observable entre ambas disciplinas, pese a que las inquietudes que han guiado tanto a los teóricos de la filosofía de la acción como a los del Derecho penal resultan, en lo sustancial, prácticamente idénticas. Quizás, por ello, es interesante que un mismo texto contenga ambos debates, con independencia de que, luego, los rendimientos de esas discusiones puedan resultar fácilmente trasladables a uno y otro lado.

En el ámbito de la discusión estrictamente jurídico-penal se aborda, como punto de partida, el análisis del objeto sobre el cual debe proyectarse la individualización. En este sentido, ante la pregunta de qué es aquello que hay que individualizar a los efectos del concurso, se insiste en la necesidad de distinguir los conceptos de «acción» y de «hecho» para adoptar, con apoyo en la legislación española, este último concepto, que permite aportar soluciones plausibles sin necesidad de recurrir a ficciones terminológicas para lograr que «varias acciones» puedan ser entendidas como «una acción». Ahora bien, ello no significa que no sean las conductas las que deban analizarse para establecer la unidad de hecho, como ha pretendido un sector de la doctrina al considerar al resultado como elemento determinante esos fines, sino, simplemente, que varias conductas pueden, no obstante, formar parte de un solo hecho a estos efectos.

Dado que no es posible llegar a una conclusión sobre un tema sin antes conocer el estado de la discusión, se analizan las diversas propuestas teóricas para distinguir entre concurso ideal y concurso real. Luego de exponer sus fundamentos y señalar los puntos críticos de cada una, se sostiene que presentan serios problemas para explicar las distintas situaciones concursales sin incurrir en graves inconsistencias sistemáticas. En este sentido, las teorías de la identidad entre acciones ejecutivas, junto al «efecto abrazadera» y su correcti-

³⁷¹ HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, T. 1, p. 235.

vo «desmembramiento» para los casos que le planteaban consecuencias que no estaba dispuesta a asumir, y la del parentesco de injustos, no resultan satisfactorias para explicar un gran número de casos, como se intenta demostrar.

Con algunas particularidades que no son menores, creo que la construcción teórica de la unidad típica de acción en sentido amplio o unidad natural de acción, a la que se describe en la primera parte como el mejor método para «unificar acciones» en favor de una unidad delictiva, tiene aquí la misma capacidad de rendimiento a la hora de individualizar hechos, es decir para aplicar el concurso ideal. Esta idea no es nueva, ya Maiwald, en su monografía de 1964, sostuvo que el concepto de la unidad natural de acción tiene dos funciones y significados: por un lado, sirve para distinguir entre la realización de un solo delito y el concurso real homogéneo, y, por otro lado, en la pluralidad delictiva tiene la función de determinar cuándo hay una unidad de acción, es decir, sirve para distinguir la aplicación de las reglas del concurso ideal o del concurso real³⁷². La primera de las funciones se analiza en el punto 1.1.2, y la segunda es la que se aborda en esta segunda parte, en el punto 5.2.7.

Las razones por las cuales defiendo que es un criterio que puede seguir siendo útil a estos efectos están expresadas en los puntos correspondientes, y se sustentan en la mayor permeabilidad que tiene para abarcar situaciones que el resto de las construcciones teóricas dejan afuera, debido a su rigidez conceptual. Ello, sumado a la amplitud conceptual que tiene el término «hecho» por sobre el de «acción», que es, en definitiva, aquello que hay que individualizar en los concursos, permite ofrecer un abanico de respuestas que abarque a un mayor número de casos. Todo ello converge en la propuesta de una variante terminológica que considero más adecuada: la de «unidad de hecho contextual».

Por otro lado, si, además de lo dicho, se flexibilizan ciertos elementos objetivos y subjetivos que la componen, como la conexión temporal entre las acciones y la voluntad unificada de realización, creo que queda abierto el camino para prescindir de figuras tan controvertidas como incómodas para la coherencia sistemática de la teoría de los concursos, como son el concurso medial y el delito continuado, cuya eliminación aquí se favorece como propuesta de *lege ferenda*³⁷³.

Ahora bien, al asumirse un mismo criterio de individualización de los hechos se torna necesario explicar con base en qué argumentos diferenciar la unidad delictiva del concurso ideal. En este punto, se intenta abordar esa dis-

³⁷² MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 113 s.

³⁷³ Así, también, PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», p. 390. Respecto del delito continuado, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», pp. 200 s.

tinción tomando como referencia la característica eminentemente personal o no que tengan los bienes jurídicos afectados en el caso concreto. Así, cuando se trate de afectaciones a bienes no eminentemente personales que sean homogéneos o semejantes entre sí, la unidad de hecho implicará la estimación de un solo delito, y un concurso ideal cuando se afecten bienes heterogéneos. En ambos supuestos, ello rige con independencia de la cantidad de víctimas afectadas. La reiteración lesiva, siempre que pueda seguir afirmándose la unidad de hecho, implica un incremento cuantitativo en el desvalor del hecho, pero no una nueva desvaloración independiente, a menos que los bienes afectados no tengan ningún tipo de vinculación.

Como contrapartida, si las lesiones se dirigen a bienes eminentemente personales, se allana el camino para considerar la pluralidad delictiva. Pero en este último caso, la característica del bien jurídico no es suficiente por sí sola, puesto que existen casos de lesiones reiteradas a bienes jurídicos personalísimos que son tratados como supuestos de unidad delictiva, como ocurre, por ejemplo, en las realizaciones iterativas del tipo. Sin embargo, cuando la afectación a dichos bienes se corresponda con una pluralidad de víctimas, la situación de concurrencia delictiva queda garantizada, puesto que la pluralidad de lesiones a distintos titulares de estos bienes altamente personales provoca un salto cualitativo en el desvalor que no se satisface bajo la idea de un mero incremento cuantitativo. La dificultad más significativa que presenta esta clasificación corresponde a los supuestos de afectación reiterada, en unidad de hecho, a bienes altamente personales de una misma víctima. En ningún caso genera problemas la concurrencia de una pluralidad de hechos: allí siempre estaremos en presencia de un concurso real, con independencia de la característica del bien jurídico afectado y de la cantidad de víctimas. Tratándose de un supuesto de unidad de hecho, en cambio, la reiteración puede dar lugar a una unidad delictiva o bien a un concurso ideal, dependiendo del modo en que esos bienes altamente personales sean afectados. En estos casos habrá que estar al supuesto de hecho concreto para poder determinar si se trata de una mera intensificación cuantitativa o de una auténtica desvaloración independiente, según el grado y modo de afectación producido.

Resta por ver cuáles son las consecuencias jurídicas de cada una de las modalidades concursales, de lo que nos encargaremos en la tercera y última parte.

TERCERA PARTE

LAS CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN

7. «PRINCIPIOS» DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Según la distinción que se hiciese entre «sistema» y «proceso» de determinación de la pena¹, y habiendo tomado posición en favor de mantener un sistema de «solución plural» que establezca una diferenciación en las consecuencias jurídicas entre las diversas modalidades concursales², es momento de indagar sobre los distintos «principios» que existen como opciones para determinar la confluencia de las distintas penas de los delitos concurrentes, para luego observar las alternativas posibles en cuanto «proceso» de formación de la pena en cada una de las modalidades concursales. Todo lo relativo a la diferencia de «sistemas» de determinación legal en los concursos ya fue objeto de tratamiento en el punto 2.2, por lo que aquí no se volverá sobre lo mismo, remitiéndome en todo a aquel lugar.

Los principios con base en los cuales los distintos ordenamientos establecen sus reglas de determinación de la pena en materia de concurso de delitos son, en lo fundamental, tres: el de absorción, el de exasperación y el de acumulación. Suele mencionarse también entre ellos el de combinación, sin embargo, como se verá, no creo que pueda considerarse un principio con entidad propia, sino que se trata de un correctivo, un principio complementario, que irá asociado a alguno de los anteriormente mencionados. A su vez, cada uno de estos principios puede presentarse de forma variada, según cómo esté estructurada la regla de determinación de la pena correspondiente, y así se pueden encontrar absorciones simples o agravadas, exasperaciones obligatorias o fa-

¹ *Vid. supra* 2.2.

² *Vid. supra* 2.2.5.

cultativas y acumulaciones materiales o jurídicas. En cada apartado se verán en qué consisten estas posibles variantes.

Sin embargo, no hay que perder de vista que este catálogo de principios sirve para poder identificar esquemáticamente ciertos puntos en común que pueden existir entre distintos sistemas jurídicos, para comparar legislaciones diversas, o bien analizar los fundamentos que se encuentran detrás de la consecuencia penológica de cada modalidad concursal. En definitiva, se trata de una clasificación con fines más pedagógicos que dogmáticos, pues el legislador no suele referirse a ellos de forma expresa, por lo que su identificación con una determinada regla concursal o con otra tiene una importancia relativa en la práctica. Ejemplo de ello es que puedan existir –y, de hecho, existen– una diversidad de opiniones sobre la asociación de una regla penológica concursal con alguno de estos principios, sin que ello implique una diferencia práctica en el modo de arribar a la pena concursal. Más importante es, en cambio, lo relativo al proceso de formación de esa pena.

Con esta aclaración por delante, no obstante, las ventajas pedagógicas no deben despreciarse en un trabajo académico, y menos, como es el caso, cuando sirven para que quien se sumerja en el estudio de la temática sepa a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos en favor o en contra de estos principios. Es por ello por lo que este capítulo va referido a describir en qué consiste cada uno de ellos.

7.1 Absorción

Dentro de los principios que regulan las distintas formas en que se va a determinar la pena concursal, el de absorción es el más benévolo de todos. Como su nombre lo indica, se denomina así a la circunstancia en que una de las penas de los delitos concurrentes va a ser la que se aplique, mientras que la o las restantes quedarán absorbidas por aquella. Esto significa que se impone la consecuencia prevista para uno de los delitos que concurren, y los demás no tienen ninguna incidencia en la pena de partida, aunque deberían llegar a tenerla en el momento de la determinación judicial. Este último aspecto, a mi modo de ver, es una de las diferencias esenciales con respecto al concurso de leyes, puesto que allí también se aplica una sola pena, y también el desvalor que la otra vendría a desaprobar se encuentra incluida en aquella, pero, a diferencia de lo ocurre en el concurso de delitos, no debería influir en la determinación judicial final, puesto que la norma prevalente capta por sí sola todo contenido de desvalor del hecho³.

³ GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 556.

Creo necesario hacer una aclaración terminológica. En lo sucesivo, se utilizará el concepto de «absorción pura» para aquellos casos en que las penas de los demás delitos quedan absorbidas plenamente, esto es, no tienen incidencia alguna en la conformación del marco penal abstracto sobre el que el juez debe partir en el proceso de individualización. Lo contrario implicaría salirse del ámbito propio de la absorción para entrar en el de la combinación, que se verá más adelante. Ciertamente es que muchas veces se denominan indistintamente, pero creo que es necesario marcar las diferencias que existen. En este sentido, el de absorción puede verse como el principio rector en determinadas modalidades concursales, y el de combinación como una especie de principio «de ajuste» que sirve para evitar situaciones problemáticas que se plantearían con una absorción plena o pura. Así, por ejemplo, imaginemos que concurren idealmente un delito con una pena de 1 a 5 años y otro que contiene una pena de 2 a 4 años: la absorción pura por parte de la mayor implicaría que el juez pueda imponer –de tratarse, además, de una absorción simple– una pena entre 1 y 5 años; sin embargo, ello puede significar que la pena final resulte inferior al mínimo previsto por la infracción menos grave, lo que resultaría claramente contrario a toda lógica, pues al autor de dos delitos se le estaría imponiendo una pena por debajo de la que le correspondería por haber cometido «un solo delito». Por esa razón, una de las consecuencias de combinar marcos penales implica que se tomen en cuenta las penas previstas para las dos infracciones concurrentes, creando un nuevo marco penal que tenga como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, el correspondiente a la infracción más grave. En nuestro ejemplo, el juez debería determinar la pena entre 2 y 5 años. Por otro lado, se utilizará el concepto de «absorción simple» para identificar a los casos en que el juez tiene permitido recorrer todo el marco penal de la infracción absorbente, para contrastarlo con el de «absorción agravada», que implica la necesidad de determinar la pena dentro de un submarco elevado inserto en el previsto para la infracción más grave, como puede ser la de ubicarlo en la mitad superior⁴. Siguiendo con el ejemplo anterior, si, en lugar de una absorción simple que le permitía al juez recorrer todo el marco penal de 1 a 5 años, se tratase de una absorción agravada, la pena debería suponer algún aumento respecto del marco penal previsto para los supuestos de unidad delictiva. En España esa agravación implica determinar la pena dentro de la mitad superior, lo cual le obligaría al juez a imponer la pena final dentro del submarco de 3 a 5 años.

La utilización de una regla con base en una absorción pura produce situaciones problemáticas, además de la mencionada, debido a la imposibilidad de aplicar determinadas consecuencias que pueden estar previstas en las penas

⁴ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 166.

absorbidas, y no en la absorbente, y, por lo tanto, generar el efecto paradójico de favorecer al delincuente que comete dos delitos en lugar de cometer uno. Esto se da, fundamentalmente, en dos escenarios posibles: el primero es el mencionado anteriormente, cuando la pena prevista para la infracción más grave tiene un mínimo menor que la absorbida, y, en principio, nada impide al juez que imponga el mínimo de la escala penal resultante de las reglas de la absorción, lo que podría dar lugar a una pena inferior al mínimo previsto para uno de los delitos cometidos; el otro escenario posible se dará cuando las penas absorbidas tienen, además de las privativas de libertad, penas o consecuencias accesorias (penas de multa o privativas de derechos, decomiso, etc.), o bien medidas de seguridad, no previstas en la absorbente.

Otra de las críticas que se hacen a este principio tiene que ver con que uno de los delitos concurrentes quedaría completamente desatendido del desvalor que expresa la pena final como si nunca se hubiera cometido, es decir, como una situación semejante a la del concurso de leyes, cuando aquí hay un concurso de delitos. Esta situación no impide, sin embargo, que la sentencia refleje la situación disvaliosa propia de la concurrencia delictiva, aclarando que se trata de un hecho en el que se han cometido varios delitos, aunque luego la determinación legal venga establecida por una sola de las penas correspondientes. Esto se ha denominado como la «función aclaratoria» o «clarificadora» que tiene el concurso ideal en relación con el concurso de leyes⁵.

Esta crítica se evita si, en lugar de tener una absorción simple, la regla de determinación viene establecida por una absorción agravada, que implica que la pena absorbente no permita al juez recorrer todo el marco penal, sino a partir de un submarco que eleva el mínimo, de tal manera que la situación ya no sería equiparable a la de un concurso de leyes. Esto puede ocurrir por vía de una determinación legal que así lo establezca, como ocurre con el Código penal español para el caso del concurso ideal (art. 77.2 CP), que establece que la pena se determinará dentro de la mitad superior del marco aplicable, en este caso, el de la pena de la infracción más grave⁶. No obstante, si el código solo estableciese una absorción simple, como ocurre en Alemania con el §52 StGB, nada impediría al juez que en la determinación judicial tuviera en cuenta la comisión del otro delito con un efecto agravatorio dentro de la escala penal

⁵ KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado*, p. 514; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 143 y nota 116; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 843, nm. 2; VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 52, nm. 5.

⁶ Sobre ello, *Vid. supra* 2.1.2.

prevista en el delito absorbente⁷, lo que no podría darse en una situación de concurrencia de leyes sin incurrir en un *bis in idem*⁸.

Sin embargo, ello no logra sortear el otro problema que surge de la no aplicación de las consecuencias accesorias o medidas de seguridad que pueda tener la pena absorbida, lo cual no es una cuestión menor. Por esta razón, prácticamente no existen sistemas que adopten el principio de absorción en toda su pureza, y lo hagan utilizándolo como principio rector para determinar la pena principal, pero permitiendo la incorporación de aspectos previstos en las restantes penas, como son las consecuencias accesorias. Es decir, para evitar que el autor se favorezca de una situación que debería perjudicarlo, como es el hecho de cometer dos delitos que tienen consecuencias distintas aplicándosele solo una de ellas, se termina adoptando el principio de combinación que, precisamente, sirve para esos fines.

Otra característica que tiene el principio de absorción es que la pena en abstracto no debe permitir al juez salirse del marco penal previsto en la pena absorbente. Esta circunstancia es una de las principales diferencias que tiene con el principio de exasperación, en el cual se prevé la posibilidad de rebasar el máximo de la pena de referencia⁹. Ahora bien, con el término «pena en abstracto» me refiero al submarco en el cual se va a mover el juez para determinar la «pena en concreto», que es la pena concursal final. Sin embargo, ello no significa que esa pena que refleje el submarco sea «enteramente abstracta», puesto que para su determinación resultará imprescindible tener en cuenta características del hecho concreto, como son el grado de ejecución del hecho, la participación que le hubiera correspondido al autor y las circunstancias modificativas que sean de aplicación¹⁰. Esta aclaración tiene importancia para establecer a qué nos referimos con «marco penal» para determinar si se trata de un principio de absorción o de exasperación: por ejemplo, si en un supuesto de concurso ideal la infracción mayor corresponde a un delito que fue cometido concurriendo más de dos circunstancias agravantes, lo cual permite al juez

⁷ PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.^a ed., p. 1984, nm. 54; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 849, nn.mm. 36 ss.; VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 61, nm. 39.

⁸ Sobre ello, *Vid. supra* 1.3.

⁹ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 167 s.; CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 664, y nota 435; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1043 s.; GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», p. 203; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 31. En cambio, mencionan que el concurso ideal está regido por el principio de exasperación, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 449; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 678; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 513 s. Por otra parte, BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 549, se refieren a la regla del artículo 77 CP como de acumulación jurídica.

¹⁰ Sobre ello, *Vid. infra* 8.2.

imponer la pena superior en grado, en su mitad inferior (art. 66.1.4.^a CP) o si concurre la agravante de multireincidencia (art. 66.1.5.^a CP), que da la posibilidad de aplicar la pena superior en grado en toda su extensión, ello no implica que se trate de un supuesto de exasperación¹¹, porque el submarco sobre el que el juez debe moverse va a ser aquel resultante de todas esas características propias de los delitos concurrentes, y sobre él, en caso de concurso ideal, deberá aplicar la pena dentro de la mitad superior sin poder sobrepasarlo. Si, en cambio, se tratase de un concurso medial, una vez establecido ese submarco, el juez puede superar el máximo previsto en esa escala en el momento de establecer la pena concursal concreta, pues el único tope que tiene en este caso es el que resulte de la sumatoria de cada una de las penas individuales (art. 77.3 CP). En este caso sí se trataría de la aplicación del principio de exasperación. En el fondo se trata de una cuestión terminológica, sin mayor importancia práctica, puesto que el legislador no se refiere a estos principios según sus nombres, sino que establece la forma en que va a determinarse la pena concursal, y es la doctrina la que sistematiza esas variantes. No obstante, el trabajo que aquí se realiza no puede prescindir de llevar a cabo un análisis conceptual e intentar separar la paja del trigo, y así favorecer la discusión en el marco de un lenguaje común.

Por otra parte, la regla del artículo 77.2 CP también establece otro límite máximo para la pena final a determinar, que es el de la pena hipotética que hubiera correspondido de seguir la regla del concurso real, es decir, el límite máximo viene dado también por la acumulación hipotética de penas. En su segunda parte, el artículo 77.2 CP dice que la pena concursal no puede «exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones». Estos límites, el máximo del marco penal de referencia y el de la acumulación hipotética, operan de forma complementaria, es decir, en primer lugar, debe estar dentro del marco penal de la infracción más grave y, en segundo lugar, esa pena debe ser inferior o igual a la que habría correspondido de haberse aplicado la acumulación.

A diferencia de las legislaciones que establecen una regla de determinación con base en una simple absorción, creo que es importante que la pena concursal tenga algún efecto agravatorio que ponga de manifiesto el mayor desvalor que tiene respecto de situaciones no concursales¹², que no sea la mera declaración en la sentencia de que se han cometido dos delitos sin que ello

¹¹ Así, sin embargo, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 161 ss., considera a esos supuestos como manifestaciones del principio de exasperación.

¹² Me refiero a situaciones de unidad delictiva, entre las que considero al concurso de leyes (*Vid. supra* 1).

tenga una consecuencia práctica en la pena. Es decir, no basta con el efecto simbólico de la función clarificadora del concurso ideal, sino que es necesario un efecto real en la pena, y, en ese sentido, el partir desde un mínimo más elevado es un buen criterio a tales fines. Luego podemos discutir si esa agravación es la mejor posible o si, en cambio, habría que proponer una fórmula menos perniciosa, como ocurre en la regla prevista para el concurso medial que refiere a «una pena superior», bastando con que sea un día más de pena. En ese sentido, podría pensarse en una alternativa de *lege ferenda* que indique que se impondrá una pena superior al mínimo mayor de las infracciones concurrentes¹³, y con ello sería suficiente para que se establezca una diferencia valorativa en abstracto entre el concurso ideal y la unidad delictiva.

7.2 Exasperación

El principio de exasperación se encuentra en medio, en relación con su severidad¹⁴, del principio de absorción y del de acumulación, por lo que es de gran utilización en aquellos países que adoptan un sistema de solución unitaria para toda situación concursal¹⁵. Ello se debe a que es el que permite ofrecer las respuestas más razonables a todo el abanico de casos de concurrencia que pueden darse, moviéndose a la baja o al alza, según la situación lo amerite, de una forma tal que no quedaría tan alejado de lo que ocurriría con la absorción o la acumulación, respectivamente.

En cuanto a su denominación, se lo puede encontrar identificado con el término de «asperación»¹⁶ o de «aspersión», nombres que resultan muy extraños en idioma español. El primero de ellos ni siquiera está reconocido por el diccionario de la Real Academia española, y el de aspersión tiene un significado que poco tiene que ver con el que aquí se le otorga¹⁷. Esto último también

¹³ La referencia al mínimo mayor tiene la significancia de explicitar el efecto oclusivo del mínimo más alto, y así vedar la posibilidad de imponer una pena que hipotéticamente pueda resultar inferior al mínimo de uno de los delitos concurrentes, lo cual implicaría desconocer que tenga cualquier tipo de relevancia.

¹⁴ Aunque una deficiente regulación puede producir consecuencias contradictorias con esa idea central, como ocurre con el actual artículo 77.3 CP (*Vid. infra* 8.1).

¹⁵ Sobre ello, *Vid. supra* 2.2.2.

¹⁶ Fundamentalmente a partir de la traducción del alemán *Asperationsprinzip*, que es la denominación que se utiliza en la doctrina germana.

¹⁷ Se indica que es la «acción de asperjar», que significa «hisopear» o «rociar». En cambio, ZAFFARONI, R. E., *Tratado de derecho penal*, Tomo V, p. 392, prefiere esa denominación, ya que le encuentra sentido al indicar que «‘asperjar’ significa, como hemos dicho, ‘hisopear’ o ‘rociar’, y eso es, justamente, lo que se hace con la pluralidad de penas: se toma una de ellas y se la asperja con las restantes».

podría decirse del término «exasperación», puesto que la RAE lo define como «acción o efecto de exasperar», y ese verbo tiene el significado de «lastimar, irritar una parte dolorida o delicada», o bien «irritar, enfurecer, dar motivo de enojo grande a alguien», es decir, nada que pueda asociarse al significado que aquí se da¹⁸. Sin embargo, creo que es un término más acorde al lenguaje ordinario, aunque pueda tener un significado técnico específico que esté alejado del que habitualmente se le atribuye, como ocurre con tantos otros términos jurídicos. En cualquier caso, lo importante es que la comunidad que comparte el lenguaje –tanto académicos, como operadores judiciales– sepa a qué va referida tal denominación, y eso aquí no puede cuestionarse, por lo que buscar un término distinto, aunque más propicio, puede resultar contraproducente.

La característica que tiene el principio de exasperación es que implica una agravación en la pena concursal que puede superar el máximo de la pena de partida, sea de forma facultativa o de forma obligatoria para el juez. Es decir, no solo debe tratarse de una agravación de la pena, sino de una que permite elevarla por encima del marco que le es propio, como mencionábamos en el apartado anterior¹⁹. Ahora bien, no es necesario para identificar este principio que ese salto a la pena superior en grado se dé en el caso concreto, sino que basta con su mera posibilidad²⁰. En cambio, en la absorción esa posibilidad no existe, por lo que la pena siempre estará dentro del marco previsto para la infracción más grave.

Esto último se ve claramente en la diferencia de la regla penológica entre el concurso ideal y el concurso medial del Código penal español cuando distingue ambas modalidades concursales, a partir de la reforma de 2015, dejando la absorción agravada para el primero e incorporando una exasperación facultativa para el segundo²¹. Así, el artículo 77.2 CP indica que para el supuesto del concurso ideal «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave», lo que obliga al juez a mantenerse dentro de los límites que establece el marco de referencia, mientras que el artículo 77.3 CP refiere que en caso de concurso medial «se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso

¹⁸ Por ello, creo que hay que relativizar la presumible ventaja de usar un término que está acogido por el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, frente a otro que no lo está, cuando esa acogida está determinada por un uso completamente distinto que el que aquí se le da. De otra opinión, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 97, nota 1.

¹⁹ *Vid.* nota 9.

²⁰ En contra, OLIVER CALDERÓN, G., «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», p. 168, estima que la diferencia con la absorción es que, mientras en ésta la pena no puede exceder el marco de la pena base, en la exasperación *debe* superarlo.

²¹ Una interpretación diferente se expone en la Circular 4/2015, punto 7, en el que la Fiscalía General del Estado refiere que «el nuevo tratamiento del concurso medial tras la reforma operada por LO 1/2015 sigue el modelo de *absorción con agravación*, aunque la agravación imperativa podría ser, teóricamente, mínima» (el resaltado es mío).

concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos», por lo que el juez tendrá como tope superior la pena que hubiera correspondido si se hubieran acumulado las penas de acuerdo con la regla prevista para el concurso real. Esto significa que no tiene un tope establecido por el marco penal de referencia, sino por aquella acumulación hipotética, razón por la cual la pena final puede ubicarse por encima del máximo previsto para la infracción más grave. En pocas palabras, el submarco del concurso medial queda determinado, en su mínimo, por la pena prevista para la infracción más grave, más un día, y, en su máximo, por la pena que hubiera correspondido de aplicarse la acumulación²².

Como vemos, en este caso el juez está obligado a individualizar la pena que correspondería aplicar por cada uno de los delitos cometidos, porque es el paso previo necesario para luego establecer el mínimo y el máximo dentro del cual puede moverse para poder determinar el incremento de la pena que va a llevar a cabo, de acuerdo con las características del hecho. Sobre este proceso en la determinación de la pena volveré más adelante.

La exasperación puede venir determinada, también, de forma obligatoria para el juez, y no solo, como se acaba de comentar, de forma facultativa. En estos supuestos, el aumento de pena conlleva siempre un sobrepaso del marco penal de partida, como ocurre en el caso del delito masa contemplado en el artículo 74.2, segunda parte, CP. Allí se le prescribe al juez que imponga la pena superior en uno o dos grados cuando, tratándose de infracciones contra el patrimonio, el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas²³.

Por último, cabe mencionar la posibilidad de que coexistan el principio de exasperación con el de absorción en la regulación de una misma situación. Obviamente que ello solo sería posible si la exasperación resulta facultativa, por un lado, y si se entiende que se trata de dos marcos penales alternativos y no de uno ampliado. El ejemplo paradigmático en este punto es la regulación del delito continuado en el artículo 74.1 CP, que refiere que se castigará con la pena señalada para la infracción más grave, la cual «se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado». Como se observa, en la primera parte se establece como regla general una determinación con base en el principio de absorción agravada, pero se da la posibilidad al juez de salirse de ese marco, hasta la mitad inferior de la pena su-

²² OBREGÓN GARCÍA, A., «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código penal», p. 134.

²³ Sobre las particularidades del delito masa, *Vid. supra* 1.2.

perior en grado. Ya se mencionó en su momento que se trata de dos submarcos alternativos²⁴, respecto de los cuales el juez debe decidir sobre cuál moverse para determinar la pena concreta, en el que la regla general es la aplicación de la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave y solo de forma excepcional puede saltarse de grado; de lo contrario, si el juez dispusiera de un marco ampliado que fuera desde la mitad de la pena prevista para la infracción más grave hasta la mitad de su grado superior, además de ir en contra del espíritu del Código penal, no habría coexistencia entre los dos principios, sino solamente el de exasperación²⁵.

7.3 Acumulación

En el diagnóstico político-criminal relacionado con la llamada expansión del derecho penal se diferencia entre un incremento cualitativo y uno cuantitativo del sistema represivo²⁶. El primero estaría relacionado con la propagación de nuevas figuras delictivas que vienen a limitar –aún más– el ámbito de libertad, mientras que el segundo está en relación con el aumento significativo de las penas en delitos que ya se encontraban previstos.

Este segundo aspecto mencionado puede observarse, no solo en algunos tipos delictivos específicos de la parte especial, sino con el sistema de sanciones general, cuya expresión más acabada y drástica fue la incorporación de la prisión permanente revisable al derecho penal español²⁷.

Dentro de esta realidad político criminal, caracterizada por la creciente imposición de penas de excesiva duración, una de las situaciones en que ella se manifiesta con especial intensidad es el sistema de consecuencias jurídicas en los supuestos de concurso real de los artículos 73, 75 y 76 del CP.

²⁴ Vid. supra 1.2.

²⁵ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 107 s.

²⁶ Sobre ello, fundamental Vid. CANCIO MELIÁ, M./ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í., «Introducción», p. 26; CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», pp. 45 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, pp. 107 ss.; MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», p. 65; MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, pp. 5 ss., 339 ss.; POZUELO PÉREZ, L., *La política criminal mediática*, pp. 96 ss., pp. 147 ss.; LA MISMA, «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», pp. 108 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, passim, en particular, pp. 189 ss. Sobre este mismo proceso en el ámbito estadounidense, Vid. CASTIÑEIRA PALOU, M. T./RAGUÉS I VALLÈS, R., «*Three Strikes*». El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», pp. 119 ss.

²⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

La regla penológica que el CP español otorga a los casos de concurso real parte de la base de una acumulación de las penas correspondientes para cada delito cometido, cuyo cumplimiento será simultáneo, si la naturaleza y efectos de las infracciones lo permite (art. 73 CP) o, en caso contrario, sucesivo, en orden a su respectiva gravedad (art. 75 CP). El cumplimiento sucesivo, no obstante, cuenta con dos limitaciones establecidas en el artículo 76.1 CP: una relativa, que indica que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no puede superar el triplo de la pena mayor impuesta por los hechos cometidos, y otra absoluta, que impide que la pena a imponer supere los 20, 25, 30 o 40 años, según cuáles sean las penas establecidas para los delitos cometidos, a menos que uno de ellos tenga prevista la pena de prisión permanente revisable, situación en la cual no habrá ninguna limitación temporal al respecto. Estas limitaciones convierten al principio rector de estas reglas de determinación en uno de acumulación jurídica y no de mera acumulación aritmética²⁸. La mera posibilidad hipotética de que pueda limitarse la acumulación es lo que identifica a las reglas del concurso real con el principio de acumulación jurídica, y no únicamente la circunstancia de que en el caso concreto ello ocurra²⁹. Así como decíamos, respecto del de exasperación, que lo que lo diferencia de la absorción es la posibilidad abstracta de que pueda superarse el máximo del marco penal correspondiente, y que en caso de no superarlo no se convertiría de repente en una absorción, también aquí cabe replicar el argumento.

Sin embargo, esos límites no son plenamente satisfactorios para acercar algo de razonabilidad a la decisión; decía hace tiempo Sanz Morán que «producen desigualdades en relación al número de infracciones necesarias para que ope-

²⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 963 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 73», p. 535; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 30. En cambio, Zaffaroni considera que el principio que rige en esta materia es el de exasperación (*Vid.* ZAFFARONI, R. E., *Tratado de derecho penal*, Tomo IV, p. 513); también en ZAFFARONI, R. E./ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, p. 852. Esa confusión terminológica también puede observarse, aunque en sentido inverso, en el derecho italiano, que se refiere a la acumulación jurídica para supuestos que, tanto en España como en Alemania, se denominan de exasperación. Por su parte, la acumulación material será «totale» si no prevé ningún límite y, en cambio, será «temperata» si tiene ciertos límites (*Vid.* FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, pp. 704 ss.; PELISSERO, M., «Unità o pluralità di reati», pp. 619 s.; MANTOVANI, F./FLORA, G., *Diritto Penale*, pp. 477 s.; RIZ, R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, p. 118). Este último caso se correspondería con lo que entre nosotros se conoce como acumulación jurídica. Por último, algunos autores consideran como sinónimos los términos acumulación jurídica, aspersión o exasperación (así, por ejemplo, ZIFFER, P., «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», p. 261).

²⁹ Hay autores, en cambio, que distinguen según se vuelva operativa o no la regla del artículo 76 CP. En este sentido, serían de acumulación jurídica los casos sometidos a los límites del artículo 76 CP, mientras que el resto de los casos, tanto aquellos susceptibles de cumplimiento simultáneo como aquellos de cumplimiento sucesivo que no habiliten aplicar los topes del artículo 76 CP, serían supuestos de acumulación material (por todos, ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 35 ss.).

ren; además, el límite relativo (el triple de la más grave de las penas en que se incurrió) tiene efectos aleatorios: beneficia si las penas individuales son de idéntica gravedad y perjudica en caso contrario; y en cuanto al límite absoluto (veinte años, que en los supuestos indicados en el art. 76 pueden convertirse en veinticinco o incluso treinta) sigue siendo a todas luces excesivo»³⁰. Pues bien, hoy ese máximo puede ser aún mayor, siendo posible una aplicación de hasta 40 años³¹.

Este principio de acumulación ha venido siendo, desde antiguo, aquel que proporciona el criterio base en materia de concurso real de delitos. Bajo la lógica de que no puede beneficiarse con la reducción –o no aplicación– de la pena a quien ha cometido un delito por el hecho de que haya, previamente, cometido otro³², distintas codificaciones fueron adoptando esta forma de determinar la sanción para esta modalidad concursal, que responde a la idea de que cada delito debe tener su correspondiente castigo, argumento conocido con la expresión latina *quot delicta, tot poenae*³³. Además, no es de despreciar su relativa sencillez en el momento de poder determinar la pena concursal final, con muy poco espacio para la arbitrariedad judicial –al menos, si es aplicado en puridad–, situación que no se da con otros principios alternativos. Por lo demás, también se presenta como una respuesta casi obvia frente a la pregunta de cómo deben sancionarse varios hechos a través de los cuales se cometen distintas infracciones, puesto que cada delito con su respectiva gravedad debe valorarse de forma separada³⁴.

Sin embargo, y pese a estas presuntas bondades, el principio de acumulación material es visto con mucho recelo por las consecuencias desproporcionadas que puede causar, entre otras³⁵. Esta es la razón que explica la existencia

³⁰ SANZ MORÁN, Á., «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», p. 516.

³¹ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio; siendo muy superior a los 30 años que establece el Estatuto de Roma, en su artículo 78.3 para los casos de mayor gravedad sistémica, *Vid.* BASSO, G., «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», pp. 20 ss.

³² SANZ MORÁN, Á., «El concurso de delitos en la reforma penal», p. 216.

³³ BELING, E., *Esquema de Derecho penal*, p. 221, se refiere a ella como «*Quot crimina, tot poenae*». Se trata de un argumento vinculado a la necesidad de que la pena correspondiente a cada delito sea efectiva y no meramente «ilusoria» debido al cumplimiento simultáneo de todas ellas, *Vid.* COUSO SALAS, J., «¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas, y en perspectiva comparada», pp. 335 s.; ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 28 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 25, 162. En el ámbito angloamericano se utiliza la frase «do the crime, do the time» para expresar una idea similar, *Vid.* TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», p. 256.

³⁴ RYBERG, J., «Retributivism and Multiple Offending», p. 213.

³⁵ ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 213; CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», pp. 853 ss.; DEL MORAL GARCÍA, A., «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», *passim*; PACHECO, J. F., *El Código Penal. Concordado y comentado*, pp. 409 ss., pese a concederle una aprobación en términos lógicos, al analizar

de los mencionados límites, absolutos y relativos, impuestos por el legislador a la propia acumulación.

No obstante, es de destacar que dichas limitaciones solo operan respecto de las penas privativas de libertad³⁶, mas no en las otras clases de pena, como así tampoco en las consecuencias accesorias a la pena, donde la regla sigue siendo la de la acumulación material³⁷. La razonabilidad de la distinción no es en absoluto diáfana y las consecuencias pueden ser de una gravedad tal que resulten sumamente perjudiciales para el autor, más allá de que sería difícil que puedan ser equivalentes a la pérdida de la libertad, todo lo cual contrasta con la poca consideración que, comparativamente, ha tenido este aspecto en la discusión académica³⁸.

las consecuencias se pregunta «¿No hay un instinto de buen sentido que nos aconseja no seguir rigurosamente la lógica, cuando ésta extrema sus ilaciones y conduce a consecuencias exageradas y peligrosas? [...] 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», y, sin hallar respuesta satisfactoria en otros comentaristas, afirma «[l]o que *a priori* nos dice el ánimo, lo repugna luego el conocimiento de las consecuencias que produciría» (cursivas en el original).

³⁶ Así, el Tribunal Supremo tiene dicho que las limitaciones a la acumulación material solo son aplicables a las penas privativas de libertad, que son, según el artículo 35 CP, la de prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, mientras que las restantes están sometidas a la regla general del artículo 75 CP (*vid.*, con las referencias jurisprudenciales correspondientes, ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 115 ss.). Sobre este punto, *Vid.* ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», pp. 687 ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 965 ss.; sobre la posibilidad de acumular o bien de imponer el cumplimiento simultáneo de la pena de prisión con la localización permanente, *Vid.* SSTS 207/2014, de 11 de marzo; 393/2014, de 19 de mayo, donde el Tribunal Supremo distingue la naturaleza de ambas consecuencias para denegar la aplicación del artículo 76 CP y proceder al cumplimiento simultáneo. Crítica con esa interpretación, SOLAR CALVO, P., «Interpretación judicial del artículo 76 CP tras la LO 1/2015», p. 3, considera 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 [...] 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»; LA MISMA, «Por qué no sirve el artículo 76 CP. Problemática y propuesta de solución desde el ámbito penitenciario», pp. 229 s., donde refiere que se aprecia un viraje del TS en su postura al respecto, con cita de la STS 224/2018, de 16 de mayo.

³⁷ Señala los problemas que ello acarrea, tanto para multas como para penas interdictivas, en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, FUENTES OSORIO, J. L., «Simultáneas y acumuladas. La determinación de las penas de las personas jurídicas en curso de delitos», pp. 78 ss. Es importante destacar que la reforma del Código penal alemán 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., *Revision der Konkurrenzlehre*, pp. 43, 47. Ashworth y Kelly refieren que el *totality principle* también debería regir para casos de delitos leves con penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (*Vid.* ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 340). En cambio, ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 40, considera que «el límite se impone tanto a las penas principales como a las accesorias».

³⁸ Sí se ha tenido en cuenta esa diferencia de gravedad relativa, en cambio, en los supuestos de concurso ideal y medial, en el momento de establecer cuál es la infracción más grave (*Vid.* infra 8.1 y 8.2). Críticos con la interpretación del Tribunal Supremo, entre otros, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos*

Merece la pena destacarse que la elección por el principio de acumulación no es exclusiva del legislador español, sino que es el que más se utiliza para los casos de concurso real en aquellos países que optan por una solución plural en materia de concurrencia delictiva³⁹. La excepción más importante viene dada por la legislación alemana que, incluso adoptando una solución diferenciadora, destina para los supuestos de concurso real un tratamiento de exasperación, cuyas particularidades se explicarán en el capítulo siguiente. Es normal encontrar fuertes críticas al principio de acumulación entre los autores que defienden un sistema de solución unitaria⁴⁰. Sin embargo, también autores que parten de la base de sostener un sistema plural de sanciones están en desacuerdo con la aplicación de este principio en supuestos de concurso real⁴¹.

Las críticas a esta forma de construir las consecuencias jurídicas⁴², como se ha dicho, se relacionan con la tensión que genera con el principio de proporcionalidad⁴³, con el de humanidad de las penas⁴⁴ y con la pretensión de reso-

y *determinación de la pena*, pp. 63 s.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 965 s., 972 s.; ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 118 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 237; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 68 s.

³⁹ Vid. supra 2.2.3; ORTEGA MATE SANZ, A., «La punición del concurso de delitos en el derecho comparado», pp. 459 ss.

⁴⁰ MORILLAS CUEVA, L., «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», pp. 472 s.

⁴¹ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 36 ss.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 25 ss., 30 s.

⁴² Vid. infra 8.3. De otra opinión, ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 118 s., considera que las reglas relativas al concurso real son normas relativas al *cumplimiento o ejecución de la pena*, a diferencia del concurso ideal, medial y delito continuado, cuyas reglas sí que son normas de determinación o individualización judicial de la consecuencia jurídica aplicable; EL MISMO, *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 45 ss.; con más dudas, EL MISMO, «La determinación de la pena en la fase de ejecución», pp. 445 s., en donde sostiene que «no nos encontramos con el artículo 76 CP ante normas penitenciarias ni de ejecución, sino que su naturaleza, en cuanto a su previsión legislativa, como parte de las reglas especiales para la aplicación de las penas del CP (artículos 73 a 79), es puramente penal», y, sin embargo, luego afirma «[s]iguiendo con el artículo 76 CP [...] es una regla de cumplimiento. Luego, de ejecución (aunque, si queremos verlo así, no en sentido estricto)».

⁴³ Se suele decir, en este sentido, que la intensidad de la pena no crece en progresión aritmética, sino geométrica, lo que llevaría a una situación de desproporción entre la lesividad del hecho su consecuencia jurídica, expresión que se le atribuye a Mittermaier (Vid. BAUMGARTEN, A., «Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz», p. 4). En el mismo sentido, 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», pp. 582 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 472, nm. 3257. Críticos con este argumento, considerándolo empíricamente defectuoso, FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», pp. 1989 s., nm. 2; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1108 s., nm. 14; RYBERG, J., «Retributivism and Multiple Offending», p. 216.

⁴⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 548; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho penal (III)», pp. 106 ss.; Similar, bajo la idea de dignidad humana, TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», pp. 255 s.

cialización, para quienes consideran que la prevención especial debe ser el fin de la pena como «institución»⁴⁵⁻⁴⁶. Sin embargo, aquí analizaremos críticamente este principio de determinación de la pena desde su argumento más fuerte, que es el de la retribución⁴⁷, en tanto justificación de una pena que tenga en cuenta todos los hechos cometidos.

Es un lugar común afirmar que el principio de acumulación material se ajusta más a una teoría retributiva del fin de la pena que a una preventiva⁴⁸. Asimismo, y como contracara de la misma moneda, también es común observar que los límites a la acumulación, sobre todo cuando tienen que ver con descuentos punitivos, son más fácilmente justificables desde teorías preventivas o consecuencialistas⁴⁹ que desde teorías retributivas⁵⁰. Reformulado: mientras que la

⁴⁵ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 38 s. Destaca la importancia de distinguir entre la pena como *institución* y la pena como *acto concreto de imposición*, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, pp. 237 s. Sobre el origen de tal distinción, con más referencias bibliográficas, Vid. FELJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, pp. 119 s., y nota 77.

⁴⁶ Me refiero aquí a la prevención especial como fin de la pena en cuanto consideración teórica, con independencia de que pueda considerarse la única posible de conformidad con el postulado constitucional del artículo 25.2 CE. Sobre esto último, no obstante, véase la limitación sobre su alcance que ha hecho el propio Tribunal Constitucional español en la STC 2/1987, de 21 de enero, donde se indica que «el artículo 25.2 [CE] no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación» encaminada a la reeducación y reinserción social. También el Tribunal Supremo, en la misma línea, ha dicho que «la resocialización del delincuente [...] no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como la retribución o especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial» (Vid. STS 650/2014, de 16 de octubre).

⁴⁷ Dice Carrara que «la acumulación debería prevalecer si el fundamento de la pena fuera únicamente la justicia o si su fin fuera la expiación», citado por SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 25.

⁴⁸ CALDERÓN CEREZO, Á., «El concurso real de delitos sus consecuencias punitivas», pp. 163 s.; CARAMUTI, C., *Concurso de delitos*, p. 306; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 555; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 680; ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 24; EL MISMO, *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 114; PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 347 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 28, 162. ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 5.^a ed., p. 276 refería que «un enfoque lógico, de acuerdo con la teoría del merecimiento y del principio de proporcionalidad, sería asegurar que cada delito reciba una pena apropiada» (traducción propia), aunque esta afirmación desaparece a partir de la sexta edición en el año 2015.

⁴⁹ LOPERA VIÑÉ, R., «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», p. 1446, directamente prefiere llamar consecuencialistas a las posturas prevencionistas y/o utilitarias. Similar, mucho antes, BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», pp. 79 s.

⁵⁰ BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», pp. 64 s.; FELJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, p. 65, dice «[l]as teorías retributivas tienen problemas para explicar por qué el Estado debería renunciar –total o parcialmente– a la pena por no ser necesaria a pesar de ser merecida»; ORTEGA MATE SANZ, A., *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*, p. 67, refiere que «[e]l criterio del cúmulo de las penas encuentra su inspiración en los postulados de la retribución, pues [...] no admite la impunidad ni la rebaja de la pena correspondiente a ninguna de las infracciones cometidas»; RYBERG, J., «Retributivism and Multiple Offending», p. 214; TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», pp. 251, 254, considera que el descuento por canti-

retribución explica fácilmente la acumulación y tiene problemas para justificar sus límites, la prevención tiene problemas para explicar la acumulación y puede justificar sus límites con sencillez. Sin embargo, esas afirmaciones deben precisarse puesto que, así dicho, es tan inexacta la asimilación de la retribución con la acumulación⁵¹ y la disociación de ésta con la prevención⁵², como su reverso en cuanto a los límites al castigo⁵³.

En cuanto a lo primero, hay que decir que sostener una teoría retributiva de la pena no obliga necesariamente a imponer «íntegramente» el castigo de cada uno de los delitos cometidos⁵⁴⁻⁵⁵, sino que bien puede sostenerse una

dad (*bulk discount*) «por defecto» no es justificable desde una posición retribucionista. De otra opinión, FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», p. 201, en relación con los dos posibles errores al imponer una pena, esto es, o bien que sean excesivas o bien que sean insuficientes, dice claramente que «un retributivista podría –y creo que “debería”– concluir además que las penas que exceden el merecimiento son normativamente un resultado peor que las penas inferiores al merecimiento» (traducción propia; resaltado en el original).

⁵¹ Aunque sería un argumento más en favor de lo que aquí se sostiene, dejaré de lado la crítica que se hace a la acumulación desde el punto de vista de la retribución con base en que, tratándose de delitos leves, terminaría por arrojar como resultado un monto de pena que sería desproporcionado con la gravedad de los hechos cometidos. A ese respecto, Vid. QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 73», p. 534; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 25 s.

⁵² Así también, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 36.

⁵³ Muy cercano en este punto, ZAIBERT, L., *Rethinking punishment*, p. 179. Aunque su posición esté referida al perdón y no a los límites de la pena, *a maiore ad minus*, lo mismo valdría aquí.

⁵⁴ Quizás solo una tesis kantiana de la retribución podría llegar a sostener la *necesaria igualdad* entre delito y pena, en el sentido del *ius talionis*, (Vid. RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, pp. 31 ss.), algo que Beling calificó como de «retribucionismo fanático» (Vid. BELING, E., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, p. 49). Esta interpretación incluso es negada por algunos autores que han indicado que ni siquiera Kant sostenía una teoría *pura* de la retribución (en este sentido, BYRD, B. S., «Kant's theory of punishment: Deterrence in its threat, retribution in its execution», *passim*; HRUSCHKA, J., «Die “Verabschiedung” Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *passim*). Crítico con estas interpretaciones de Kant, MAÑALICH, J. P., «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», pp. 21 ss. Una teoría puramente retributiva, en el sentido expresado, sostienen ALEXANDER, L./KESSLER FERZAN, K., *Reflections on Crime and Culpability: Problems and Puzzles*, pp. 133 ss.; MOORE, M., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, pp. 153 ss. También podría afirmarse esa necesaria vinculación desde una «tesis privatista» de la retribución (Vid. COUSO SALAS, J., «¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través su cumplimiento sucesivo? Consideraciones críticas, a partir del principio de proporcionalidad de las penas, y en perspectiva comparada», pp. 336 s.), que indica que la pena debe compensar a cada víctima por el daño sufrido y la medida de esa compensación tiene que ser igual para cada una de ellas; similar, LIPPKE, R., «Retributive Sentencing, Multiple Offenders, and Bulk Discounts», pp. 222 ss., acuñando el principio que ha denominado como «Each Victim Counts». Muy crítico con esa equiparación entre retribución y *lex talionis*, ZAIBERT, L., *Rethinking punishment*, pp. 179 ss., quien, en su polémica con Nussbaum, indica que se trata de un mito (p. 179), una caricatura anacrónica (p. 181) o grotesca (p. 185), sostiene que, como se mencionó en la nota anterior, incluso el perdón puede ser asumido dentro de una teoría retributiva.

⁵⁵ Ni siquiera genera un «deber» de castigar sin más (Vid. BELING, E., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, pp. 45 ss., 68 s.; FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», p. 192; MAÑALICH, J. P., «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», p. 5; PAWLIK, M., *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, pp. 138 s.). De otra opinión, las teorías que Silva Sánchez denomina «retribucionismo absoluto»

merma en el monto de pena «debida» por los delitos subsiguientes⁵⁶. Así, por ejemplo, Bennet⁵⁷ defiende que la retribución y la teoría del *bulk discount* no son incompatibles, si se sostiene un retribucionismo moral y no uno legal. Considera que la justificación del castigo debe basarse más en la idea de disociación con el hecho al imponer la pena, para no ser cómplices en sentido lato o condescendientes con el hecho o el autor, antes que en la idea de merecimiento (en términos de sufrimiento), y defiende que la discrecionalidad en la (no) imposición de penas puede ser defendida también desde un punto de vista democrático, no entendido como la identificación de la voluntad del pueblo con las decisiones de la asamblea legislativa, sino como expresión de una equidad que evite suponer que un individuo tenga más influencia sobre la decisión que cualquier otro, lo que se lograría dando mayor participación de los legos en los jurados penales. En definitiva, afirma que la retribución no debe ser entendida como el sufrimiento merecido en proporción con la gravedad de la infracción, sino como alguna respuesta de carácter específico debido al carácter ilícito de la acción delictiva. También un retribucionismo axiológico, como el que defiende Zaibert⁵⁸, plantea que la justificación del castigo por merecimiento puede ceder ante la inclinación para disminuir el sufrimiento, y ello es así porque ambos aspectos dependen de valoraciones que se deben ponderar en el caso concreto⁵⁹. Esa incompatibilidad tampoco se da en la retribución entendida en el sentido de un «merecimiento empírico», como propone Robinson⁶⁰, en tanto que el Derecho penal debe estar legitimado

(SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte general*, p. 263), algunos de cuyos referentes fueron citados en la nota anterior.

⁵⁶ Para ello es fundamental diferenciar, siguiendo a Mackie, entre «retribución negativa», «retribución positiva», y «retribución potestativa», donde la primera está vinculada con la *prohibición* de castigar al inocente, la segunda con la *obligación* de castigar al culpable, y la última con la *posibilidad* de castigar al culpable (*Vid.* MACKIE, J. L., «Morality and the retributive emotions», p. 4). Ryberg, desde una posición retribucionista, se muestra escéptico con las aproximaciones teóricas que se han hecho en este sentido, *Vid.* RYBERG, J., «Retributivism and Multiple Offending», *passim*.

⁵⁷ BENNETT, C., «Retributivism and Totality: Can Bulk Discounts for Multiple Offending Fit the Crime?», pp. 57 ss.

⁵⁸ ZAIBERT, L., «La justificación de la pena», pp. 149 ss.; EL MISMO, *Rethinking punishment*, pp. 12 ss. Para una breve, pero aguda, crítica a esta monografía, véase la recensión que hizo de ella RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Rethinking punishment. Leo Zaibert (2018)», *passim*.

⁵⁹ Con base en el concepto de perdón (*forgiveness*), ZAIBERT, L., *Rethinking punishment*, p. 178. Similar, bajo la idea de compasión o misericordia (*mercy*), BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», pp. 65 ss. Mucho antes, THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., pp. 57 s.; 59 ss., mencionaba la necesidad de evitar que la pena tenga un «efecto aplastante» sobre el sujeto. Robinson, en cambio, considera que el fundamento de la mitigación no puede ser una cuestión de gracia o perdón sino de derecho (*Vid.* ROBINSON, P. H., «Mitigations: The forgotten side of the proportionality principle», pp. 223, 226, 271).

⁶⁰ Como se trata de una posición mixta o ecléctica, que contiene elementos vinculados al merecimiento por el hecho pasado como a las consecuencias de la pena de cara al futuro (*Vid.* ROBINSON, P. H.,

moralmente frente a la sociedad y para ello debe también aceptar ciertas mitigaciones en el castigo que se corresponden con los juicios que hace la gente común (*ordinary people*) con base en criterios de justicia y proporcionalidad⁶¹; ni tampoco en una «retribución consecuencialista», como la defendida por Frase o Mañalich⁶².

Incluso esa merma o descuento puede ir progresivamente intensificándose a medida que se vayan sumando infracciones⁶³. Esta es, por ejemplo, la propuesta realizada por Martin Borgeke, Juez de la Corte Suprema de Suecia, quien ideó una especie de fórmula matemática (conocida como «fórmula Borgeke»⁶⁴) para ir sumando las penas de los distintos hechos en forma decreciente, de tal manera que la primera pena sea por el delito más grave con un peso del 100% y, a partir de ahí, ir imponiendo las penas de los delitos que le siguen en gravedad con un porcentaje que variará según sea el monto de la

«Mitigations: The forgotten side of the proportionality principle», p. 224), se lo puede ubicar tanto como una variante de retribución (así RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?», pp. 78 ss.; EL MISMO, «Pena (Teoría de la)», p. 228, marcando el papel central que juega la retribución en su teoría); como también como una variante de prevención general positiva (así CANCIO MELIÁ, M./ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í., «Introducción», p. 25; PEÑARANDA RAMOS, E./BASSO, G., «La pena: Nociones generales», p. 176). Para mayores referencias en este último sentido, *Vid.* RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 217, nota 118. Por otra parte, también se ha caracterizado como una de «las dos grandes teorías retributivas de la moderna ciencia del Derecho penal» a la versión funcional anti-psicologicista de Jakobs, indicando que «[m]ediante su tesis de la confirmación de la identidad normativa de la sociedad, Jakobs no ha avanzado hacia un modelo de prevención de integración o “promocional”, sino más bien hacia una teoría en la que lo retributivo prepondera sobre lo preventivo» (*Vid.* CANCIO MELIÁ, M./FEJOO SÁNCHEZ, B., «Estudio preliminar», pp. 40 s., p. 47).

⁶¹ *Vid.* ROBINSON, P. H., *Principios distributivos de Derecho penal*, pp. 197 ss.; EL MISMO, «Mitigations: The forgotten side of the proportionality principle», pp. 222 ss.; 270 ss.; similar en este punto, BELING, E., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, pp. 48 s.; FEJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, p. 168, refiere que «se entiende de forma natural que una dinámica de imposición de penas que puedan ser consideradas por la generalidad como justas, tendría un efecto integrador a largo plazo, quedando así integrado el momento de la amenaza con el de la imposición de la pena».

⁶² FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», pp. 191 s.; MAÑALICH, J. P., «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *passim.*, en particular, pp. 11 ss., 15 ss.

⁶³ ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 217. En favor de utilizar estándares de interpretación restrictiva con base en criterios de proporcionalidad cardinal, BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», pp. 23, 26, 28 s. Siguiendo a Ashworth, parte también de esta base, con fundamento en un criterio de proporcionalidad global, JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», pp. 138 s. De hecho, según este autor, el descuento progresivo es el patrón general que puede encontrarse, por ejemplo, en Alemania, Suecia, Inglaterra y en otras jurisdicciones del *common law* (*Vid.* ÍDEM, p. 137). MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, p. 597, consideran que «el decaimiento progresivo de la reacción punitiva se corresponde correctamente con la disminución también progresiva de la culpabilidad del autor frente a la motivación inhibitoria». Esta idea está detrás de lo que Molina Fernández denomina *principio de punición suficiente* (*Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 472, nm. 3257).

⁶⁴ VIBLA, N., «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», pp. 166 ss.; VON HIRSCH, A., «Multiple-Offense Sentencing. Some Additional Thoughts», pp. 185 s.

pena impuesta por el delito más grave. Así, sostiene que, si el delito más grave tuvo una pena de 6 meses o menos, la pena por el 2do y 3er hecho será de 1/2, la del 4.º y 5.º de 1/3, 6.º y 7.º de 1/4. Si la pena del más grave fuese entre 6 meses y un año, al 2do se aplicará un 1/2, al 3ro un 1/3, al 4.º 1/4, y así sucesivamente. Y si la pena inicial fuese de 1 año y medio o más, por el 2do hecho recibirá un 1/3, por el 3ro 1/6, por el 4.º 1/9, por el 5.º 1/12, por el 6.º 1/15, etc. No está claro que una determinación tan estrictamente numérica sea lo deseable⁶⁵, pero es interesante ver cómo está expandida la idea de una acumulación progresivamente decreciente.

Respecto de lo segundo (separación entre acumulación y prevención), puede que la afirmación tenga sentido si estamos pensando en la prevención especial positiva⁶⁶, en términos de resocialización, pero solo en ella⁶⁷. Una teoría preventivo-negativa, ya sea general o especial, no constituiría «necesariamente» un argumento en contra de la acumulación. La «inocuidación» adquiere más sentido a medida que el sujeto otorga más razones en contra de su posible corrección⁶⁸, y esas razones pueden estar vinculadas a la cantidad de infracciones cometidas. La «intimidación», ya sea dirigida al colectivo, como potenciales delincuentes⁶⁹, o al individuo no necesitado de corrección⁷⁰, también vincula su eficacia como coacción psicológica a la severidad del castigo. En ese sentido, cualquier «descuento» puede verse como contraproducente a

⁶⁵ PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho Penal*, p. 383, en relación con la proporcionalidad que tiene que tener el castigo, afirma: «No se entienda que quisiera yo traer la certidumbre geométrica a las cuestiones de derecho, ni que me quejo de que las demostraciones de Euclides no sean aplicables a las materias filosóficas, suponiendo que sólo en aquellas se encuentra la verdad. Sé muy bien cuál es la esfera de las leyes matemáticas; y ni quiero sacarlas de lo que es suyo para llevarlas a donde nunca podrían vivir, ni las echo de menos en la resolución de los problemas morales y metafísicos, para los cuales hay otras reglas, hay otros métodos, hay otra certidumbre». Al respecto, *Vid.* VON HIRSCH, A., «Guidance by numbers or words? Numerical versus narrative guidelines for sentencing», pp. 55 ss.

⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 962, refiere que «si el principio de acumulación material puede dificultar la toma en consideración de finalidades resocializadoras, tampoco toma en cuenta aspectos preventivo-especiales para agravar la responsabilidad del sujeto, poniendo de manifiesto que su lógica es enteramente ajena a la misma», aunque luego, en relación con la acumulación jurídica, indica que «el establecimiento de límites de cumplimientos máximo ya supone una cierta concesión a la prevención especial [...] En este sentido, la acumulación jurídica resulta, en principio, coherente con el mandato del artículo 25.2 C. E.» (*Vid.* ÍDEM, p. 998).

⁶⁷ Y siempre que se piense como *límite* y no como fundamento de la pena, pues, sin esa precisión, nada impide que pueda (deba) imponerse tanta pena como la que fuera necesaria para resocializar/corregir (*Vid.* RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, p. 54).

⁶⁸ Al respecto, Von Liszt indica que frente al incorregible no queda más remedio que la privación de libertad de por vida o, en su caso, por tiempo indeterminado (*Vid.* VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, p. 120).

⁶⁹ Así la llamada teoría de la coacción psicológica de Feuerbach (*Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E./BASO, G., «La pena: Nociones generales», pp. 170 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aproximación al Derecho Penal contemporáneo», pp. 342 ss.).

⁷⁰ RODRÍGUEZ HORCAJO, D., *Comportamiento humano y pena estatal*, pp. 50 s.

esos fines preventivos⁷¹. Por último, una teoría preventivo general positiva también podría justificar la imposición de penas acumuladas en la medida en que cada una de ellas representa la reacción normativa por la infracción a la vigencia de cada norma cuestionada⁷², ya se trate de distintas normas –en concurso material heterogéneo– o de la infracción múltiple de la misma norma –en concurso material homogéneo–. No es casual que una de las críticas más comunes que se han realizado en contra de las teorías preventivas, además de la clásica objeción kantiana de tratar al ser humano como medio para la consecución de otros fines, es la de su potencialidad expansiva en aras de esa búsqueda de mayor prevención⁷³.

Lo que quiero significar con esto es que un sistema de acumulación puede aceptarse o rechazarse con independencia de la teoría de la pena que se sostenga. Por supuesto que habrá teorías que se acerquen o alejen más a esos principios y, por lo tanto, su explicación tenga que ser un poco más sofisticada para ello. Pero, en cualquier caso, todo dependerá de qué sentido o alcance se le dé a cada concepto. Asimismo, como contracara de la misma moneda, tampoco resulta claro cuál es el fundamento teórico por el cual no se va a realizar una mera acumulación aritmética de los delitos cometidos. En otras palabras, los límites al principio de acumulación, independientemente de la forma en que se lleven a cabo, y amén de lo intuitivamente obvio que pueda resultar,

⁷¹ Esto mismo sugiere JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», p. 129. Ello es así, por el estricto apego de la prevención a una ética consecuencialista, aunque no necesariamente utilitarista (Vid. MAÑALICH, J. P., «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», p. 5).

⁷² FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Responsabilidad penal de adolescentes, prevención especial y pluralidad de infracciones. Comparación con el Derecho penal de adultos», p. 66; JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», pp. 342 ss. Dice Jakobs en su manual, «se trata de que la pena ha de entenderse como símbolo de la desaprobación jurídica del comportamiento del autor y de que varias desaprobaciones pueden ser simbólicas a la vez [...] mediante la pena total ha de ponerse de manifiesto la desaprobación de todos los hechos» (Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, p. 1109). No se me escapa la excesiva simplificación que estoy haciendo de las teorías de la pena en general y de la prevención general positiva en particular, dentro de la cual pueden hallarse muchas variantes y matices; a este respecto, Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La pena como institución jurídica*, pp. 169 ss.; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención*, pp. 248 ss. En contra de lo sostenido en el texto, Vid. FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», pp. 1990 s., nn.mm. 5 s.

⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», pp. 148 s. En este sentido, LOPERA VIÑE, R., «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», pp. 1448 s., ha dicho tajantemente que «[d]esde una lógica consecuencialista, si fuese útil acudir a penas desproporcionadas, se haría sin incurrir en ninguna incoherencia», y ya vimos que ella utiliza el término consecuencialismo para referirse a las teorías preventivas (Vid. nota 49); RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la)», p. 228; EL MISMO, «Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?», pp. 81 ss. En sentido similar, VON HIRSCH, A./ASHWORTH, A., *Proportionate Sentencing: Exploring the principles*, p. 133, destacan que la dificultad fundamental del argumento de la prevención es que no reconoce que la proporcionalidad no es solo un principio prudencial, sino también ético.

deben poder justificarse teóricamente⁷⁴. En este sentido, los intentos que se han realizado desde distintas variantes de la retribución, tanto desde las teorías del merecimiento como de las teorías de la compasión o misericordia, son aportes que permiten dar una respuesta a los dos aspectos que deben estar presentes en toda justificación del castigo, el de su fundamento y el de sus límites, y en particular en el principio de acumulación, que suele expresar con mayor contundencia las contradicciones que pueden presentarse en esa búsqueda.

Ahora bien, como he dicho en distintos pasajes de todo el trabajo, desde mi punto de vista, no creo que deba seguir manteniéndose el principio de acumulación como criterio para la determinación de ninguna pena concursal. Los problemas que acarrea, ya sea en el plano material, con su permanente tensión en relación con los principios constitucionales limitadores del Derecho penal, junto a los problemas de justificación denunciados, como los inconvenientes que, desde el aspecto procedimental, puede generar en algunas regulaciones —como la española—⁷⁵, son suficientes como para proponer de *lege ferenda* su desaparición del Código penal⁷⁶.

No obstante, todavía se encuentra plenamente vigente en varias legislaciones y, por lo tanto, corresponde ofrecer una posible vía de interpretación que permita dotarlo de algo de racionalidad a fin de evitar los efectos devastadores que puede generar. En este sentido, de mantenerse la regulación actual, la idea sobre la cuál creo que deben invertirse los esfuerzos para una mejora del sistema de consecuencias en el concurso real está vinculada a la propuesta de ir «aumentando de forma progresivamente decreciente» la sanción a medida que se vayan sumando los delitos. Este tiene que ser el punto de partida para

⁷⁴ TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», p. 249. Esa intuición, además de ser sostenida por la población en general, de conformidad con los resultados que arrojaron estudios empíricos sobre este extremo (Vid. ROBINSON, P. H./DARLEY, J., *Justice, Liability and Blame*, p. 193), es corroborada por distintas investigaciones de campo que se han llevado a cabo en múltiples jurisdicciones, incluso provenientes de diferentes culturas jurídicas, que dan cuenta de que el comportamiento de los tribunales en supuestos de concurrencia delictiva es la de ir incrementando los descuentos punitivos a medida que se suman los delitos. En este sentido, véanse los aportes de Albrecht respecto de Alemania (ALBRECHT, H. J., «Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes», pp. 387 ss.), de Hinkkanen/Lappi-Seppälä con los tribunales finlandeses (HINKKANEN, V./LAPPI-SEPPÄLÄ, T., «Sentencing Theory, Policy and Research in the Nordic Countries», pp. 363 ss.), y de Lovegrove en relación con la justicia australiana (LOVEGROVE, A., *The Framework of Judicial Sentencing: A Study in Legal Decision Making*, p. 237 ss.; EL MISMO, *Sentencing the Multiple Offender*, pp. 51 ss.). Da cuenta de todos ellos, BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», pp. 34 ss.

⁷⁵ Sobre ello, Vid. infra 8.3.

⁷⁶ CANTARD, N., «El principio de acumulación a examen: ¿se debe mantener, se debe corregir o se debe erradicar?», pp. 139 ss. En este sentido, también la propuesta de regulación que concluyera el Proyecto de Investigación ya mencionado de la Universidad Autónoma de Madrid aboga por su exclusión (Vid. PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», pp. 409 ss.).

repensar el sistema de sanciones en estos supuestos. Luego, se podrá discutir sobre el «cómo» llevarlo a cabo, lo que será –seguramente– objeto de muchísima controversia, pero que resulta inevitable.

Lejos de pretender cerrar el debate sobre este punto, lo cual requeriría un trabajo monográfico específico al respecto, quisiera plantear una posible línea a explorar como vía de solución. Una vez individualizada la pena concreta correspondiente a cada uno de los delitos concurrentes, debería establecerse un orden de gravedad decreciente entre todas las penas para identificar, de esa manera, el delito más grave⁷⁷. La pena de este delito se incorporaría a la acumulación que debe realizarse con un peso del 100 %, como si de un caso de unidad delictiva se tratase. A partir de allí, los aumentos por los delitos restantes no debieran ser hechos teniendo en cuenta el 100 % de su desvalor, sino con un descuento que irá progresivamente incrementándose a medida que vayan sumándose los delitos. Los porcentajes de los descuentos progresivos dependerán, por un lado, de los montos de penas individuales y, por el otro, de la cantidad de delitos concurrentes. En cualquier caso, no creo conveniente que esos porcentajes estén legalmente determinados, sino que deberían formar parte del arbitrio judicial, puesto que son los jueces quienes están en mejores condiciones para apreciar los diversos matices valorativos que pueden presentarse en cada caso⁷⁸, lo que sería imposible de establecer *a priori* con criterios generales. En todo caso, lo indisponible para el juez estaría dado por la obligatoriedad de realizar «algún» descuento punitivo a partir del segundo delito en orden de gravedad. También debe tenerse en cuenta que siempre habrá un momento en el que se alcance un punto de punición suficiente que haga innecesario seguir sumando penas. Nuevamente, aquí debe ser el juez el que criteriosamente identifique ese punto de saturación de pena⁷⁹. Así, por ejemplo, imaginemos que tenemos un caso en el que concurren 4 delitos, por los cuales se determina la pena de cada uno de ellos en 5 años, 4 años, 3 años y 6 meses y 2 años, respectivamente. La pena por el delito más grave –5 años– se incorpora a la acumulación con el 100 % de su desvalor, la pena del

⁷⁷ La gravedad debe determinarse en términos relativos, teniendo en cuenta todas las circunstancias que inciden en la mayor o menor lesividad de cada uno de los delitos cometidos.

⁷⁸ PACHECO, J. F., *Estudios de Derecho Penal*, p. 391, indica que «[l]a arbitrariedad es un elemento que no puede menos de entrar en todas nuestras obras, y no hay motivo para asustarse de una expresión que puede tener significado bien inocente. La arbitrariedad sin freno sin guía, entregada al capricho y al delirio de entendimientos menguados, ha sido sin duda uno de los azotes del mundo; pero la arbitrariedad necesaria, que puede moderar la razón, que puede aleccionar la experiencia, que encuentra consejos y aun preceptos en la observación de los hechos sociales, no solamente no es temible como aquella otra, sino que muchas veces es útil, es indispensable, es legítima, es una corrección hasta de la misma fijeza de la ley».

⁷⁹ Sigo, en este punto, la terminología utilizada por MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», p. 472, nm. 3257.

segundo delito en orden de gravedad se incorporaría a la acumulación con, supongamos, un 75 % de su desvalor individual, es decir con 3 años, la del tercero con un 50 % (1 año y 9 meses) y el último delito con el 25 % de su desvalor (6 meses). Con ello, una pena que, de seguir una acumulación aritmética quedaría en 14 años y 6 meses, a la cual no se le podría aplicar ningún límite del artículo 76 CP, pues está por debajo del triplo de la mayor –15 años– y por debajo de los 20 años del límite absoluto, pasaría a quedar en un total de 10 años y 3 meses, siempre y cuando el juez no haya considerado que se ha llegado al límite de saturación de pena antes. Es decir, el límite de punición suficiente no se ofrece como reemplazo de los que ya establece el artículo 76.1 CP, sino como complemento para supuestos en los que, precisamente, la pena no supere dichos límites y, no obstante, se considere que haya alcanzado un punto de saturación.

En este sentido, cabe hacer dos aclaraciones al respecto: en primer lugar, que no se trata de una interpretación sobre los límites a la acumulación, sino sobre la forma de proceder a la sumatoria de aquellas penas que no pueden ser cumplidas simultáneamente, por lo que el monto final de pena que se alcance debe respetar los límites previstos en el artículo 76 CP; en segundo lugar, que si la aplicación del porcentaje de descuento supone que el monto de pena a incrementar quede por debajo del mínimo previsto para el delito en cuestión –lo que sucedería, por ejemplo, si las penas que reciben un descuento hubieran sido impuestas en su límite inferior–, ello no significa que se esté imponiendo una pena inexistente, pues solo consiste en establecer el modo en que se produce el aumento en la pena final y no de la valoración individual que se haga de ese delito. En otras palabras, se trata entender que la pena concursal se construye a partir de los delitos concurrentes, pero tiene autonomía respecto de éstos⁸⁰.

Tengo para mí que esta forma de construir la pena es compatible con el tenor literal del artículo 75 CP, en la medida en que el orden de cumplimiento relativo a su «respectiva gravedad» está vinculado a la necesidad de que se cumplan en primer lugar las penas por los delitos más graves⁸¹, y que se deben

⁸⁰ Un argumento bastante extendido en la doctrina del Tribunal Supremo (*Vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 48 ss.).

⁸¹ Ya el Código penal de 1848 decía en el segundo párrafo del artículo 76 que cuando no fuera posible el cumplimiento simultáneo, el sentenciado debería sufrirlas en orden sucesivo «principiando por las más graves, o sean las más altas en la escala general, excepto las de extrañamiento, confinamiento y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales 1.º y 2.º» (*Vid.* PACHECO, J. F., *El Código Penal. Concordado y comentado*, p. 407). Ello tenía su razón de ser en la posibilidad de fuga que existiría de seguirse el orden inverso: sobre ello, con más referencias, *Vid.* ORTEGA MATESANZ, A., *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*, p. 67 y nota 180. En relación con el modo de establecer el orden de gravedad

«imponer» todas las «penas correspondientes a las diversas infracciones» (art. 73 CP), pero esto último no significa que cada una de esas penas deba estar necesariamente «acumulada» en un 100% de su valor en todos los delitos concurrentes, sino, precisamente, en la medida que corresponda. Con ello, se trata de una interpretación de *lege lata* que permite ofrecer respuestas punitivas más sensatas al principio de acumulación.

Se pretende compatibilizar, por un lado, la eficacia preventiva de la pena, considerando que cada delito que deba concurrir pueda tener el peso específico que la lesividad del hecho requiere, y, por el otro, establecer límites a los posibles excesos que pueden generarse de tener en cuenta exclusivamente el primero de los aspectos mencionados. En ambas facetas, tendrá una importancia primordial el principio de proporcionalidad. En la primera etapa, al establecer las penas correspondientes para cada delito concurrente y la forma en que se va a ir produciendo el aumento progresivamente decreciente; y, en una segunda etapa, si la pena alcanzada se corresponde con el concepto de proporcionalidad teniendo en cuenta todo el evento lesivo y su relación con delitos más graves.

No se me escapa que se trata de una interpretación que puede considerarse forzada, fundamentalmente en cuanto a una tradición histórica en que la regla de la acumulación fue estudiada e implementada. Todo ello es efectivamente así. Sin embargo, el único límite interpretativo inquebrantable es el de legalidad –garantía de tipicidad–, y, salvo error por mi parte, no creo que pueda decirse que la propuesta no entre dentro de la literalidad de la regla de determinación para el concurso real⁸². Se siguen imponiendo todas las penas correspondientes a las diversas infracciones (art. 73 CP), en cumplimiento sucesivo, de no ser posible el cumplimiento simultáneo (art. 75 CP), sujetas a los límites relativos y absolutos legalmente previstos (art. 76 CP). Lo único que cambia es el modo en que se lleva a cabo esa acumulación, y el fundamento no es otro que el principio que rige para toda regla de determinación de la pena en los concursos: el de proporcionalidad⁸³. Por lo demás, asumiendo lo forzado

no hay suficiente consenso en la doctrina, *vid.*, por todos, ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», pp. 701 ss.

⁸² El Tribunal Constitucional tiene dicho que es el «tenor literal del enunciado normativo [el] que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos» (STC 137/1997, de 21 de julio). Ya Pacheco era proclive a una interpretación del artículo 76 CP de 1848, que contenía –con pequeñas variaciones de redacción– a los actuales artículos 73 y 75 CP, similar en lo sustancial a la que aquí se propone, al indicar que «[n]osotros hubiéramos adoptado otro camino. En la reiteración de crímenes, habríamos tomado por regla general, para castigarlos la pena mayor, agravándola aún, según ciertas reglas», aunque no profundiza más sobre cuáles serían dichas reglas (*Vid.* PACHECO, J. F., *El Código Penal. Comcordado y comentado*, p. 411).

⁸³ Muy claro al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», pp. 23 s., 27 ss., 38, incluso para negar la aplicabilidad

de la interpretación, no es una que vaya en detrimento de ninguna garantía para el justiciable, situación que sería más difícil de justificar⁸⁴, sino todo lo contrario: la consecuencia del planteo es la de ofrecer una vía de solución más beneficiosa o, si se prefiere, menos desventajosa para el reo.

7.4 Combinación

El principio de combinación consiste en que la conformación del marco de la pena concursal va a venir determinado por la participación, a priori, de todas las penas individualmente concurrentes. Como su nombre lo indica, parte de la base de combinar las penas y las consecuencias accesorias o medidas de seguridad previstas en cada una de ellas, de forma tal de evitar lo que se denunciaba como un déficit en el principio de absorción pura, que solo tomaba como base para la formación de la pena concursal una sola de las penas de los delitos concurrentes, dando lugar a situaciones de infra punición.

En lo que respecta a las penas, el principio de combinación establece que se va a tomar como referencia la infracción más grave, pero el mínimo va a estar determinado por el mínimo más alto, coincida este con el de la infracción más grave o no, siendo este último supuesto el que ejemplifica la combinación, puesto que se tomaría el mínimo de uno de los delitos concurrentes y el máximo se establecería en función del restante. Es lo que se conoce como efecto oclusivo del mínimo mayor, que evita que el autor concursal se vea favorecido con una pena que estaría por debajo del mínimo de alguno de los delitos cometidos, lo que implicaría reducir a cero la valoración que se haga de él⁸⁵. Vuelvo aquí con el ejemplo dado anteriormente: si concurren idealmente un delito con una pena de 1 a 5 años y otro que contiene una pena de 2 a 4 años, la absorción pura por parte de la mayor implicaría que el juez pueda imponer –de tratarse, además, de una absorción simple– una pena entre 1 y 5 años, lo que podría significar que la pena final termine siendo inferior al mínimo previsto por una de las infracciones –la menos grave–, con lo cual no es que le resultaría «gra-

de algunas cláusulas concursales preceptivas de la parte especial.

⁸⁴ Dentro de todas las interpretaciones posibles que permita la literalidad del texto, la admisibilidad de aquellas que sean más forzadas, sea por cuestiones históricas, sistemáticas, o teleológicas, debería ser más restrictiva cuando sean perjudiciales para el reo. Un ejemplo de ello, en donde aquí se ha argumentado en contra de la admisibilidad de una interpretación así, se puede observar en el debate en torno al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS del 20 de enero de 2015 (sobre ello, *Vid. supra* 5.2.2).

⁸⁵ GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 331 s.; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 105 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 33; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, p. 107.

tis» ese segundo delito, sino que incluso le resultaría «a cuenta», en la medida en que recibe menos –y no lo mismo– de lo que habría recibido de cometer solo ese delito.

Ahora bien, dependiendo de cómo esté formulado el proceso de determinación judicial específico en la legislación correspondiente, este principio suele estar asociado al de absorción o bien al de exasperación⁸⁶, según exista o no la posibilidad de sobrepasar el máximo previsto para la infracción más grave. Sin embargo, suele ser olvidado por la doctrina que nada impide que también sea aplicable al principio de acumulación, siempre que lo que se acumulen sean las penas establecidas en abstracto, como sucede con la regulación del concurso real en el Código penal argentino⁸⁷. Es, en definitiva, una regla que es complementaria de alguno de los tres principios fundamentales que existen en materia de concurrencia delictiva, y que no tiene una entidad propia, sino que caracteriza al método de determinar la pena concursal de una forma en la que participan las distintas penas concurrentes.

Por otro lado, el principio de combinación no solo entra en consideración cuando la pena concursal tenga en cuenta los marcos penales de los delitos concurrentes, sino también cuando se habilite la posibilidad de imponer consecuencias jurídicas previstas en uno de los delitos junto a consecuencias jurídicas previstas en otros. Es decir, la combinación no se refiere exclusivamente a las penas principales, sino que puede consistir en la aplicación de penas accesorias o medidas de seguridad.

También aquí, al igual que se sostuvo con el principio de exasperación, basta con que la combinación sea solo posible y no necesaria. La mera viabilidad de su aplicación hipotética ya es suficiente para caracterizar a este principio correctivo. En la mayoría de los casos suele suceder que el mínimo mayor viene asociado a la pena de la infracción más grave, por lo que no resulta necesaria su aplicación. Ello se muestra todavía más claro en una regla como la que prevé el Código penal español para el concurso ideal, pues al tratarse de una absorción agravada, el mínimo de la infracción más grave se ubica en la mitad del marco penal, con lo cual sería muy difícil que la pena del otro delito concurrente tenga un mínimo que lo supere⁸⁸.

⁸⁶ SANZ MORÁN, Á., «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», p. 21.

⁸⁷ El artículo 55 del CP argentino establece que «[c]uando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos».

⁸⁸ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 211; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 10.

A diferencia del Código penal alemán, que, en su §52.2 StGB, consagra expresamente el principio de combinación al disponer que «la pena se determinará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave. La pena no puede ser inferior a lo admitido por las otras leyes penales aplicables», y también en el §52.4 StGB, respecto de las penas y consecuencias accesorias, como también de las medidas de seguridad, el Código penal español no tiene una referencia semejante en ninguna de las modalidades concursales previstas, lo que ha generado una discusión en la doctrina sobre su aplicabilidad o no. Quizás la explicación venga favorecida por lo que se indicó anteriormente: al establecer una absorción agravada, las situaciones en que sería de aplicación la combinación se reducen drásticamente, frente a la regulación alemana que, al prever una regulación con base en la absorción simple, es más permeable a este tipo de incidencias.

Fundamentalmente, el debate en España se suscitó en torno a la regla prevista para el concurso ideal, que hasta 2015 tenía idéntico tratamiento para con el medial, ya que el concurso real, por un lado, no permite la procedencia de una combinación de marcos penales –al tratarse de una acumulación de penas en concreto–, y, por el otro, no se cuestiona la acumulación de las consecuencias accesorias que pueda tener alguna de las penas concurrentes. En este sentido, cabe mencionar la posición de Cuello Contreras, quien sostenía que el antiguo artículo 71 CP, regulador del concurso ideal y medial, expresaba el criterio de combinación y no de absorción, al interpretar que el mencionado artículo no indicaba «una pena que necesariamente ha de ser impuesta», sino «un límite hasta el cual el juez puede llegar», sin hacer alusión al límite mínimo⁸⁹. Sin embargo, se trata de una posición minoritaria en la doctrina, a la que se le achaca que está en contra del tenor literal de la ley que se refiere en términos imperativos –«se impondrá», en el anterior artículo 71 CP, y «se aplicará», en el actual artículo 77.2 CP– respecto de la imposición de la pena en la mitad superior⁹⁰. Choclán Montalvo pretende salvar la objeción incorporando al artículo 8.4.^a CP en el análisis de la regulación del concurso ideal, indicando que es un error entender que «el artículo 77 del CP agota todas las posibilidades de regulación de la sanción de la concurrencia ideal [...] pues el Código

⁸⁹ CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», pp. 78 s.; EL MISMO, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)», p. 473. Y lo sigue manteniendo respecto del actual artículo 77.2 CP (Vid. EL MISMO, *El derecho penal español. Parte general*, Vol. II, pp. 692 s.).

⁹⁰ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 207 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 222; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 10.

contiene un precepto, la regla 4.^a, del artículo 8, que debe ser tenido en cuenta en el tratamiento del concurso ideal, superando con ello el prejuicio de que tal precepto únicamente regula supuestos de concurrencia inauténtica o concurso aparente de leyes penales. En consecuencia, los artículos 8.4 y 71 [sic] convergen en la regulación del concurso ideal de delitos, pues ambos preceptos contemplan el caso de *un hecho* susceptible de ser *calificado* con arreglo a dos o más preceptos del Código». A su modo de ver, ello le permite sostener que «la pena mínima más grave produce en el concurso ideal un “efecto de cierre” o una “función de clausura” que impide que puedan agotarse en el caso concreto las posibilidades de atenuación que ofrece la ley más grave [...]. En suma, el Derecho vigente permite hablar del *sistema de combinación* como régimen sancionatorio de la concurrencia ideal en el sentido propuesto»⁹¹.

No puede compartirse el argumento referenciado, puesto que el artículo 8 CP, en cualquiera de sus reglas, está previsto para situaciones de concurso de leyes, que son, por definición, supuestos de no-concurrencia delictiva⁹². En efecto, el propio Código penal refiere, por un lado, que el artículo 8 CP aborda «[l]os hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, “y no comprendidos en los artículos 73 a 77”...», y, por el otro, la regla 4.^a, que establece el criterio de alternatividad, está pensada como subsidiaria de las restantes reglas relativas al concurso de leyes, pues comienza diciendo «[e]n defecto de los criterios anteriores...»; por lo que bajo ningún punto de vista puede considerarse como una norma «complementaria» del concurso ideal⁹³.

Sin embargo, por fuera de ese argumento, creo que puede seguir manteniéndose una defensa del principio de combinación con arreglo a la regulación que prevé el artículo 77.2 CP. En este sentido, la indicación preceptiva para el juez es la de aplicar la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, por lo que, las consideraciones que tenga en cuenta el juez para determinar la pena con base en criterios de justicia material, como son la gravedad del «hecho concursal» y la proporcionalidad de la «pena concursal», serán perfectamente válidas en la medida que la pena final se encuentre «dentro» de ese submarco⁹⁴.

⁹¹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, pp. 322 s. (resaltado en el original).

⁹² En detalle, *Vid. supra* 1.3; De otra opinión, ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, p. 397 y nota 134.

⁹³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 12.

⁹⁴ Sobre ello, *Vid. infra* 8.2. En este sentido, tiene razón CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, p. 322, cuando dice que el artículo 77.2 CP «obliga a imponer la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. Ahora bien, esta regla nada dice sobre el papel que deben juzgar [sic] las demás leyes concurrentes, pues tal precepto establece el marco penal del que *debe partir* el juez en la

Creo, en definitiva, que hay buenas razones en favor de apreciar el principio de combinación en los concursos⁹⁵, puesto que es el que mayores garantías de apreciación del desvalor global ofrece, y en ese sentido, si bien entiendo que no sería incompatible con la actual regulación, debería instarse a una modificación legislativa que lo disponga expresamente⁹⁶.

8. «PROCESOS» DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El proceso de determinación judicial de la pena cuenta con una serie de pasos que son comunes a cualquier clase de delitos que se cometan y que puede variar dependiendo de la teoría que se siga al respecto⁹⁷. Independientemente de ello, en el ámbito de la concurrencia delictiva hay que sumar un paso más, que puede consistir arribar a una pena concursal luego de haber determinado cada pena individualmente considerada, o bien en establecer previamente el marco penal conjunto sobre el cual el juez debe realizar la operación de individualización de la pena concursal, dependiendo de cómo esté prevista la forma en que vaya a procederse según la modalidad de concurso que corresponda. Este paso adicional puede establecerse de dos formas distintas, más allá de las particularidades que luego pueden darse hacia el interior del proceso, que multiplican esas opciones. Por un lado, pueden tenerse en cuenta los

determinación de la pena» (cursiva en el original). Parcialmente en contra, ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 383 s., no cree que la regla del mínimo mayor «haya de aplicarse de forma imperativa. Otra cosa es que los órganos judiciales, dentro del margen legal de maniobra, por coherencia, lo tengan en cuenta».

⁹⁵ Parecen admitirlo, también, de *lege lata*, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 191 ss.; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 570; GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 488, 495, defiende la aplicación del principio de combinación, por sobre el de absorción y el de exasperación; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1050, 1052. Grosse-Wilde también lo defiende, por considerar que no se trata de un aumento arbitrario y burdo –situación que sí le achaca al principio de exasperación–, sino de una «fusión» de las consecuencias jurídicas de los delitos concurrentes (GROSSE-WILDE, T., «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkung? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen», pp. 79 s.).

⁹⁶ En este sentido, hay que adherirse a la propuesta de regulación que surgiera del Proyecto de Investigación llevado a cabo por la Universidad Autónoma de Madrid, que, en las dos opciones de regulación del –nuevo– artículo 73.4 y 73.5 o 73.3 y 73.4 CP, según se tome la primera o segunda opción, respectivamente, prevé la aplicación de «penas privativas de derechos, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias previstas en las distintas conminaciones legales correspondientes a las infracciones cometidas», y que «[e]n la determinación de la pena a imponer [...] se habrá de tener en cuenta el número de las infracciones cometidas su respectiva gravedad...» (Vid. PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», pp. 410 s.).

⁹⁷ Para un desarrollo detallado de las distintas teorías de la determinación judicial de la pena, Vid. BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, pp. 81 ss.

marcos penales abstractos de las infracciones cometidas para crear un submarco –abstracto-concreto– sobre el cual proceder a determinar la pena puntual final, o bien, por otro lado, conformar ese nuevo marco a partir de las penas concretas que hubieran correspondido a cada una de las infracciones cometidas si estas hubiesen sido impuestas individualmente, o sea, en situaciones de no concurrencia.

Esta situación, desde mi punto de vista, no ha merecido la atención necesaria en el debate sobre la concurrencia delictiva en comparación con otros temas que también forman parte de este complejo ámbito del Derecho penal. Dicha desatención provoca que, en muchas ocasiones, se pierda claridad en un debate específico como el ya mencionado sobre la confusión en ciertas referencias a situaciones que son disímiles, lo cual nos llevó a establecer una distinción entre «sistemas», «principios» y «procesos» que rigen la determinación de la pena en el concurso de delitos.

Esto puede observarse, por ejemplo, en la respuesta a la crítica comúnmente dirigida al proceso de pena global –fundada en la dificultad que implica individualizar previamente cada pena para luego conformar la pena total–, que asume que ella no puede sostenerse de manera coherente por quienes definden el proceso de pena única bajo el principio de combinación. Y ello porque, tal como se argumenta en la respuesta a dicha crítica, también para fijar los límites mínimos y máximos del marco penal resultante de la combinación es necesario conocer cuál es la pena individual más grave⁹⁸, lo que obligaría a realizar el mismo procedimiento que se objeta. Sin embargo, la respuesta sería válida solo en la medida en que se asuma como única vía posible la determinación «individual» primaria⁹⁹, pero ello no necesariamente tiene que ser así, porque bien podría partirse de la construcción de un nuevo marco sobre los marcos «abstractos» previstos para cada infracción, como veremos que sostiene parte de la doctrina¹⁰⁰, de manera tal que el límite superior esté dado por el máximo más alto y el límite inferior por el mínimo más alto, y sobre ese nuevo marco determinar la pena concreta a imponer bajo un proceso de pena unitaria.

⁹⁸ Vid. CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 832.

⁹⁹ En efecto, es la posición de la que parte Cuerda Riezu para realizar la crítica. Según él, la determinación previa de las penas individuales «no es soslayable de ninguna manera, porque constituye una garantía indeclinable de la teoría del concurso derivada del principio de responsabilidad por el hecho; por muy engorroso que sea, cualquier consecuencia jurídica concursal debe partir de las penas individuales», (Vid. CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 832); EL MISMO, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 273.

¹⁰⁰ Sobre ello, Vid. *infra* 8.2.

El frecuente cuestionamiento dirigido contra la determinación no individual de la pena, bajo el argumento de que ello implicaría una violación del principio del hecho, al considerar aspectos vinculados a la personalidad del autor, propios de un derecho penal de autor, no resulta del todo correcto. Un procedimiento de determinación que tenga en cuenta los marcos penales abstractos como punto de partida es perfectamente compatible con una determinación de la pena final basada en el principio de culpabilidad y respetuosa de la responsabilidad por el hecho¹⁰¹, en tanto y en cuanto para arribar a la pena final deben analizarse cada uno de los delitos concurrentes. La única diferencia entre ambas formas de aproximarse al tema es que una le permite al juez tener un margen de maniobra más amplio para valorar todo el acontecer delictivo, mientras que la otra le concede ese margen solo en el momento de determinar la pena individual de cada delito, pero es mucho más restringido –o bien nulo¹⁰²– a la hora de integrarlos, parcelando valoraciones que, además de innecesarias, pueden resultar contraproducentes con criterios de proporcionalidad¹⁰³.

No es casual que esa falta de visión de conjunto haya determinado que la jurisprudencia alemana, en muchas ocasiones, aplique el procedimiento inverso al que establece el legislador para la conformación de la pena global en el concurso real. Según el StGB, ésta se forma «a partir» de la individualización de las penas concretas que cabría aplicar a cada una de las infracciones. Sin embargo, los tribunales determinan, en primer lugar, la pena global para luego proceder a individualizar las penas de cada infracción¹⁰⁴. Ello no

¹⁰¹ Relativiza también la diferencia entre ambas posturas, PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 13.

¹⁰² Como ocurre con el procedimiento de acumulación de penas que prevé el sistema español para los casos de concurso real, en los que el juez no tiene ningún margen de maniobra para integrar las distintas penas de los delitos concurrentes.

¹⁰³ KESSLER FERZAN, K., «Punishment, Proportionality, and Aggregation», p. 487.

¹⁰⁴ Esto ya era denunciado por GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 472, 477 ss.; JESCHECK, H.-H., «Die Konkurrenz», p. 532; SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», núm. 1, p. 56. WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, pp. 38 ss. Esta es, sin embargo, la propuesta de algunos autores para Inglaterra y Gales (*Vid.* ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., pp. 332 ss.; ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», pp. 217 ss.; WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», pp. 290 s.); manifiesta dudas sobre su operatividad, MANSON, A., «Some Thoughts on Multiple Sentences and the Totality Principle: Can We Get It Right?», p. 486. Algo similar parece observarse en la STS 44/2019, de 1 de febrero, en la que los autores venían condenados por tres tentativas de homicidio, en concurso real, a la pena de siete años de prisión por cada uno de ellos, y el TS sostuvo que «[t]ratándose de dolo eventual respecto del resultado de homicidio y, además, en grado de tentativa, acudir al concurso real es [una] construcción que, aún asumida por esta Sala, conduce a resultados penológicos muy rigurosos», y que incluso por aplicación del límite relativo del triple de la pena más grave que prevé el artículo 76 CP «se revela también singularmente perjudicial y generadora de agravios comparativos. Como son tres los delitos de homicidio, la regla del

hace más que confirmar que, en definitiva, una valoración global de conjunto no puede consistir en la suma de las valoraciones individuales¹⁰⁵. En el ámbito de los análisis valorativos, el todo nunca suele ser, ni para bien ni para mal, la suma de las partes.

Por lo tanto, esta forma de proceder no implica sostener que no existe en absoluto una valoración individual¹⁰⁶. Ella se hace en el momento de analizar los delitos concurrentes, y, en esa medida, el procedimiento es absolutamente respetuoso del principio del hecho. Pero una cosa es tener en cuenta cada uno de los hechos, con su peso relativo, para poder determinar una pena proporcionada al desvalor que todo el acontecimiento¹⁰⁷ conlleva, y otra muy distinta es tener que establecer una pena puntual para cada infracción basada en una valoración en términos absolutos de cada una de ellas para luego proceder a acumularlas. Sobre esto último es donde recaen la mayoría de los cuestionamientos a los procesos que parten de las penas concretas de cada delito. La primera de las formas de proceder mencionadas se encuentra suficientemente extendida en el ámbito angloamericano bajo el denominado *totality principle*¹⁰⁸, del que también daré cuenta en este capítulo.

Ahora bien, así como el proceso de formación de la pena con base en los marcos penales abstractos no tendría inconvenientes insuperables como para ser defendido, tampoco creo que los tengan los procesos que se sustentan en la individualización de la pena concreta de los delitos concurrentes como punto de partida. Por una parte, porque no serían objetados en relación con el respeto al principio del hecho, pues garantiza mucho más que el otro una determinación de la pena acorde al desvalor propio de cada delito cometido. Por otro lado, tampoco debería achacársele que complejiza la tarea de los jueces al te-

triple apenas si reporta recorte alguno». Por ello, el TS decidió reducir la pena por cada uno de los delitos concurrentes a cinco años por cada uno de los homicidios en grado de tentativa, «lo que supondrá ex artículo 76 CP una total de cumplimiento de quince años».

¹⁰⁵ Con ello, además, se evitaría lo que se ha denominado como el «efecto distorsionador de los fines de la pena», consistente en que el juez tenga en cuenta tales fines al individualizar la pena correspondiente a cada delito, pero que luego estos se diluyan en el momento de acumularlas para conformar la pena global. Vid. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 37 ss.

¹⁰⁶ PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, p. 311.

¹⁰⁷ Me refiero con «acontecimiento» al supuesto que el juez debe analizar, sea el de una pluralidad de infracciones con un solo hecho, o el de una pluralidad de infracciones mediante varios hechos.

¹⁰⁸ En ese sentido, la Corte de Apelaciones ha dicho que, en casos serios de múltiples cargos, el juez debería esforzarse por imponer una pena de prisión que refleje la criminalidad global del hecho (citado por ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.ª ed., p. 336, nota 40); ROBERTS, J./RYBERG, J./DE KEIJSER, J., «Sentencing the Multiple Offender. Setting the Stage», pp. 3 ss. Así parecen resolver habitualmente los tribunales de Inglaterra y Gales, según los argumentos dados en los casos relevados por Wasik (Vid. WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», pp. 299 ss.). Ese también parece ser el proceder en Australia (Vid. WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, p. 43).

ner que llevar a cabo un análisis valorativo específico para cada delito, ya que, como se ha visto, esa valoración debería llevarla a cabo de todos modos aun en supuestos en que se tengan en cuenta los marcos abstractos, pues es la única forma de aproximarse al desvalor total del evento delictivo.

En donde sí parece tener su punto más flaco es en relación con la potencial incapacidad para poder desvalorar el hecho concursal con una mirada global que no necesariamente se lleva bien con la suma de las partes. Sin embargo, tampoco aquí la crítica resulta insuperable. En primer lugar, porque ello solo ocurriría en los procesos de formación de la pena con base en el principio de acumulación, ya que tanto la absorción como la exasperación ofrecen la posibilidad de estimar en la pena final el incremento de pena propio de la concurrencia; y, en segundo lugar, porque, como intenté argumentar en el capítulo anterior, creo que tampoco el principio de acumulación debería ser entendido de una forma que impida tener una mirada holística sobre el desvalor concursal.

En todo caso, asumiendo que ambas formas de aproximarse a la pena concursal final poseen puntos a favor y en contra que permitirían defender razonablemente cualquiera de ellas, creo que es un error pretender que coexistan dentro de un mismo ordenamiento, porque, como se verá, genera distorsiones comparativas que rompen la proporcionalidad ordinal entre las distintas modalidades concursales.

Todo ello se podrá observar al analizar las particularidades de cada uno de los procesos de formación de la pena concursal que se encuentran en nuestro entorno jurídico más próximo: el de la pena global, el de la pena unitaria y el de la acumulación.

8.1 Pena global

Se conoce bajo el nombre de pena global o total (*Gesamtstrafe*) al procedimiento establecido por el Código penal alemán para los supuestos de concurso real (§53 y §54 StGB), que tiene una similitud muy grande con el previsto, a partir de la reforma introducida por la LO 1/2015, por el Código penal español para los casos de concurso medial (art. 77.3 CP), con base en el principio de exasperación. Este procedimiento consiste, en un primer momento, en individualizar cada una de las penas correspondientes a los delitos en concurso real (*Einzelstrafen*) como si se tratasen de delitos únicos, es decir, que no deben tenerse en cuenta la comisión de los otros delitos en el momento de deter-

minar esta pena individual¹⁰⁹. En un segundo momento, el juez debe identificar la pena más alta, que se denomina pena de partida¹¹⁰ u operativa¹¹¹ (*Einsatzstrafe*), en virtud de su gravedad cuantitativa, en penas de igual naturaleza –duración en las penas privativas de libertad y cuotas diarias en las de multa¹¹²–, y de su severidad, en aquellas que sean de distinta naturaleza, en donde la de prisión siempre será más grave que la de multa, aunque su duración sea inferior al número de cuotas diarias¹¹³. Esta pena más grave será la que se tome como referencia para ser aumentada (§54.1, segunda oración, StGB), en un tercer momento de la determinación, con arreglo a consideraciones referidas al acontecer delictivo, es decir, a las circunstancias a desvalorar de los delitos cometidos, y al autor (§54.1, tercera oración, StGB), dando lugar así a la llamada pena global.

Si, durante el segundo momento de la determinación, la pena más alta a identificar resulta ser una cadena perpetua, esta es la que se impondrá también como pena total (§54.1, primera oración, StGB). En cambio, si se trata de una pena de prisión temporal, el aumento debe ser de unidades de pena¹¹⁴; por lo que, si es una pena privativa de libertad de un año o más, se aumentará, como mínimo, en un mes (§39, segunda oración, StGB). Mientras que, si la pena mayor es una privativa de libertad menor a un año, el mínimo en que se aumentará será de una semana (§39, primera oración, StGB). Si la concurrencia es de penas privativas de libertad y de multa, para realizar el aumento correspondiente a la pena global (§53.2, primera oración StGB) habrá que convertir la multa en penas privativas de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cuota diaria (§54.3, en concordancia con el §43

¹⁰⁹ A menos que esa consideración suponga la aplicación de una pena privativa de libertad superior a los 6 meses, de conformidad con el §47 StGB (Vid. FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 1999, nn.mm. 7 s.; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 987). De otra opinión, consideran que ya en esta etapa debe tenerse en cuenta que el autor ha cometido varios delitos, JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 785; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 852, nm. 10.

¹¹⁰ Así, en la traducción del manual de Jakobs (Vid. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, pp. 1111 s.)

¹¹¹ Así, en la traducción de Olmedo Cardenete de la 5.ª edición del tratado de Jescheck y Weigend (Vid. JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 785). En la traducción de Mir Puig, realizada en la 3.ª edición de ese tratado, se la denomina «penalidad disponible» (Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Vol. 2, p. 1028).

¹¹² Que no necesariamente supone un mayor importe a pagar, Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 988.

¹¹³ STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 856, nm. 5.

¹¹⁴ FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 2000, nm. 11; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 600.

StGB)¹¹⁵, aunque también puede imponerse la pena de multa separadamente (§53.2, segunda oración StGB), es decir, cumulativamente¹¹⁶. Si la pena más alta es una pena de multa entre otras de la misma naturaleza, debe aumentarse, al menos, en una cuota diaria (§40 StGB).

Ahora bien, ese aumento para arribar a la pena global también tiene límites máximos que no pueden sobrepasarse. En cuanto a las penas privativas de libertad temporales, por un lado, la pena global no puede «alcanzar» a la suma de las penas individuales (§54.2, primera oración, StGB), es decir que hay una limitación similar a la que el Código penal español prevé para los casos de concurso ideal y medial de no poder «sobrepasar» la que correspondería aplicar si se siguiese el principio de acumulación. El matiz se encuentra en las dos palabras resaltadas. Al impedir el StGB que se «alcance» la pena que resultaría de una acumulación, obliga a que quede por debajo de ésta¹¹⁷, mientras que el Código penal español sí permitiría esa equiparación, pues se limita a impedir que «exceda» la suma de las penas concretas. Por otro lado, tampoco puede superar el máximo de 15 años (§54.2, segunda oración, primera parte, StGB), que es el máximo de pena temporal que establece el Código penal alemán para delitos individuales (§38.2 StGB). Si una de las penas individualmente consideradas ya fue fijada en los 15 años, debe aplicarse ella como pena global, es decir, no cabe realizar ningún aumento, de conformidad con lo establecido, *mutatis mutandis*, para el caso de penas de prisión perpetuas¹¹⁸, y, consecuentemente, tampoco debería imponerse una multa separada como prevé el §53.2, segunda oración, StGB¹¹⁹. En cuanto a las penas de multa, el límite es de 720 cuotas diarias (§54.2, segunda oración, segunda parte, StGB), que es el doble del máximo de penas de esta naturaleza que puede aplicarse (§40.1 StGB).

Dentro de esos límites, el juez dispone de un amplio margen de manobra para determinar la pena global de conformidad con las valoraciones que

¹¹⁵ Así, por ejemplo, si al sujeto «le corresponde una pena de prisión de seis meses y además una pena de multa de 90 cuotas diarias, resultará una pena conjunta mínima de seis meses y una semana de prisión» (Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 987 s.).

¹¹⁶ Se encuentra discutido si existe una relación de regla y excepción entre ambas modalidades, con distintas opiniones sobre cuál debe ser la regla y cuál la excepción, o bien que no hay ningún tipo de primacía de ninguna de las dos opciones y hay que resolver de acuerdo con las circunstancias del caso concreto ponderando cuál es la vía más adecuada. Sobre toda esta discusión, Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 984 s.

¹¹⁷ Como mínimo debe reducirse en una unidad mínima de pena, es decir, una semana o un mes en las privativas de libertad y una cuota diaria en las de multa (Vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 990).

¹¹⁸ FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 2001, nm. 15.

¹¹⁹ STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 857, nm. 11.

haga de la persona del autor y de las infracciones individuales cometidas. Respecto de esto último, el aumento que vaya a realizar sobre la pena individual más alta dependerá, en parte, del peso total de los delitos castigados con las otras penas individuales concurrentes. Así, por ejemplo, cuanto más cerca en orden de gravedad hayan quedado las penas restantes respecto de la más alta, mayor será el incremento a realizar¹²⁰. Asimismo, deben tenerse en cuenta la relación entre los delitos concurrentes, su mayor o menor independencia, su peso global, etc. En este sentido, una estrecha conexión temporal, fáctica y situacional entre los delitos individuales debe conducir, en general, a un menor incremento de la pena de partida¹²¹, es decir, cuanto más se acerque la relación entre los actos al límite de un concurso ideal y cuanto más similares sean los delitos cometidos, más bajo deberá ser el aumento de pena¹²². El otro criterio a tener en cuenta, el que atañe a las circunstancias personales del autor, debe establecerse según los parámetros establecidos en los §46 y §46a StGB, como ocurre con toda determinación de la pena en la unidad delictiva, en donde se considerarán las condiciones económicas y de vida del autor, el comportamiento anterior y posterior al delito, los efectos de la pena en su vida, la reparación de los daños o el comportamiento procesal, etc.¹²³. Ahora bien, así como decíamos que la estrecha conexión entre los delitos individuales podía significar un aumento menor en relación con la valoración global que deba hacerse de ellos, esa misma estrechez, desde el punto de vista de la valoración de las condiciones personales del autor, podría significar un incremento mayor en virtud de mayores necesidades preventivo-especiales. Así, según la jurisprudencia del BGH, si los delitos se derivan de una inclinación criminal o, en el caso de los delitos imprudentes, de una actitud generalmente indiferente, por más que se trate de delitos en estrecha conexión, no tienen por qué tener efectos atenuatorios¹²⁴.

Finalmente, hay que destacar dos cuestiones más que son de importancia: en primer lugar, que en esa valoración posterior para formar la pena global no pueden volver a tenerse en cuenta circunstancias que ya fueron valoradas para determinar las penas individuales correspondientes, por imperio de la prohibición de doble valoración que impone el §46.3 StGB¹²⁵, razón por la cual, en

¹²⁰ FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 2002, nm. 18.

¹²¹ STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 857, nm. 15.

¹²² FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 2002, nm. 19.

¹²³ FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 2003, nm. 21.

¹²⁴ RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», p. 124, nm. 14.

¹²⁵ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal*, p. 786; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 857, nm. 15. De otra opinión, ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, pp. 991 s.

este supuesto, resultará determinante –ante todo– una visión conjunta de los hechos¹²⁶. En segundo lugar, que el aumento de pena que se haga requiere de una justificación adicional en la sentencia, es decir, no basta con la justificación que se haga en el momento de determinar cada pena individual por los delitos concurrentes, sino que es necesaria una segunda justificación de por qué y en qué medida se va a producir ese aumento¹²⁷.

Como indicábamos al inicio, este proceso de formación de la pena del concurso real en Alemania coincide en lo sustancial con el previsto por el Código penal español para la pena del concurso medial. El artículo 77.3 CP establece que debe imponerse una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Ello obliga al juez a determinar las penas para cada uno de los delitos individualmente considerados, pues de otra forma no sería posible establecer cuál, «en el caso concreto», resulta ser la pena más grave que habría correspondido imponer¹²⁸. Luego debe incrementar esa pena más grave y el resultado de dicho aumento no puede ser superior a la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente, ni a los límites establecidos en el artículo 76 CP¹²⁹. Hasta aquí, todo muy similar a lo analizado respecto de la legislación alemana. Las diferencias se manifiestan en las particularidades de cada uno de estos requisitos.

Al proceder al incremento de la pena identificada como más grave, en el sistema español basta con que sea de un día¹³⁰, mientras que, como veíamos, en el alemán debe ser de, al menos, una semana o un mes, dependiendo del monto de la pena sobre la que proceda realizar el aumento. Los límites máxi-

¹²⁶ MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 601; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 857, nm. 14.

¹²⁷ MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 599; RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», pp. 122 s., nn.mm. 9 s.

¹²⁸ FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», pp. 214 ss.; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 571 s.; OBREGÓN GARCÍA, A., «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código penal», pp. 133 s. Sobre las ventajas de tener en cuenta la pena concreta por sobre la abstracta o la abstracta-concreta, *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», pp. 42 ss. También el Tribunal Supremo ha optado por esta interpretación en diversas ocasiones, aunque no siempre de forma consistente (*vid.*, entre otras, SSTS 76/2022, de 27 de enero; 566/2018, de 20 de noviembre; 891/2016, de 25 de noviembre, 688/2016, de 27 de julio).

¹²⁹ En una clara muestra de la inconsistencia sistemática que tiene la regulación actual, se menciona la aplicación de los límites del artículo 76 CP cuando, previamente, se comienza diciendo que no será de aplicación al concurso ideal ni al medial (artículo 77.1 CP) ninguno de los dos artículos anteriores, lo que incluye –obviamente– al 76 CP.

¹³⁰ FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», p. 217; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 572; OBREGÓN GARCÍA, A., «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código penal», p. 132. Dejando de lado ahora la opinión de quienes consideran que con «pena superior» el artículo 77.3 CP se está refiriendo a la superior en grado, aunque inmediatamente volveré sobre ella (*Vid.* nota 138).

mos de ese incremento también son distintos, ya que, por un lado, como se dijo, en el límite relativo hay una diferencia –si bien pequeña– entre no poder alcanzar y no poder superar el monto de pena que surgiría de la suma de todas las que fueron individualizadas, y, por el otro, el límite absoluto es más extenso en España debido a los montos que establece el artículo 76 CP. Una vez conformado el submarco penal según las penas individuales fijadas, el juez debe determinar la pena final a imponer.

En este punto suele criticarse a la última parte del artículo 77.3 CP, cuando dice que «[d]entro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66». El cuestionamiento se sustenta en que las consideraciones de las circunstancias modificativas previstas en dicho artículo, al igual que las relativas al grado de ejecución y grado de participación, ya debieron haberse tenido en cuenta en el momento de individualizar la pena concreta que correspondería aplicar a cada uno de los delitos. Es decir, para identificar la infracción más grave, el juez debe realizar un proceso de determinación de la pena concreta por cada delito que supone el haber tenido en cuenta las reglas penológicas correspondientes al grado de ejecución alcanzado (art. 62 CP), al grado de participación que el sujeto tuvo en el hecho concreto (art. 63 CP), y a las circunstancias modificativas que quepa tener en cuenta en el caso (arts. 66 y ss. CP), para, recién luego, una vez sepa cuál es la más grave, proceder a incrementarla, como mínimo, en un día sin que supere, como máximo, la suma de todas ellas. Volver a considerar en este segundo momento circunstancias que ya fueron tenidas en cuenta implicaría incurrir en una vulneración de la prohibición de doble valoración en la determinación judicial de la pena¹³¹.

La crítica es correcta en la medida en que se considere que el artículo 77.3 CP está remitiendo a las mismas circunstancias que ya debieron ser valoradas, y, a decir verdad, la literalidad del texto legal así parece indicarlo, por lo que sería deseable una modificación al respecto. No obstante, de acuerdo con una interpretación sistemática que tenga en cuenta estas consideraciones, se podría sostener que la advertencia que el legislador le hace al juez en esa última parte está orientada a que valore la «mayor o menor gravedad del hecho» entendido como «hecho concursal» (ex art. 66.1.6.ª CP), esto es, que tenga en cuenta la circunstancia del desvalor propio que tiene la concurrencia delictiva y que, lógicamente, no fue tenida en cuenta al analizar cada delito individualmente considerado¹³². Esa inter-

¹³¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., p. 679, nota 43; MORILLAS CUEVA, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», p. 1369.

¹³² Omite esta diferencia, en su crítica a esta interpretación, FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», pp. 218 s. En contra de lo que aquí se sostiene, OBREGÓN GARCÍA, A., «La reforma de la penalidad

pretación, similar a la que se ha dado en Alemania al §54.1, tercera oración, StGB, implica que el juez deba realizar una «valoración conjunta» de los delitos concurrentes, luego de haber realizado una valoración individual¹³³.

El aspecto que sí cabe criticar decisivamente de la actual regulación del concurso medial tiene que ver con sus potenciales efectos incongruentes en relación con la regla prevista para el concurso ideal. Decíamos antes¹³⁴, que el principio de exasperación se encuentra en medio del de absorción y el de acumulación, y su utilización para el supuesto del concurso medial viene a ratificar esa idea, puesto que también esta modalidad concursal se considera que tiene una gravedad intermedia entre el concurso ideal y el concurso real¹³⁵. En este sentido, la pena del concurso medial debería quedar siempre por debajo de la que correspondería aplicar a un concurso real, lo cual viene garantizado, en gran medida¹³⁶, por la imposibilidad de sobrepasar la pena que cabría aplicar

del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código penal», pp. 136 y s., sostiene que se trata de una interpretación que violenta el tenor literal del precepto. En este sentido, resulta mucho más clara la propuesta de reforma sugerida por el Proyecto de Investigación llevado a cabo por la Universidad Autónoma de Madrid, que, en las dos opciones de regulación del –nuevo– artículo 73.5 o 73.4 CP, según se tome la primera o segunda opción, respectivamente, establece que «[e]n la determinación de la pena a imponer [...] 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» (Vid. PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», pp. 410 s.), de forma similar a como se resuelve la última etapa de la determinación de la pena global en Alemania (Vid. FRISTER, H., «NK-StGB §53 a §55», p. 2002, nn.mm. 18 ss.; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 857, nm. 15).

¹³³ Similar, la interpretación que hace la Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2015, punto 7, cuando indica que «en esa segunda fase, se ponderarán de modo conjunto las circunstancias concurrentes en ambos delitos para delimitar la pena que habrá de abarcar el desvalor de ambas conductas [...]. Este incremento punitivo habrá de definirse, respetando el principio de proporcionalidad, valorando la entidad y las circunstancias concurrentes en ambos delitos de modo que se abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero sin sujeción a las reglas del artículo 66 CP, cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes. Habrán pues de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del artículo 66.1.6.^a (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habría de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal». Así también, ESCUCHURI AISA, E., «Artículos 73 a 77», pp. 718 s.; FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», pp. 214 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 53. De otra opinión, en cambio, GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 572 ss., considera que deben volver a analizarse todas las circunstancias del artículo 66 CP, siempre y cuando sean para favorecer al condenado, puesto que, según entiende, «el principio de prohibición de doble valoración, como garantía del principio *non bis in idem* material, puede admitir excepciones *in favor rei*, pero nunca en contra del reo» (destacado en el original).

¹³⁴ Vid. supra 7.2.

¹³⁵ Sobre ello, Vid. supra 2.1.3.

¹³⁶ Lo justo sería que ni siquiera pueda alcanzar ese monto y, sin embargo, de *lege lata* sí que podría llegar a equipararlo. No obstante, por razones de proporcionalidad, una pena derivada de un concurso

con una acumulación hipotética, y por encima de la que correspondería aplicar a un concurso ideal, y, sin embargo, esta última situación puede no darse en el caso concreto.

Ello es así, porque para establecer el mínimo del concurso medial basta con que la pena por la infracción más grave sea incrementada solo en un día, pero ésta perfectamente puede estar ubicada en la mitad inferior del marco, y con ello ser siempre menor a la que correspondería aplicar en virtud del artículo 77.2 CP, o bien, si se ubica en la mitad superior, seguir siendo potencialmente inferior a la del concurso ideal, puesto que ésta puede ir hasta el máximo previsto para el delito en cuestión¹³⁷. Una forma de evitar ello, sería entender que cuando el artículo 77.3 CP se refiere a que se aplicará una «pena superior» a la que habría correspondido, se está refiriendo a la pena superior en grado¹³⁸. No obstante, esta interpretación debe ser dejada de lado, puesto que implicaría elevar notablemente el mínimo de la pena concursal, dando lugar a situaciones desproporcionadas en perjuicio del reo, y, además, con una interpretación cuestionable desde el punto de vista sistemático, ya que cuando el legislador ha pretendido establecer el salto al grado superior de la pena lo ha dicho expresamente mencionando a la «pena superior en grado», lo que aquí no ocurre. En este sentido, cabe recordar una vez más la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, que se vio obligada, debido a estos problemas interpretativos, a prescribir la adopción de un criterio uniforme para el artículo 77.3 CP, refiriendo que «[l]as dudas que esta oscura referencia plantea habrán de resolverse decantándose por entender que la pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, pero dentro del mismo marco penal»¹³⁹. Sin embargo, para dar una respuesta a la objeción planteada, la Fiscalía General indica que los fiscales «como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita, tenderán a concretar la pena final en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro»¹⁴⁰.

Esta incongruencia se debe, hasta donde alcanzo, al diferente «proceso» de determinación de la pena concursal que está previsto para las distintas mo-

medial o ideal debería estar siempre por debajo de la suma de las penas concretas.

¹³⁷ La circunstancia de que la exasperación del concurso medial le permita, en abstracto, rebasar ese límite máximo no veda la posibilidad de que, en el caso concreto, la pena finalmente incrementada del concurso medial quede por debajo de ese tope y, por lo tanto, potencialmente también por debajo de la que cabría aplicar si se tratase de un concurso ideal.

¹³⁸ Así, Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, p. 735, la ve como una interpretación coherente con el sistema de determinación de la pena vigente en el código y que expresa más acertadamente la voluntad del legislador de acercar el concurso medial al real; Morillas Cueva, L., «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», pp. 1371 s.

¹³⁹ Circular 4/2015, punto 6.

¹⁴⁰ Circular 4/2015, punto 7.

dalidades concursales, que generan distorsiones comparativas como las mencionadas. El concurso ideal, como veremos inmediatamente, parece indicar un proceso de determinación con base en la *pena en abstracto* prevista por el legislador¹⁴¹, es decir, el juez no debe realizar ninguna individualización previa para establecer el submarco sobre el que moverse, basta con tener en cuenta la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave. El concurso medial y el real tienen un proceso de determinación, en cambio, con base en las *penas concretas* que cabría aplicar en cada uno de los delitos individualmente considerados, para, luego, teniendo en cuenta esas penas, establecer el submarco en el que moverse al incrementar la mayor, en el caso del concurso medial, o acumularlas en el caso del concurso real¹⁴².

Todavía no he encontrado una explicación razonable, y, en muchas ocasiones, ni siquiera una explicación a secas, al por qué de esa diferencia en el proceso de formación de la pena concursal. Las distinciones valorativas entre cada una de las modalidades concursales bien pueden manifestarse a través de los diversos principios que establecen las formas en que se van a amalgamar las distintas penas concurrentes. Sin embargo, que uno de ellos tome como base la escala penal en abstracto, mientras que los otros tomen como base la pena concreta de cada delito concurrente, no encuentra una justificación en aquella diferencia valorativa, puesto que nada aporta a la consideración de un hecho como más grave o menos grave. Se trata, pura y exclusivamente, de un procedimiento para la determinación judicial de la pena, desprovisto de criterios axiológicos sobre el injusto culpable, que genera distorsiones comparativas, afectando la proporcionalidad ordinal.

En este sentido, creo que sería deseable que el proceso de formación de la pena concursal sea el mismo para todos los concursos, con independencia de cuál sea el elegido¹⁴³. Sobre este punto, hay que reconocer que ambos tienen

¹⁴¹ Con los matices que corresponde hacer a este respecto en relación con las circunstancias que cabe tener en cuenta en ese momento y cuáles no, todo lo cual se verá en el apartado siguiente.

¹⁴² Grosse-Wilde pone de manifiesto cómo este mismo problema se da también en la legislación alemana, ya que el proceso de formación de pena global previsto para el concurso real puede arrojar una pena menor a la que arrojaría el caso si la concurrencia fuese ideal con arreglo al procedimiento de pena única, por las mismas razones que aquí se aducen (*Vid.* 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», pp. 93 s.).

¹⁴³ Así también, BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», p. 33, pronunciándose a favor de un proceso de formación con base en las penalidades previstas en abstracto. En este sentido, hay que destacar la propuesta de reforma derivada del Proyecto de Investigación sobre concurrencia delictiva que llevó a cabo la Universidad Autónoma de Madrid, que unifica el tratamiento de los concursos, aunque permite una diferenciación entre concurso ideal y real en el momento de determinar la pena concreta final, por lo que se evita la incongruencia que aquí se pone de manifiesto en relación con el proceso de formación de la pena concursal (*Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una

puntos a favor y en contra de su aplicación, por lo que no resulta del todo claro cuál sería el que mejor se adapte a las necesidades y fines de la pena concursal. En cualquier caso, una diferencia de criterios que genera los problemas de congruencia mencionados, sin una justificación que lo avale, debe considerarse inoportuna.

8.2 Pena única

Este procedimiento de determinación de la pena se presta a confusión con el sistema de pena unitaria o de solución única¹⁴⁴ mencionado en la primera parte del trabajo, consistente en aplicar una única consecuencia jurídica a toda clase de concurso de delitos. Aquí, sin embargo, de lo que se trata es del procedimiento en la determinación de la pena a aplicar en una situación de concurrencia que puede inscribirse dentro de un sistema de solución unitaria (como, por ejemplo, en Austria¹⁴⁵) o bien de solución plural (como, por ejemplo, en Alemania para el concurso ideal¹⁴⁶).

Esta forma de proceder a individualizar la pena se opone al tratado previamente de la pena global, en tanto que se limita a establecer una única pena dentro de una escala previamente determinada, sin incurrir en el tedioso proceso de tener que calcular cada pena correspondiente a cada una de las infracciones para, recién luego, poder llegar a formar la pena que finalmente se impondrá¹⁴⁷. La gravedad de los delitos individualmente considerados cumple aquí una función orientativa sobre la pena final a imponer, pero es esta última la única que necesita una verdadera individualización¹⁴⁸.

En este sentido, cabe mencionar la regulación de los concursos en Argentina, donde existe un sistema de solución plural, con base en el principio de

regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», pp. 410 s., «Artículo 73 (Primera opción)»).

¹⁴⁴ La confusión viene favorecida porque en el ámbito alemán se refiere a ambos supuestos con la misma denominación: «*Einheitsstrafe*», Vid. QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 73», pp. 535 s.; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 33 s.

¹⁴⁵ Vid. supra 2.2.2 c).

¹⁴⁶ Vid. supra 2.2.3 c).

¹⁴⁷ JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», p. 133. Sobre los partidarios de esta pena única y sus ventajas, Vid. CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», pp. 825 ss.

¹⁴⁸ En detalle, GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, pp. 458 s.; NIESE, W., «Empfiehl sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Fälle der Realkonkurrenz», pp. 159 ss., quien aboga por un sistema de pena unitaria en el que el proceso de pena única también sea operativo en caso de concurso real; SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», núm. 2, p. 198.

absorción en el concurso ideal y de acumulación en el real, teniendo en ambos casos un proceso de pena única para la determinación de la pena concursal¹⁴⁹, con base en los marcos penales abstractos. Así, el artículo 54 CP argentino refiere al principio de absorción en el concurso ideal, aplicándose la pena mayor de las concurrentes¹⁵⁰, y el artículo 55 CP, regulador del concurso real con base en el principio de acumulación jurídica, establece que el marco penal de referencia se formará teniendo como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas de los delitos concurrentes, sin que la suma pueda exceder de 50 años de prisión. Sobre esos marcos penales concursales el juez deberá individualizar la pena concursal teniendo en consideración las circunstancias modificativas y pautas generales de determinación de los artículos 40 y 41 CP.

Al igual que ocurre con una de las críticas que se dirigen contra el sistema de solución plural¹⁵¹, también aquí existe una corriente doctrinaria que ha entendido que la aplicación de una pena única en supuestos de concurrencia delictiva atentaría contra un derecho penal de hecho, en la medida que, al no imponer una pena por cada delito cometido, ella se debería determinar de conformidad con consideraciones referidas a la personalidad del autor¹⁵². La idea es la siguiente: como la pena única toma como base la pena prevista en abstracto por la infracción más grave y sobre ese marco se determina una sola pena que abarque el desvalor de todos los delitos en cuestión, a diferencia de la pena global que requiere la individualización de cada pena en concreto, el resultado penológico no respetaría el principio del hecho, y el juez terminaría decidiendo la pena con base en otros factores, como puede ser la personalidad del autor. En realidad, la crítica apunta a la hipotética no individualización de

¹⁴⁹ ZIFFER, P., «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», p. 262.

¹⁵⁰ En este sentido, dice ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. V, p. 302, «[c]reemos, en consecuencia, que cuando la gravedad relativa abstracta de las penas es la misma –es decir, cuando se trata de penas de igual naturaleza conforme al artículo 5– debe aplicarse la de mayor cuantía. Para determinar la cuantía deberá tomarse como criterio el término medio de la misma (dividiendo por dos la diferencia entre el máximo y el mínimo sumándosela al mínimo o, lo que es lo mismo, restándosela al máximo)».

¹⁵¹ Vid. Primera Parte de esta obra, nota 560.

¹⁵² BAUMANN, J./WEBER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 687 s. (esta mención desaparece, sin embargo, a partir de la 10.ª edición, en la cual empieza a ocuparse Wolfgang Mitsch del concurso de leyes y de delitos); ERB, V., «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen», pp. 66 ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 597, refieren que «[l]a pena unitaria fue reclamada, especialmente en una época de una cierta sobreacentuación del derecho penal de autor, como una consecuencia propia del derecho penal de la personalidad, pero [...] no fue recogida en el derecho penal general»; PUPPE, I., *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, pp. 11, 162 s. (en particular, Vid. nota 21); LA MISMA, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», p. 145; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 35 s.; ZAFFARONI, R. E., *Tratado de Derecho penal*, T. IV, p. 511.

la gravedad de cada delito en particular, lo que atentaría contra el principio mencionado, en la medida en que esa garantía solo puede verse satisfecha con una determinación de la pena individual para cada infracción¹⁵³. Respecto de ello, sin embargo, cabría hacer alguna salvedad.

Si bien la objeción podría tener algún rendimiento en Alemania, de acuerdo con la forma de regulación que establece el §52 StGB, creo que las condiciones propias de toda determinación judicial de la pena que establece el Código penal alemán permitirían salvarla. La doctrina, en este sentido, se refiere al hecho de que para determinar cuál es la pena mayor deben considerarse las circunstancias del hecho concreto, incluyendo las atenuantes y agravantes, y no meramente los marcos penales abstractos¹⁵⁴, y luego, en el momento de determinar la pena final debe tenerse en cuenta que el injusto y la culpabilidad ha aumentado con la comisión de más de un delito, por lo que la pena debe aumentarse en consecuencia¹⁵⁵. Ambas circunstancias parecen conducir a la necesidad de individualizar el desvalor propio de cada delito, aunque ello no suponga requerir la identificación de la pena concreta para cada uno de los delitos concurrentes –como sucede en la pena global–, siendo ello suficiente para evitar cualquier posible vulneración al principio del hecho.

Ahora bien, si en Alemania pudiera llegar a tener algún recorrido, la objeción mencionada no puede ser de recibo en España debido a la propia regulación que prevé el artículo 77.2 CP. En este sentido, el proceso de determinación de la pena que aquí abordamos se encuentra emparentado, aunque no coincida exactamente, con el previsto para el concurso ideal en el artículo mencionado, pese a que en la literatura española se pueden observar referencias a este proceso de formación como uno de pena única¹⁵⁶. Según una interpretación muy asentada en la doctrina, el artículo 77.2 CP requiere la conformación de un submarco penal abstracto-concreto consistente en ubicarse dentro de la mitad superior de la infracción más grave y allí individualizar la

¹⁵³ CUERDA RIEZU, A., «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», p. 832; EL MISMO, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 273. PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», p. 19, polemizando con Erb y Franke (*Vid.* ERB, V., «Konkurrenzen 2.0: Der Weg aus der Sackgasse», pp. 67 ss.; FRANKE, U., «“Durchwursteln” oder Einheitsstrafe», pp. 53 ss.), considera ilusoria la creencia sobre el presunto «golpe liberador» que implicaría una opción por la solución unitaria que permita salir del embrollo a la teoría del concurso de delitos.

¹⁵⁴ JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Traatado de Derecho Penal*, p. 780; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 980; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, p. 783.

¹⁵⁵ PUPPE, I., «NK-StGB §52», 4.^a ed., p. 1984, nm. 54; STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», p. 849, nn.mm. 36 ss.; VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», p. 61, nm. 39.

¹⁵⁶ Por todos, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 343 ss.

única pena que se impondrá teniendo en cuenta el desvalor de todos los delitos concurrentes. Es decir, en principio no se individualiza la pena para cada uno de los delitos, sino que se tienen en cuenta para poder realizar una valoración completa del hecho. Según esta visión, no habría ninguna distinción con lo que dispone el §52 StGB, con la diferencia de que en Alemania el juez puede recorrer todo el marco penal de la infracción más grave, y no necesariamente ubicarse en la mitad superior. Es decir, la diferencia principal entre la legislación alemana y la española para el concurso ideal reside en que la primera prevé una regla con base en el principio de absorción «simple»¹⁵⁷, mientras que el español lo hace con base en uno de absorción «agravada».

Sin embargo, de conformidad con el artículo 77.2 CP el juez debe valorar, por un lado, cada uno de los delitos concurrentes para poder determinar una pena que sea susceptible de reprobado todo el desvalor del hecho consistente en cometer una pluralidad delictiva. Para ello es indispensable individualizar cada una de las infracciones y obtener una valoración propia que deberá ser agregada en la pena final, puesto que, en caso contrario se correría el riesgo de obtener una pena concursal que sea igual a la que correspondería aplicar en supuesto de unidad delictiva, omitiendo considerar el desvalor propio de la pluralidad delictiva. Por otro lado, no hay que perder de vista que el de absorción es el principio general al que se somete la regla principal de determinación del artículo 77.2 CP, el cual también expresa, como regla subsidiaria, una determinación con base en el principio de acumulación material¹⁵⁸ en caso de que sea más benévolo. Es decir, la imposibilidad de sobrepasar la pena que correspondería aplicar en caso de que se penen separadamente, obliga al juez a individualizar cada uno de los delitos concurrentes, no ya en términos de obtener un juicio de desvalor que le permita acceder a una pena final proporcionada, sino concretizando cada una de las penas que les aplicaría de forma separada, pues, de otro modo, no podría saber si la pena con base en el principio de absorción agravada resulta ser mayor o menor que la suma de las penas individuales. Esta última situación supone una diferencia sustancial con la re-

¹⁵⁷ De «agravación facultativa», según MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general*, T. II, p. 574.

¹⁵⁸ CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 168; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 567; ORTEGA MATE SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 355. De otra opinión, CUELLO CONTRERAS, J., «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)», pp. 471 s., considerando que entre las dos reglas no hay una relación de primacía o subsidiariedad, ni de dos alternativas de la que el juez deba elegir una, sino de combinación en que la regla de la acumulación establece el límite superior hasta dónde puede llegar el juez en la determinación de la pena.

gulación alemana, que blindo a la regla del concurso ideal de la objeción indicada, ya desde el tenor literal del artículo 77.2 CP.

La circunstancia mencionada allana el camino para una interpretación alternativa respecto del modo en que debe procederse a la determinación de la pena en el concurso ideal, conforme a la regla aplicable. Antes de desarrollarla, resulta pertinente destacar cómo ha sido interpretada hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia.

8.2.1 EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA PENA DEL ARTÍCULO 77.2 CP Y SUS DISTINTAS INTERPRETACIONES

Según lo dicho, entonces, el juez debe, en primer lugar, establecer cuál es la infracción más grave, para después ubicar el submarco en la mitad superior. Sobre este primer momento de determinación, lo que genera mayores dudas es qué elementos deben tenerse en cuenta en esa etapa de individualización de la pena¹⁵⁹. Hay quienes entienden que, para identificar la pena más grave, deben tenerse en cuenta los marcos penales concretos de cada uno de los delitos concurrentes, incorporando todas las circunstancias modificativas¹⁶⁰, mientras que otros han entendido que debe hacerse teniendo en cuenta los marcos penales abstractos sin la inclusión de aquellas circunstancias¹⁶¹. La opinión mayoritaria, en este punto, considera que deben analizarse los marcos penales abstracto-concretos, que incluyan el análisis de ciertas circunstancias, como las de

¹⁵⁹ En detalle sobre las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, *Vid.* ORTEGA MATE-SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 361 ss.; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 362 ss.

¹⁶⁰ Entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 549; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones», p. 356; EL MISMO, *El delito continuado*, pp. 315, 341 ss., 395 s.; CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español. Parte general*, Vol. II, pp. 692 s., modificando su punto de vista anterior, que la entendía como pena en abstracto (*Vid.* EL MISMO, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)», p. 471, nota 238); LORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, p. 204; (aunque luego, en pp. 206 s., afirma que la mitad superior se determinará sin tener en cuenta las circunstancias modificativas ordinarias); MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», pp. 685 s., nm. 5587; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», pp. 25 ss., con citas de sentencias del Tribunal Supremo también en este sentido.

¹⁶¹ BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», pp. 16, notas 11 s., 33; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», p. 445, partidario de una consideración en abstracto, concede que “[e]n todo caso, podría admitirse que [...] tuviera también en consideración el grado de participación y de ejecución”; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 514. También el Tribunal Supremo en alguna ocasión lo ha entendido así, como se detalla en las sentencias que menciona ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 367 ss., al igual que en la sentencia que se referencia a continuación en el texto.

grado de ejecución y grado de participación, pero no aquellas atenuantes o agravantes «ordinarias» vinculadas al artículo 66 CP¹⁶². Esa opinión mayoritaria, a su vez, se divide en relación con la posibilidad de considerar o no, en esta etapa, a las circunstancias modificativas «extraordinarias» o de significación excepcional, como eximentes incompletas, error de prohibición vencible o atenuantes muy cualificadas¹⁶³.

Una clara muestra de la diferencia de criterios existentes se manifiesta en la STS 513/2006, de 5 de mayo, en la que se analizó la determinación de la pena establecida para el autor de un delito de lesiones (art. 148.1 CP) y homicidio imprudente (art. 142 CP), en concurso ideal, concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa (art. 21.1.^a CP), a quien se había condenado a tres años de prisión. El único motivo del recurso estaba vinculado a la inaplicación indebida del límite previsto en el artículo 77, incisos 2 y 3 CP anterior a la reforma del año 2015 –que, en lo sustancial, se mantiene inalterado en la regulación vigente–, que hacía referencia a la imposibilidad de establecer una pena superior a la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente.

Al abordar la forma de determinar la pena en el concurso ideal, el Tribunal Supremo sostiene que, para calcular el máximo correspondiente a la punición separada, debe considerarse la pena máxima que resultaría de una individualización en la que se aplique, en cada uno de los delitos, la atenuante cualificada del artículo 21.1 CP en cada uno de esos delitos, ya que «no se trata de imponer al reo la pena mínima en todo caso, lo que supondría aplicar

¹⁶² Por todos, *Vid.* GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1046.

¹⁶³ En contra de su consideración, en lo que podríamos denominar tesis de la «individualización abstracta-concreta menos concreta», CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», p. 684; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», pp. 568 s., quien entiende que deben operar una vez identificado el marco específico del concurso ideal consistente en establecer la mitad superior de la infracción más grave; ORTEGA MATE-SANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 373 s. (sin embargo, en pp. 393 s., se manifiesta en favor de una comparación con base en las penas «totalmente individualizadas, como si se tratara de infracciones aisladas o autónomas»); ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 378 ss. A favor, en lo que denominaríamos tesis de la «individualización abstracta-concreta más concreta», CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», pp. 373 s.; GALLEGU DÍAZ, M., *El sistema de determinación legal de la pena*, pp. 439, 441; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», pp. 1046 s.; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 678, parece ubicarse dentro de esta última posición, al indicar que «[h]abrà que estar a la pena que corresponda tomando en consideración la necesidad de acudir a la pena superior o inferior en grado, pero sin concretarla en su mitad superior o inferior en atención a las circunstancias modificativas concurrentes o al posible uso del arbitrio judicial, ya que la ley remite a la mitad superior de la pena más grave y ello parece presuponer que se refiere a la pena que corresponda antes de considerar si debe aplicarse en su mitad superior o inferior». Con ello pareciera estar a favor de incluir en esta primera etapa de determinación a las circunstancias de modificación excepcional, pero no a las circunstancias genéricas del artículo 66 CP; sin embargo, no queda claro qué ocurriría en caso de concurrir varias circunstancias genéricas que impliquen un salto de grado; SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, p. 224.

un beneficio injustificado, por desproporcionado, sino de establecer un límite máximo a la pena tipo que viene señalada con carácter general por la regla del artículo 77, sin perjuicio de aplicar después las reglas de la individualización que prevén que el Tribunal tenga en cuenta no solo las circunstancias modificativas concurrentes, sino también las circunstancias del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho», es decir, las genéricas del artículo 66 CP. En ese sentido, indica que la pena inferior en grado –por aplicación del artículo 68 CP, debido a la eximente incompleta– del delito de lesiones del artículo 148.1 CP (cuya pena en abstracto es de 2 a 5 años) tiene un máximo de 2 años menos un día. En el caso del homicidio imprudente del artículo 142.1 CP (cuya pena en abstracto es de 1 a 4 años), la pena inferior en grado –por aplicación de la misma circunstancia– tiene un máximo de 1 año menos un día. Por lo tanto, concluye el Tribunal, «la pena máxima imponible [...] alcanzaría los dos años, once meses y 28 días, extensión que opera como límite máximo de la regla primera del artículo 77».

Es sorprendente esta forma de calcular el límite de la regla subsidiaria del artículo 77 CP, puesto que el Tribunal considera que ese tope viene dado por «la pena máxima» que cabría imponer si los delitos se penaran separadamente¹⁶⁴, pero el Código en ningún momento se refiere a dicho límite en esos términos, sino a las penas «que correspondería aplicar», esto es, a una pena individualizada en el caso concreto¹⁶⁵. Asimilar la directiva del Código con la interpretación que de ella hace el Tribunal resulta tanto como decir que, en los casos de concurso real, siempre deben imponerse las penas en su límite mayor, lo cual es completamente arbitrario.

Ahora bien, para efectuar la comparación, el Tribunal se dispone también a calcular la pena según la regla primaria que establece el artículo 77 CP

¹⁶⁴ Así, también, la STS 1051/2006, de 30 de octubre. Sin embargo, en otras resoluciones ha hecho expresa mención de la necesidad de establecer las penas que concretamente habría impuesto efectivamente el Tribunal (*vid.*, entre otras, las SSTS 580/2010, de 16 de junio, 39/2007, de 26 de enero, 1047/2006, de 9 de octubre, 852/2006, de 26 de julio, 745/2005, de 16 de junio, 11/2004, de 15 de enero). Sobre las vacilaciones del Tribunal Supremo a este respecto, *Vid.* ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, pp. 390 ss.

¹⁶⁵ Opinión casi unánime en la doctrina (*vid.*, por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1050 y nota 325). En cambio, proponen que se tenga en cuenta la pena resultante de sumar los mínimos, BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», pp. 33 s.; ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 390. SANZ MORÁN, Á., *El concurso de delitos*, pp. 225 s., lo sostiene para los casos en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes. Esta interpretación, como bien observa Llorca Ortega, si bien era plausible –como también la opuesta, que considera los máximos– con la regulación del artículo 71.2 del Código derogado, que hacía referencia a la suma «de las que pudieran imponerse», resulta difícil de asumir con la actual regulación del artículo 77.2 CP, que se refiere a la suma «de las que correspondería aplicar» (*Vid.* LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, pp. 207 ss.).

para el caso de concurso ideal. En ese punto, dice el Tribunal Supremo que «[l]a pena aplicable al concurso medial [sic] según esta primera regla del artículo 77 sería la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior. En este caso, la pena de prisión de dos a cinco años señalada al delito de lesiones del artículo 148, que en su mitad superior queda comprendida entre tres años y seis meses y cinco años. Pena tipo de la que es necesario partir, y que habrá de ser degradada al menos en un grado por aplicación del artículo 68 del Código, lo que determina una pena situada entre un año y nueve meses y tres años, cinco meses y veintinueve días». Es decir, en su interpretación de la regla principal de la absorción, tiene en cuenta el marco penal abstracto para aplicarle la mitad superior, y recién allí incorporar la atenuante privilegiada. En consecuencia, los tres años impuestos al condenado por el *a quo*, si bien se encuentran dentro del margen de la regla principal, se exceden respecto de los de la regla subsidiaria, ya que la suma resultante de la acumulación –siempre en la interpretación del Tribunal– había arrojado una pena de 2 años, 11 meses y 28 días; por tal razón, al compartir «los criterios a los que se ajusta la sentencia del Tribunal del Jurado y la sentencia impugnada para la individualización de la pena, que confirma los de la anterior, [...] manteniendo los mismos razonamientos, el motivo se estima, produciendo como efecto la individualización de la pena en el límite máximo legalmente procedente para este caso concreto, esto es en dos años, once meses y veintiocho días de prisión».

En este punto resulta llamativo que el Tribunal decida imponer el máximo previsto por la regla subsidiaria cuando el Tribunal del Jurado no había impuesto el máximo disponible –que era de tres años y medio menos un día–, sino de tres años, cuando, según admite el propio Tribunal Supremo, comparte los criterios de individualización de la pena adoptados por el Tribunal del Jurado¹⁶⁶. Aquí se ve cómo el Tribunal queda preso de su error primige-

¹⁶⁶ Si bien uno podría razonar que, al ser la pena resultante menor que la que había sido impuesta por el *a quo*, por más que aquella esté en el máximo previsto y ésta seis meses por debajo de su máximo, no habría ninguna vulneración a las reglas de determinación, creo que ello sería incorrecto. Los límites, mínimos y máximos, le otorgan al juez los puntos de referencia sobre los extremos en la gravedad del hecho; por lo tanto, un hecho que no se considera en su grado máximo de desvalor no puede obtener una pena máxima disponible, y, si los límites del marco se corren –hacia arriba o hacia abajo– también debería hacerlo el punto de anclaje del desvalor propio del hecho teniendo en cuenta, ahora, esos nuevos puntos de referencia. Similar, BASSO, G., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, pp. 283, 371. En la misma línea, Ziffer, siguiendo a Horn, indica que «la gravedad de una pena no puede ser determinada en abstracto, sino sólo en relación con el mínimo y el máximo del delito de que se trate. Por lo tanto, toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una modificación del parámetro utilizado, y debe alterar, necesariamente, el monto de la pena. Sería un error dejar abierta la decisión acerca de cuál es el marco específico del que se parte, argumentando que la pena es correcta siempre que, de todos modos, se halle abarcada por los marcos penales en conflicto. Pues la pena sólo puede ser fijada

nio: el de interpretar que la suma de las penas separadas debe hacerse teniendo en cuenta las penas máximas posibles y no las que en el caso concreto habrían de ser aplicadas.

Pero, lo que me interesa destacar aquí es la diferencia de criterios utilizados en una misma sentencia, como un ejemplo extremo de la falta de consenso que existe en este punto. En tal sentido, para establecer cuál es la infracción más grave, el Tribunal tiene en cuenta la mitad superior de los marcos penales abstractos y recién luego aplica la circunstancia atenuante privilegiada, subvirtiendo de esa manera el procedimiento realizado previamente para determinar el límite, según la regla subsidiaria, en el que primero aplicó la rebaja en grado debido a la atenuante, para luego asumir hipotéticamente la pena que cabría imponer por cada delito. De haber mantenido el criterio utilizado en la determinación del límite de la acumulación, debería haber establecido el submarco de ambos delitos, aplicándole la reducción en un grado a las dos penas previstas en abstracto para, recién luego, ubicar la mitad superior. En ese esquema, el delito de lesiones quedaría con un submarco de un año a dos años menos un día, y el de homicidio imprudente de seis meses a un año menos un día. Resultando el primero de ellos el de mayor gravedad, se procedería a aplicar la mitad superior, obteniendo un nuevo submarco concretizado en un año y medio a dos años menos un día, donde el juez debería determinar la pena concursal final, que, en todo caso, quedaría por debajo del límite previsto por la regla subsidiaria, según la forma de calcularla que realizó el Tribunal, lo que ya fue criticado.

Ahora bien, al igual que acontece con la determinación de la pena en el concurso medial, si hay que realizar una individualización de la pena en cada delito concurrente para poder establecer cuál sería la pena final de conformidad con el principio de acumulación, no parece correcto excluir tampoco en este proceso las circunstancias genéricas del artículo 66 CP para determinar la pena en el concurso ideal. A este respecto, también aquí debería tenerse en cuenta que las valoraciones que se hagan sobre ellas no pueden volver a realizarse en el momento de determinar la pena final, la cual solo debería tener en cuenta –de nuevo, al igual que en la regla del 77.3 CP– la regla relativa a la mayor o menor gravedad del «hecho concursal» (art. 66.1.6.^a CP).

En contra de esta forma de entender la determinación de la pena en esta primera etapa se argumenta que choca abiertamente con la necesidad de contar con un marco penal, o submarco, luego de aplicar las reglas relativas a autoría, participación y circunstancias excepcionales, sobre el cual establecer

en forma relativa, teniendo en cuenta cuál es el mínimo y el máximo previsto» (Vid. ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 41).

la mitad superior¹⁶⁷. Sin embargo, ello no es del todo así. Como ha sostenido Vizueta Fernández, si bien el artículo 77.2 CP exige imponer la pena más grave en su mitad superior, de ello no se deriva que haya de partirse en todo caso de una pena en toda su extensión, puesto que el Código penal ofrece la posibilidad de imponer la mitad inferior o superior de una pena como resultado de una previa división en mitades. Por ello, no habría ningún inconveniente legal en aplicar las mitades inferiores o superiores como consecuencia de las circunstancias modificativas ordinarias y luego, sobre ellas, aplicar la mitad superior del concurso ideal. Por lo demás, de concederse el punto argumentado, estaría igualmente excluida –por las mismas razones que aducen– la aplicación de las circunstancias ordinarias del artículo 66 CP «luego» de haber aplicado la mitad superior en virtud de la absorción agravada¹⁶⁸. No obstante, la crítica seguiría siendo válida para una propuesta de determinación concreta en una pena puntual, como la que aquí se va a defender, en la cual ya no habría ninguna posibilidad de dividir en mitades. Sobre esto, volveré al final de este apartado.

Pero, antes, debemos continuar con el orden que prevé el procedimiento de determinación de la pena concursal. En este sentido, luego de individualizadas las penas correspondientes a cada uno delitos, sea con un criterio más abstracto o más concreto, debe establecerse cuál es la más grave de ellas. En penas de la misma naturaleza no debería resultar problemático, puesto que la que mayor intensidad cuantitativa represente será la más grave, de conformidad con el artículo 33 CP, que las ordena en función de su naturaleza y duración¹⁶⁹. Pese a que el artículo habla de infracciones y no de penas, es unánime la comprensión de que lo que debe identificarse es el delito más grave de los concurrentes, y este será el que tenga prevista la pena más alta¹⁷⁰. Por el contrario, en casos de penas de distinta naturaleza, si bien habrá casos claros –por ejemplo, una pena privativa de libertad difícilmente permita considerar a otra pena como más grave¹⁷¹– puede suceder que haya

¹⁶⁷ Así, GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 567; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 678.

¹⁶⁸ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», pp. 27 s.

¹⁶⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., p. 678; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 378.

¹⁷⁰ CÓRDOBA RODA, J., «Artículos 68 a 71», p. 368; CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, p. 179; GARCÍA ALBERO, R., «Artículos 77 y 78», p. 568; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1047; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 361.

¹⁷¹ En este sentido, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 173, propone tener en cuenta, al menos en un primer momento, la gravedad de las

supuestos no tan claros sobre cuál es la más grave¹⁷², situación en la cual debería oírse al reo sobre ese extremo¹⁷³.

Una vez identificada la infracción más grave corresponde establecer la mitad superior de la pena en abstracto o del submarco resultante de la aplicación, según el criterio que se siga de los mencionados, de las características de grado de ejecución y participación, y demás circunstancias extraordinarias que puedan haber concurrido —eximentes incompletas, atenuantes muy cualificadas—¹⁷⁴. Esa será la escala específica del concurso ideal sobre la que habrá de determinarse, finalmente, la pena concursal a imponer, individualizándola según las consideraciones generales del artículo 66 CP¹⁷⁵. Por último, hay que realizar la comparación entre las dos penas concretas finalmente determinadas; por un lado, la resultante de la suma de las penas individualmente consideradas, y, por el otro, la resultante de la individualización dentro de la mitad superior de la infracción más grave¹⁷⁶. Para llevar a cabo esa comparación, hay que tener en cuenta lo dicho anteriormente sobre los criterios a adoptar para establecer un orden de jerarquía en relación con la gravedad que presentan. Si se trata de penas de la misma naturaleza no habrá inconvenientes en identificar la más grave, pero en caso de penas heterogéneas sí que pueden plantearse esos problemas. A estos efectos, las penas de multas se pueden comparar con las de prisión teniendo en cuenta la equivalencia que surge de la responsabilidad per-

penas en abstracto, donde aquellas privativas de libertad serán más graves que las privativas de otros derechos y que las penas pecuniarias.

¹⁷² Incluso puede suceder que el orden de gravedad sea inverso al que, a priori, pareciera establecer el artículo 33 CP. Así, por ejemplo, la privación del derecho a la tenencia de armas o a conducir vehículo a motor por un tiempo superior a 8 años —penas graves— difícilmente puedan considerarse más aflictivas que una pena de prisión de hasta 5 años —pena menos grave—.

¹⁷³ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1048. En cualquier caso, siguiendo a la doctrina mayoritaria, la dificultad de comparar gravedades en penas heterogéneas no es un argumento suficiente en favor de prescindir del régimen de absorción para imponer, en estos casos, siempre el de acumulación (*vid.*, por todos, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 377 ss.). Así, sin embargo, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, p. 205, quien considera que el criterio de absorción o de punición conjunta previsto en el artículo 77 CP exige que los diferentes castigos a unificar sean de la misma naturaleza, puesto que no pueden aunarse elementos heterogéneos, por lo que, en casos de heterogeneidad, los delitos se castigarán separadamente.

¹⁷⁴ LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, p. 206, quien partía de una individualización que tenga en cuenta la pena concreta, indica, en cambio, que para establecer la mitad superior hay que «suprimirle el influjo de los accidentes ordinarios, de las agravantes y atenuantes de eficacia común, y en la penalidad resultante se obtendrá la mitad superior».

¹⁷⁵ Por todos, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1050.

¹⁷⁶ No sería comparable una pena concreta con un marco penal, por más concretizado que se encuentre, y, sin embargo, así ha operado la jurisprudencia en algunas ocasiones (*Vid.* CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 190 s.), como también ha quedado demostrado en la sentencia citada en el cuerpo del texto.

sonal subsidiaria¹⁷⁷, consistente en computar un día de prisión por cada dos cuotas (art. 53.1 CP). Nuevamente, en caso de duda, hay que consultar al reo.

En caso de que la pena acumulada resulte ser inferior que aquella derivada de la absorción agravada, el artículo 77.2 *in fine* CP indica que «se sancionarán las infracciones por separado». La forma en la que se expresa el legislador puede inducir a pensar que establece un régimen de penalidad distinto del acumulativo, ya que ni el artículo 73 CP, ni el artículo 75 CP mencionan que deban penarse por separado, sino que dice que se impondrán todas las penas correspondientes, con lo cual, el cumplimiento por separado podría significar que deban cumplirse una tras otra, sin las restricciones del artículo 76 CP¹⁷⁸. Sin embargo, más allá de la deficiente redacción (a la que hay que agregar la mención expresa al inicio del art. 77 CP de que no serán de aplicación los dos artículos anteriores, cuando luego se impone la regla subsidiaria de la acumulación), no hay razones materiales que justifiquen el apartamiento en estos casos de las reglas relativas al principio de acumulación jurídica que están previstas para los supuestos de concurso real¹⁷⁹. Si uno de los límites máximos a la penalidad del concurso ideal viene dado por no sobrepasar la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente, es porque se está pensando en el principio de acumulación como referencia de máxima penalidad¹⁸⁰. Y, si la idea que subyace a esta regulación es que el concurso ideal no pueda derivar en una pena mayor que la del concurso real, la no aplicación de los límites del artículo 76 CP para estos casos iría en contra de ese propósito¹⁸¹. Además, el 77.3 *in fine* CP sí que menciona la imposibilidad de exceder el límite previsto en el artículo 76 CP, por lo que, una interpretación sistemática de ambas regulaciones obliga a entender que, teniendo el concurso ideal y medial la misma referencia comparativa en relación con el concurso real (*i.e.* que la pena resultante no pueda exceder la suma de las penas que se impon-

¹⁷⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», p. 1051; SANZ MORÁN, Á., «El concurso de delitos en la reforma penal», p. 231.

¹⁷⁸ Sobre ello, *Vid.* CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 53 ss., quien expone las razones históricas para descartar esa hipótesis interpretativa.

¹⁷⁹ Así es entendido unánimemente por la doctrina, *vid.*, por todos, ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 397.

¹⁸⁰ Se ha dicho, con acierto, que el principio de acumulación «comporta una *ventaja* fundamental, sobre la que existe amplio acuerdo: sirve para fijar el límite máximo de punición en caso de concurso de delitos» (*Vid.* SANZ MORÁN, Á., «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», p. 18 –destacado en el original–).

¹⁸¹ Por todos, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 404 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», pp. 35 s.

drían de penarse separadamente)¹⁸², el concurso medial no puede tener un límite adicional que lo ubique en mejor posición que al concurso ideal, por razones de proporcionalidad ordinal.

8.2.2 UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA

Para finalizar, quisiera plantear una forma alternativa de proceder a la determinación de la pena del concurso ideal, que sea compatible con la actual regulación. Anteriormente adelanté que, en la individualización de las penas por las diversas infracciones, que hay que llevar a cabo en la primera etapa de determinación, hay que tener en cuenta las «penas en concreto» que cabría imponer por cada uno de los delitos. Esta interpretación no implica realizar nada distinto de lo que el juez ya debe hacer, de acuerdo con el artículo 77.2 y 77.3 CP, para evitar superar el límite que impone la regla subsidiaria relativa a la acumulación. Esto es, debe determinar la pena para cada delito, considerando todas las circunstancias existentes –ordinarias y extraordinarias–, como si se tratase de casos de unidad delictiva, es decir, sin tener en cuenta la situación de concurrencia. En este punto hay acuerdo en la doctrina¹⁸³; la diferencia surge en relación con la individualización de conformidad con la regla general de determinación, «para identificar cuál es la más grave», y sobre la cual hay que establecer la mitad superior.

Como fuera expuesto, mientras que la mayoría de la doctrina –con las matizaciones indicadas– considera que hay que tener en cuenta la pena abstracta-concreta, creo que aquí también debería tenerse en cuenta la pena concreta individualizada, cuya extensión el juez ya tuvo que determinar. Antes de ofrecer razones materiales que, según entiendo, justifican esta decisión, se debe considerar su posible compatibilidad con la actual regulación, lo que obliga a contestar a la objeción, ya mencionada, que suele encontrarse a esta forma de proceder, y que podría resumirse así: la necesidad de establecer la mitad superior de una infracción supone tener en cuenta un marco penal, en mayor o menor grado de concreción, que suponga un límite inferior y otro superior, lo cual es incompatible con tener como base a una pena concreta.

Tengo para mí que es posible compatibilizar la necesidad que impone el artículo 77.2 CP de establecer la mitad superior de la pena prevista para la in-

¹⁸² Lógica que viene manteniéndose desde las discusiones del Anteproyecto del Código penal de 1848 (Vid. GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema de determinación legal de la pena*, pp. 424 ss.).

¹⁸³ Por todos, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, pp. 194 s., y nota 72.

fracción más grave con la propuesta de individualizar las penas concretas de los delitos concurrentes a los fines de establecer cuál de ellas es la más grave¹⁸⁴. Para ello bastaría con tomar como referencia el marco penal abstracto-concreto alcanzado, luego de aplicar todas las circunstancias modificativas, dentro del cual se individualizó la pena identificada como la más grave, y sobre él determinar la mitad superior¹⁸⁵. Es decir, habría que tomar como referencia el último marco de pena alcanzado previo a individualizar la pena concreta, lo que supone volver un paso hacia atrás –respecto de la pena concreta que se identificara para cada delito– para poder establecer la mitad superior del mismo. Insisto en que la concretización de la pena de cada delito se realiza con la finalidad de poder establecer cuál es efectivamente la pena más grave, respecto de la regla principal –absorción–, pero también con la de llevar a cabo la sumatoria que supone uno de los límites superiores previsto por el artículo 77.2 CP, de acuerdo con la regla subsidiaria –acumulación–.

Con este procedimiento pueden ocurrir dos posibles situaciones a considerar: que la pena concreta por la infracción más grave ya se encuentre dentro de la mitad superior, o bien que se encuentre dentro de la mitad inferior. Si la pena concreta se encuentra por debajo de la mitad del marco penal correspondiente, la «pena concursal» a imponer deberá elevarse, como mínimo, hasta ese nuevo límite inferior. Si, en cambio, la pena concreta se encuentra dentro de la mitad superior, ese monto será el que fije el mínimo de la «pena concursal» que finalmente se imponga. En este último supuesto, razones de proporcionalidad ordinal recomiendan evitar que una pena concursal sea igual a la que se hubiese impuesto en caso de cometerse únicamente ese delito, por lo tanto, sería importante que el juez no imponga exactamente esa pena, sino una que sea superior, al menos en un día¹⁸⁶. En el primer supuesto, ello se encuentra garantizado por la necesidad de ubicarla en la mitad superior, lo que obliga a elevarla.

Veámoslo con un ejemplo: tomando como referencia el caso de la STS 513/2006, de 5 de mayo, que ya fuera citada, en el que concurren idealmente el delito de lesiones agravadas (art. 148.1 CP), con una pena prevista de 2 a 5 años, con el de homicidio imprudente (art. 142 CP), que tiene una pena

¹⁸⁴ ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 379, afirma, pese a sostener una posición diferente, que esta interpretación no sería contraria a la expresión legal del artículo 77.2 CP.

¹⁸⁵ De otra opinión, LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, pp. 206 s., considera que hay que tener en cuenta el marco penal desprovisto de las circunstancias modificativas, las que volverían a tenerse en cuenta luego de aplicar la mitad superior.

¹⁸⁶ Esta situación no podría ser considerada por quienes proponen la determinación de la infracción más grave con base en los marcos penales sin llevar a cabo la concretización de cada pena, pues tendrían como referencia toda la extensión de la mitad superior.

de 1 a 4 años. Imaginemos que no concurre la eximente incompleta que se daba en el caso de la sentencia y se individualizan las penas correspondientes a cada uno de los delitos en 3 años y 1 año, respectivamente. La identificación de la infracción más grave es, en este caso, la de las lesiones agravadas, sobre la cual hay que establecer la mitad superior, y para ello hay que regresar hasta el último marco alcanzado (2 a 5 años)¹⁸⁷, por lo que quedaría un marco concursal de 3 años y 6 meses a 5 años, dentro del cual el juez debe establecer la pena concursal. Como la pena mayor individualmente alcanzada –3 años– está por debajo del límite inferior de ese submarco, por imperio del artículo 77.2 CP deberá elevarse la pena concursal hasta, por lo menos, los 3 años y 6 meses, y allí tener en cuenta si ese incremento obligado es suficiente para reflejar el desvalor propio de la concurrencia, es decir la mayor o menor gravedad del «hecho concursal» (art. 66.1.6.^a CP), circunstancia que hasta este momento no había sido valorada¹⁸⁸, o bien debe elevarse aún más, teniendo como tope máximo los 5 años. Sin embargo, en caso de establecer una pena concursal que sea mayor a 4 años, pasaría a resultar operativa la regla subsidiaria de la acumulación por ser más beneficiosa, ya que las penas separadas fueron de 3 años y 1 año.

Ahora modifiquemos brevemente el caso e imaginemos que, siendo todo lo demás igual, la pena individualmente determinada respecto del delito de lesiones hubiese sido de 3 años y 9 meses. Aquí la pena mayor se encuentra inserta en el submarco correspondiente a la mitad superior dentro del cual debe determinarse la pena concursal final –3 años y 6 meses a 5 años–, y una visión estándar sobre las condiciones que hay que tener en cuenta para establecer la pena concursal dentro de la mitad superior de la infracción más grave diría que nada impide que el juez pueda imponer la pena final a partir de los 3 años y 6 meses. Según lo que aquí se viene sosteniendo, en cambio, teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad ordinal, la pena concursal no debería ser inferior a ninguna de las penas individualmente consideradas¹⁸⁹. Es más, por las mismas razones, tampoco debería ser igual, debiéndose añadir algo de pena para que refleje el desvalor propio de la concurrencia delictiva. En ese

¹⁸⁷ En este caso coincide con la pena en abstracto prevista en la parte especial para este delito, pero podría ocurrir que se trate de un submarco más preciso de haber existido algún circunstancia modificativa, ordinaria o extraordinaria, como de hecho se daba en el caso real.

¹⁸⁸ Recordemos que, hasta este momento, las circunstancias se evaluaron respecto de cada delito *individualmente considerado*.

¹⁸⁹ Ello es así por las mismas razones que se aducen en Alemania respecto del efecto oclusivo del mínimo mayor, que supone el impedimento de imponer una pena en el concurso ideal que esté por debajo del mínimo mayor de las infracciones concurrentes (*Vid. supra* 7.4). Esta situación difícilmente se pueda producir en España, debido a la absorción agravada que prevé, a diferencia de la absorción simple prevista en el StGB; sin embargo, el trasfondo del argumento es idéntico, por lo que, *mutatis mutandis*, lo mismo cabría decir respecto de las penas individualmente consideradas.

sentido, el submarco sobre el cual el juez debiera determinar la pena concursal final iría desde un mínimo de 3 años, 9 meses «y un día» hasta los 5 años, con la salvedad ya indicada de que, de superar la suma de las penas impuestas separadamente, 4 años y 9 meses «menos un día»¹⁹⁰, se aplicaría esta última.

Entiendo que, con esta interpretación de la regla del concurso ideal, además de esquivar cualquier objeción en atención a una posible vulneración del principio del hecho, se pueden lograr resultados más concordantes con las restantes reglas de determinación en los concursos. En este sentido, en primer lugar, es la forma de individualización que permite conocer con mayor exactitud cuál de todas las infracciones concurrentes es efectivamente la más grave¹⁹¹, ya que podría ocurrir que en un caso concreto la pena más grave se corresponda con el submarco menos grave, y, frente a esta dualidad valorativa, la pena con el mayor grado de concreción posible es la que mejor refleja la correspondencia con la infracción más grave. Así, por ejemplo, imaginemos un caso¹⁹² en el que un sujeto agrede a un policía –que se encontraba distraído y de espaldas al agresor– con un golpe de puño al costado del ojo, ocasionándole unas heridas que requirieron de un tratamiento médico, aunque no fueran de especial gravedad, tratándose de un concurso ideal entre el atentado a un agente de autoridad del artículo 550.1 y 2 CP (con una pena en expectativa de 6 meses a 3 años) y las lesiones del art. 148.2.º en relación con el artículo 147.1 CP (con una pena de 2 a 5 años). Supongamos que el juez determina la pena concreta de las lesiones en el mínimo –2 años– debido a la poca gravedad del daño producido, y en 2 años y 6 meses el atentado, por considerarlo una forma especialmente grave en que se lleva a cabo ese delito, y teniendo en cuenta que se le aplicaría la agravante genérica de alevosía del artículo 22.1.ª CP, que obliga a imponer la pena en la mitad superior –1 año y 9 meses a 3 años– (en virtud del art. 66.1.3.ª CP). En este esquema, la infracción más grave es la del atentado, razón por la cual debería establecerse la mitad superior de la pena

¹⁹⁰ Si bien, como ya se indicó, el límite que establece el artículo 77.2 CP impone que la pena no puede «exceder» de la suma de las penas individuales, por lo que la literalidad del texto no impediría que ese límite se alcance, aquí nuevamente razones de proporcionalidad ordinal obligan a imponer una pena menor a la que correspondería aplicar en casos de concurso real, debido a que la sistemática del Código supone la existencia de un orden de gravedad diverso según las modalidades concursales que deben reflejarse en la determinación de la pena final. Por las mismas razones, aunque ello no surja de la redacción del articulado, el juez debería tener en cuenta la pena que correspondería aplicar en un supuesto de concurso medial para establecer un parámetro de referencia que permita identificar, también aquí, un tope máximo valorativo.

¹⁹¹ Reconoce este extremo, aunque se decanta por una individualización abstracta-concreta menos concreta, ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, p. 379.

¹⁹² Agradezco al Prof. Noel Villalba López la sugerencia de este caso para graficar de una mejor manera lo que propongo en el texto.

correspondiente a dicha infracción, es decir de 2 años, 4 meses y 15 días a 3 años, consistente en la mitad superior del último submarco alcanzado, que era de 1 año y 9 meses a 3 años. Recién allí, sobre dicha mitad superior debe determinarse la pena concursal, la cual –según lo anteriormente dicho– en ningún caso debería ser inferior a los 2 años y 6 meses. Si se tomasen en cuenta los marcos penales abstractos-concretos, en cambio, la infracción mayor sería la de las lesiones, por lo que la mitad superior se ubicaría en los 3 años y 6 meses a 5 años, obligando a imponer una pena muy superior –como mínimo, una elevación del 40 %– a la que cabría imponer de seguirse el criterio de la pena concreta.

El ejemplo que acabo de mencionar da cuenta de hasta qué punto puede variar la situación dependiendo del grado de concreción que se requiera en la pena «para establecer cuál de todas las infracciones es la más grave». Además de responder con mayor fidelidad al concepto de infracción más grave, la necesidad de concretizar la pena para cada delito individualmente considerado coadyuva a garantizar que se cumpla con la exigencia de motivación que debe tener toda sentencia condenatoria, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)¹⁹³, que, en los supuestos de concurso ideal consiste en la necesidad de fundamentar la pena que cabría aplicar según ambos procedimientos, el de la regla principal de la absorción agravada y el de la regla subsidiaria de la acumulación¹⁹⁴.

En segundo lugar, se evita la contradicción sistemática de que el concurso ideal pueda resultar más severamente penado que el medial. Al tener como referencia de pena mínima la individualizada concretamente, al igual que ocurre con el proceso de determinación en el concurso medial, el juez en el momento de la individualización de la pena final debe proceder con las mismas herramientas en ambos concursos, lo cual le permitiría tener presente la pena que correspondería aplicar a una y otra modalidad para evitar esa contradicción, como lo sugería la Fiscalía General del Estado¹⁹⁵. Ciertamente es que no se evita del todo esa posible contradicción, puesto que, en caso de encontrarse la pena concreta en la mitad inferior, el principio de absorción agravada obliga a

¹⁹³ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7.

¹⁹⁴ LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, pp. 208 s. En este sentido se ha expedido el Tribunal Supremo en un caso de concurso medial, previo a la modificación del 2015, es decir, que el antecedente sigue siendo válido para los casos de concurso ideal, en la STS 878/2009, de 7 de septiembre.

¹⁹⁵ *Vid.* nota 140. Como consecuencia de ello, lo recomendado en la Circular para la pena del concurso medial valdría también para el caso en que la pena a determinar sea la del concurso ideal. En ambos supuestos, el juez debe tener como referencia la pena que se impondría en la modalidad concursal que no tiene ante sí.

subirla hasta la mitad superior, situación que no ocurre en el concurso medial, en donde la pena final se puede quedar en la mitad inferior, aun luego de proceder al incremento previsto¹⁹⁶. Tomemos, por ejemplo, la primera variante del caso analizado: al ser la pena más grave la de 3 años, en un delito que tenía una escala de 2 a 5 años, la regla del concurso ideal obligaría a elevarla, como mínimo, hasta 3 años y 6 meses, mientras que la regla del concurso medial impone un incremento, también como mínimo, de un solo día.

Bien podría sostenerse, como sugiere la Fiscalía General del Estado, que el juez del concurso medial deba tener en cuenta la pena que correspondería aplicar en caso de concurso ideal y, por lo tanto, tener como referencia también el submarco de la mitad superior. Esta forma de proceder respetaría los criterios de proporcionalidad ordinal entre ambas modalidades concursales; sin embargo, colidiría con criterios de proporcionalidad estricta de la pena en relación con el hecho al obligar al juez del concurso medial a imponer una pena superior a la que podría considerar suficiente¹⁹⁷, por ejemplo, si en este caso estimase que el incremento de la pena concursal que corresponde aplicar es de un día o más, pero debajo de los 6 meses¹⁹⁸.

Ante ese dilema, creo que hay que atenerse a la solución que favorezca al reo, lo cual implica imponer una pena concursal medial inferior a la que correspondería imponer en caso de concurso ideal. Es decir, criterios de proporcionalidad estricta entre la pena y el hecho concreto deben prevalecer en detrimento de la proporcionalidad ordinal entre las modalidades concursales. Estos problemas deberían ser indicativos de la arbitrariedad que supone, en algunos casos, la obligatoriedad de imponer la pena del concurso ideal en su mitad superior¹⁹⁹. En todo caso, esta situación tampoco se evitaría con la visión estándar sobre la determinación de la pena del concurso ideal. Ahora bien, sí que

¹⁹⁶ Situación que, por cierto, también podría ocurrir respecto de un caso en que las penas que correspondería aplicar separadamente arrojen una suma que quede ubicada en la mitad inferior de la escala penal de referencia. Sin embargo, en este caso no habría ningún inconveniente, ya que la propia regla del artículo 77 permite dejar de lado la absorción agravada en favor de la acumulación.

¹⁹⁷ BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», pp. 23 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», p. 472, nm. 3257.

¹⁹⁸ Es decir, en cualquier escenario en el que considere suficiente una pena concursal que se ubique entre los 3 años y un día y los 3 años y 6 meses.

¹⁹⁹ En este sentido, Peñaranda Ramos ha propuesto partir de un mínimo que no se ubique necesariamente en la mitad superior, sino que permita recorrer todo el marco penal correspondiente a partir de la pena correspondiente a la infracción más grave en el caso concreto, tal como lo regula el artículo 77.3 CP (*Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 359 s.), lo que se vio reflejado en el artículo 73.2 (primera opción) de la propuesta de modificación normativa, como consecuencia del Proyecto de Investigación llevado a cabo por la UAM (*Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», p. 410).

serviría a los fines indicados en el supuesto de que la pena individualizada como la más grave se encuentre dentro de la mitad superior del submarco de referencia. Tomando como ejemplo la segunda variante del ejemplo utilizado, al coincidir los topes mínimos y máximos en ambas modalidades concursales en este caso concreto, sí que deberían tenerse en cuenta criterios de proporcionalidad ordinal para no imponer una pena superior en el concurso ideal que la que correspondería aplicar si se tratase de uno medial.

En tercer lugar, la individualización concreta de las penas de los delitos concurrentes no solo serviría para marcar el tope máximo de la pena del concurso ideal, vinculado a la acumulación²⁰⁰, sino también para marcar el piso mínimo para el caso de que la pena mayor de las individualizadas haya quedado dentro de la mitad superior, es decir, para evitar otra posible contradicción sistemática consistente en que la pena del concurso ideal quede por debajo de la unidad delictiva²⁰¹. Volviendo a nuestro ejemplo, en la segunda variante, la pena individual de 3 años y 9 meses conforma el mínimo de la pena concursal, por lo que el juez tendría vedado, según esta interpretación, imponer una pena final que se encuentre por debajo de ese monto, aunque se mantenga dentro del submarco ubicado en la mitad superior.

Con ello, y en cuarto lugar, también se evitaría cualquier posible pena final que quedase por debajo de los límites mínimos de cualquiera de los delitos concurrentes, situación que la doctrina siempre ha visto como potencialmente problemática, razón por la cual se estima que el principio de combinación resulta ser el principio con mejor criterio²⁰², y ello se lograría sin contradecir el principio de legalidad²⁰³.

Es verdad que esta forma de entender el proceso de formación de la pena del concurso ideal pierde toda conexión con el espíritu de lo que supone el proceso de pena única, acercándose más a uno de pena global. Sin embargo, debido a que la doctrina mayoritaria asocia el concurso ideal al proceso de

²⁰⁰ Así, también, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Reglas de determinación de la pena», p. 687, nm. 5593.

²⁰¹ BASSO, G., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», pp. 18, 32. Similar, en este punto, ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 544 s., aunque lo dice respecto de una propuesta de *lege ferenda* con base en un sistema de solución unitaria, cuyo proceso sea el de la pena global. También de *lege ferenda*, propiciando el mismo tratamiento que actualmente rige para el concurso medial para todas las formas de concurso, PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», p. 260.

²⁰² Sobre ello, *Vid.* ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 358 s.

²⁰³ Ello ocurriría, según VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», p. 10, si se sustituye el límite mínimo marcado por la ley –el de la mitad del marco penal– por el límite mínimo más elevado de la pena de otro de los delitos en concurso.

pena única, se ha decidido mantener esta temática en este apartado. En cualquier caso, una vez aclaradas las cuestiones de fondo, las etiquetas tienen una importancia relativa.

8.3 La acumulación de penas en España

La legislación española tiene una particularidad en el momento de proceder a la acumulación de penas prevista para los casos de concurso real. Como hemos visto en la primera parte de este trabajo²⁰⁴, de conformidad con los artículos 73, 75 y 76 CP, primero se debe determinar la pena individual de cada uno de los delitos concurrentes, luego establecer si pueden cumplirse simultáneamente (art. 73 CP) o sucesivamente (art. 75 CP), y finalmente, si este último es el caso, proceder a acumularlas teniendo en cuenta los límites previstos para la acumulación (art. 76.1 CP). Hasta aquí no hay nada novedoso respecto de muchas otras legislaciones que prevén un régimen penológico con base en el principio de acumulación. La particularidad reside en la cesura que se produce entre la determinación individual de las penas y el procedimiento de acumulación, que están previstos para momentos procesales distintos y a cargo, en algunas ocasiones, de distintos funcionarios –judiciales, penitenciarios o de la administración de justicia–, lo cual justifica un desarrollo en un apartado específico.

Cuando se aborda el estudio del concurso real, y la regla de determinación de la pena que prevé el Código penal para esa modalidad, se observa en la doctrina un tratamiento dispar, en lo referente a la cuestión procedimental, según se analicen las situaciones de cumplimiento simultáneo o sucesivo de los artículos 73 y 75 CP, o se analicen los límites del artículo 76.1 CP aplicables a la acumulación, y el supuesto del concurso posterior o retrospectivo previsto en el artículo 76.2 CP. Respecto de lo primero, el análisis se centra en determinar, en primer lugar, qué penas resultan compatibles para ser cumplidas simultáneamente y cuáles no –que deben cumplirse sucesivamente–, y, en segundo lugar, cómo debe establecerse el orden de gravedad entre ellas, lo cual determinará, a su vez, el orden de su cumplimiento sucesivo. Sobre estas situaciones, poco se indaga respecto del proceso de determinación de la pena, tanto en lo que concierne a la individualización de la pena como al momento procesal en que debe realizarse. En cambio, estas cuestiones sí que forman parte del análisis que se realiza al abordar el segundo de los puntos mencionados, el de los casos en que se hace operativo el artículo 76 CP, sea

²⁰⁴ *Vid. supra* 2.1.1.b).

respecto de los límites a la acumulación, o bien respecto de las situaciones de concurso posterior o retrospectivo, en lo referente a la discusión histórica sobre el requisito de conexidad procesal o bien del criterio cronológico, y en lo referente al armado de los bloques de sentencias susceptibles de acumulación. Esta misma lógica se ha seguido en la primera parte, al tratar las cuestiones relativas al concurso real, y ahora procuraré dar cuenta del déficit de atención denunciado.

A esta situación contribuye el silencio de la ley sobre cómo se debe actuar procesalmente²⁰⁵, ni cuál es el órgano judicial competente para decidir el orden de ejecución de las penas impuestas por las diversas infracciones²⁰⁶. La única referencia legal existente está vinculada al incidente de acumulación para los supuestos de concurso posterior o retrospectivo del artículo 76.2 CP, en concordancia con el artículo 988 LECr, y de refundición de condenas que establece el artículo 193 RP. Sin embargo, es necesario aclarar que el incidente de acumulación y el incidente de refundición de condenas están previstos para supuestos distintos²⁰⁷, aunque es frecuente que se denominen indistintamente en la práctica forense²⁰⁸.

Distintas situaciones pueden presentarse en la pluralidad delictiva a través de hechos independientes: 1) puede ocurrir que todos los hechos se juzguen en un mismo proceso y, por lo tanto, se condene al autor a tantas penas como delitos en concurso, en una misma sentencia; 2) puede que los hechos se juzguen en distintos procesos, aunque pudieran haber sido juzgados en uno solo²⁰⁹; 3) que los hechos se hayan juzgado en distintos procesos, sin que pudiesen haber sido juzgados en uno solo²¹⁰. En los escenarios 1) y 2), en principio, debería sustanciarse un incidente de acumulación de las distintas penas, con el fin de que el cumplimiento sucesivo de las distintas penas no supere los límites previstos en el artículo 76 CP; mientras que, en el escenario 3), los

²⁰⁵ VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, p. 336.

²⁰⁶ ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, p. 166; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 250 ss.

²⁰⁷ VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 31 ss.

²⁰⁸ Dan cuenta de ello, entre otros, GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, pp. 25 s.; ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 49 ss.; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, *Manual de ejecución penitenciaria*, pp. 722 s.; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 36 ss.

²⁰⁹ Aquí resulta irrelevante si se trata de dos procesos ya concluidos, con sus respectivas condenas, o si solo uno de ellos ya concluyó y el que transcurre se refiere a un hecho anterior a aquella sentencia.

²¹⁰ ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 330 ss.; RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, *Manual de ejecución penitenciaria*, pp. 732 s.

mencionados límites no son de aplicación²¹¹, pues no estamos –ni podríamos haber estado– ante un supuesto de concurso real, sino de reincidencia, por lo que deberá sustanciarse un incidente de refundición de condenas, cuya finalidad es la de considerar un único monto de pena a ejecutar «a efectos de aplicación de la libertad condicional» (art. 193.2.ª RP), de conformidad con el principio de unidad de ejecución²¹².

Sobre este incidente de refundición cabe poner de resalto su naturaleza claramente penitenciaria, es decir, que pretende resolver una cuestión que se suscita en el ámbito de la ejecución de la pena como es el del cómputo del cumplimiento de la pena, como uno de los requisitos –junto con el de la clasificación en tercer grado y la observancia de buena conducta en el penado– para acceder a la libertad condicional (art. 90 CP), todo lo cual es competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante: JVP)²¹³, y de los funcionarios penitenciarios. Brevemente, el procedimiento de la refundición de condenas comienza con un pedido de la oficina de gestión del centro penitenciario a los sentenciadores para que les remitan las liquidaciones de condenas que incluirán en el proyecto de refundición. Una vez incluidas todas las penas privativas de libertad pendientes de ejecución, las eventuales rebajas por indulto, los abonos de prisión preventiva, las fechas de inicio del cumplimiento y de licenciamiento definitivo de cada una, el proyecto se envía con la firma del subdirector y el visto bueno del director del centro penitenciario al JVP competente, quien, previo informe del Ministerio Fiscal, aprobará por auto, si corresponde, el proyecto de refundición. Luego de aprobada la refundición, se remite testimonio del auto a la dirección de establecimiento penitenciario (y a los respectivos sentenciadores), donde, recién allí, se procede al cálculo de las fechas relevantes para los permisos ordinarios, adelantamiento de la libertad condicional, libertad condicional ordinaria, y libertad definitiva, anotándolo en la agenda correspondiente a la oficina de gestión²¹⁴.

El incidente de acumulación, en cambio, tiene una naturaleza más propia de la determinación de la pena que de su ejecución²¹⁵. Ciertamente se trata de

²¹¹ Ello no obsta, sin embargo, a que de *lege ferenda* se propicie una limitación en la refundición que no permita superar los máximos establecidos en el artículo 76.1 CP, como proponen RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, *Manual de ejecución penitenciaria*, pp. 732 s. Así también, siguiéndoles, PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», pp. 400 s.

²¹² ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 62 ss.

²¹³ Figura que se incorporó a través de la LO 1/1979, de 26 de septiembre (Ley Orgánica General Penitenciaria), en los artículos 76 a 78.

²¹⁴ ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 77 ss., quien sigue en esta descripción a Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez.

²¹⁵ De otra opinión, GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, p. 19; ORTEGA MATE SANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, pp. 45 ss., 60 ss., 76, consideran

una cuestión muy discutida²¹⁶; sin embargo, creo que hay razones de peso suficientes para apoyar la postura de quienes observan que se trata de una medida que se refiere a las reglas de determinación de la pena, esto es, a una potestad de enjuiciamiento y no una medida de ejecución. En primer lugar, no hay que perder de vista que la acumulación de penas está prevista como una de las formas en que procede aplicar las reglas de determinación de la pena en los concursos de delitos²¹⁷. Esta situación, por más obvia que resulte, debería ser suficiente para poner de manifiesto que se trata de una cuestión atinente a la determinación de la pena, al igual que ocurre con el concurso ideal y con el concurso medial. La circunstancia de que para el concurso real esté prevista una regla con base en la acumulación aritmética, lo cual pareciera indicar que la suma de las penas no supone ningún elemento de juicio de valor, no significa que los jueces, en los hechos, prescindan de la consideración global que tiene toda dinámica concursal²¹⁸.

En segundo lugar, y como consecuencia de ello, el incidente de acumulación es susceptible de ser recurrido en casación (art. 988 LECr), remedio procesal que no está previsto expresamente²¹⁹ para las resoluciones del JVP, por

que todo el artículo 76 CP tiene la naturaleza de una regla de ejecución de la pena, y no de individualización o enjuiciamiento. Sin embargo, este último autor reconoce que tienen fundamentos diferentes (*Vid. ÍDEM*, p. 72).

²¹⁶ Sobre los distintos puntos de vista al respecto, *Vid. VARONA JIMÉNEZ, A., Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 43 ss.

²¹⁷ En este sentido, venía siendo una doctrina asentada en la Sala II del Tribunal Supremo que el producto de la acumulación limitada era una consecuencia jurídica nueva y distinta de aquellas que la componían. Esta comprensión se vio interrumpida con la STS 197/2006, de 28 de febrero, que dio lugar a la llamada «doctrina Parot», en la que se interpretó –si bien a efectos de irretroactividad– que el límite fijado en el auto de acumulación no se convertía en una pena nueva y distinta de las sucesivamente impuestas sino que representaba el máximo de cumplimiento penitenciario (*Vid. ORTEGA MATE SANZ, A., Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 49; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 48 ss., 263 s.).

²¹⁸ En efecto, ya fue puesto de manifiesto cómo opera la jurisprudencia al individualizar las penas de los delitos concurrentes teniendo como referencia la pena final que resultaría de la acumulación posterior (*Vid. nota 104*). Vuelvo aquí con un caso del Tribunal Supremo que evidencia lo sostenido: en la STS 44/2019, de 1 de febrero, en la que los autores venían condenados por tres tentativas de homicidio, en concurso real, a la pena de siete años de prisión por cada uno de ellos, el Tribunal sostuvo, en relación con el monto de pena individualizado, que «la Audiencia no ha valorado para nada otros elementos que saltan a la vista y que evocan menor gravedad». Entre esos elementos, destaca: «[t]ratándose de dolo eventual respecto del resultado de homicidio y, además, en grado de tentativa, acudir al concurso real es [una] construcción que, aún asumida por esta Sala, conduce a resultados penológicos muy rigurosos», y que incluso por aplicación del límite relativo del tripló de la pena más grave que prevé el artículo 76 CP «se revela también singularmente perjudicial y generadora de agravios comparativos. Como son tres los delitos de homicidio, la regla del tripló apenas si reporta recorte alguno». Por ello, el TS decidió reducir la pena por cada uno de los delitos concurrentes a cinco años por cada uno de los homicidios en grado de tentativa, «lo que supondrá *ex artículo 76 CP* una total de cumplimiento de quince años».

²¹⁹ Cierto es que podría sostenerse que el inc. 7.º de la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ cuando se refiere, como susceptibles de ser recurridos en casación, a «el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación», está haciendo mención, tácitamente, al incidente de refundición

lo que es la única interpretación posible que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)²²⁰. Además, el tenor literal del artículo 988 LECr menciona al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia²²¹ como aquel encargado de fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme al artículo 76 CP, lo cual excluye al JVP como posible destinatario para resolver el incidente.

Todo ello debería echar por tierra gran parte de la discusión en torno a la competencia sobre estos incidentes²²², puesto que, una vez asumido que el objeto sobre el que recae la *ratio decidendi* está vinculado al análisis de los hechos juzgados²²³, no pueden ser los JVP quienes resuelvan estas cuestiones, sino el Juez o el Tribunal encargado de juzgar el hecho que debía haberse enjuiciado conjuntamente con el ya sentenciado, o bien, en caso de ya existir

que lleva a cabo el JVP, ya que, pese a que en ese inciso no se menciona al JVP, toda la DA 5.^a está vinculada a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. No obstante, cuando en el inc. 2.^o de la misma DA se hace referencia expresa a los recursos que cabe contra las resoluciones del JVP en materia de ejecución, se mencionan solamente el de apelación y el de queja ante el tribunal sentenciador, por lo que la interpretación no deja de ser algo forzada. En este sentido, el Tribunal Supremo ha sido lo suficientemente claro al indicar que los recursos de casación no caben directamente contra el auto de refundición que apruebe el JVP, sino contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional para la unificación de la doctrina, una vez que hayan resuelto en instancia de apelación los autos de refundición originarios, lo que viene recogido en el inc. 8.^o de la mencionada DA 5.^a de la LOPJ (*Vid.* Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II, de 22 de julio de 2004, y las SSTs 140/2016, de 25 de febrero; 452/2016, de 25 de mayo).

²²⁰ RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, *Manual de ejecución penitenciaria*, pp. 730 s. Este es uno de los argumentos que sostuvo reiteradamente el Tribunal Supremo para entender que el incidente de acumulación es competencia de los Tribunales y no de los JVP. Profundiza en la evolución interpretativa del TS, VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 48 ss., 261 ss. En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al indicar que «la posibilidad de acudir al Tribunal Supremo por medio del recurso de casación por infracción de Ley [...] supone que no nos encontramos ante una decisión que tome automáticamente el órgano judicial, sino ante una cuestión que puede llegar a ser debatida ante el mismo Tribunal Supremo. En esas circunstancias el precepto de la L. E. Cr. ha de ser integrado para ajustarlo al derecho de defensa que consagra el artículo 24.1 de la Constitución en el sentido de que [...] el interesado debe ser oído antes de dictarse la resolución judicial, y ha de serlo con asistencia de Letrado (art. 24.2 de la Constitución)» (*Vid.* STC 11/1987, de 30 de enero, concepto que fue reiterado en las SSTC 237/1998, de 14 de diciembre y 191/2002, de 28 de octubre).

²²¹ Todo lo cual, pese a la aparente sencillez, genera algunos problemas en situaciones particulares (*Vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 271 ss.).

²²² Sobre esta discusión, *Vid.* VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 250 ss., aunque reconoce que en la doctrina «[l]a cuestión actualmente se encuentra soterrada y no es objeto de debate ni de controversia» (*Vid.* ÍDEM, p. 264). A esa disolución del debate contribuyó, sin dudas, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 27 de junio de 2018 del Tribunal Supremo, que, en su punto 10, refiere: «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 artículo 801 LECr), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad».

²²³ La sustanciación del incidente implica que el Juez o Tribunal deba recabar la hoja histórico-penal, incorporar testimonio de todas las sentencias condenatorias, solicitar informe del Ministerio Fiscal, escuchar al interesado y, en su caso, a la víctima, antes de proceder a resolver. Detalladamente sobre cada una de estas etapas, GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, pp. 87 ss.

sentencia condenatoria en ambos, el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia. En definitiva, se trata de aplicar un criterio similar al que prevé el Código penal para los supuestos de abono de las prisiones provisionales –y cautelares privativas de derechos (art. 58.4 CP)– a las penas impuestas, según se refieran a la misma causa, en cuyo caso la competencia para realizar el abono es del juez o tribunal sentenciador (art. 58.1 CP), o se refieran a causas distintas, en cuyo caso la competencia es del JVP (art. 58.2 CP)²²⁴.

Por lo demás, cabe incorporar más diferencias entre una y otra institución, para lo cual me voy a servir de las que enuncia López Cerrada²²⁵, por su contundencia y claridad:

«La acumulación se inscribe en la fase de determinación e individualización de la pena; la refundición en la fase de ejecución.

La acumulación es competencia del Juez o Tribunal sentenciador; la refundición del JVP.

La acumulación está basada en las reglas establecidas en el CP (art. 76) y su procedimiento en la LECrim. (Artículo 988); la refundición en el RP (Artículo 193 y 195).

La acumulación supone una limitación al cumplimiento de penas, ya que establece un máximum a cumplir; la refundición consiste en la suma de todas las penas privativas de libertad que cumple el penado con el objeto de establecer una ficción de una única pena, y así poder disfrutar la libertad condicional correspondiente a dicha suma, como si se tratara de una única pena.

En la acumulación se pueden incluir, en principio, todas las penas susceptibles de cumplimiento dilatado en el tiempo; en la refundición sólo las privativas de libertad, con la salvedad antes realizada.

La acumulación requiere la asistencia letrada del penado; la refundición no la precisa, en principio, a salvo de posible recurso.

El procedimiento de acumulación se inicia a instancia del penado, de oficio por el Juez o Tribunal sentenciador o por el MF (Artículo 988 LECrim.); la refundición se inicia de oficio por el Centro Penitenciario.

En la acumulación se exigen determinados requisitos (Artículo 76 CP y 988 LECrim.); en la refundición, en principio, no.

En la refundición, y de forma previa a la propuesta por parte del Centro Penitenciario, se realiza un enlace de todas las penas; en la acumulación no se precisa este trámite.

El Auto de acumulación es recurrible en casación ante el TS (Artículo 988 LECrim.); el auto de refundición es recurrible en recurso de reforma, ante el

²²⁴ En relación con ello, en detalle, *Vid.* BLANCO VARGAS, J., «La liquidación de condenas. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación», pp. 418 ss.

²²⁵ LÓPEZ CERRADA, V. M., «La acumulación jurídica de penas», pp. 13 s.

mismo Juez, y de apelación ante la AP en cuya jurisdicción se encuentre el Centro Penitenciario en donde se encuentre el penado (Disposición adicional Quinta de la LOPJ)».

Finalmente, es de destacar la STS 685/2020, de 11 de diciembre, en la cual el Tribunal Supremo vuelve sobre las diferencias entre la «institución denominada acumulación jurídica de condenas y la refundición por enlace que supone alcanzar la libertad condicional y de obtener los beneficios penitenciarios como si se tratara de una sola condena (y no varias)», aclarando que «no pueden extrapolarse los principios que se aplican en una u otra institución, porque responden a finalidades diversas [...] a perfiles muy diversos». La reciente incorporación del artículo 988 bis LECr²²⁶ no aporta nada relevante a los fines que aquí se están debatiendo.

Tengo para mí, que la confusión que reina en este ámbito, ya sea mediante la denominación indistinta de institutos que están pensados para escenarios diversos, ya sea mediante la extensión del ámbito de aplicación del incidente de acumulación a escenarios que no lo ameritan, explica la consideración que se hace del principio de acumulación como un problema que se inserta en el ámbito de la ejecución y no de la determinación de la pena, como así también el hecho de entender que el monto resultante del proceso de acumulación solamente tiene el sentido de unificar el cumplimiento penitenciario, pero que no significa que se trate de «la» pena finalmente impuesta en un caso de concurso real²²⁷.

Aclarada la distinción entre el incidente de acumulación y el de refundición, quiero ahora centrarme en los escenarios que darían lugar a la acumulación «de penas», es decir, los supuestos 1) y 2). Ciertamente la situación del concurso posterior o retrospectivo, en cualquiera de las dos modalidades en que puede presentarse, justifica la sustanciación de un incidente, pues se trata de una cuestión que guarda relación inmediata con las condenas impuestas, aunque es distinta del objeto principal del pleito²²⁸, en el sentido de que cada condena estuvo vinculada a un supuesto de unidad delictiva. Así, resulta lógico que un trámite procesal externo a los procesos ya fenecidos los condense de tal

²²⁶ Incorporado por LO 1/2025, de 2 de enero, en vigor desde el 3/4/2025.

²²⁷ Así, sin embargo, ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 65.

²²⁸ El artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conceptualiza a los incidentes de la siguiente manera: «Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso».

forma de obtener una pena acumulada que sea expresiva de todas las condenas impuestas, reflejando el desvalor propio de la concurrencia.

Es necesario aquí hacer una aclaración: aunque es habitual observar en la bibliografía especializada que todo lo referido al análisis del incidente de acumulación esté asociado a los límites del artículo 76.1 CP²²⁹, fundamentalmente en lo atinente al modo de proceder a formar los bloques de acumulación según el criterio temporal de las sentencias²³⁰, a mi modo de ver, no cabría hacer ninguna diferencia «en lo atinente al procedimiento» respecto de las situaciones de concurso posterior en las que el artículo 76.1 CP no es de aplicación por no superar la acumulación de penas correspondientes los límites relativos ni absolutos allí previstos, o bien por no tratarse de penas susceptibles de cumplimiento sucesivo²³¹. Si bien el concurso posterior o retrospectivo –escenario 2)– está previsto en el inciso segundo del mismo artículo 76 CP, que remite expresamente a la aplicación de los límites previstos en el inciso primero, y el artículo 988 LECr parece indicar el procedimiento a seguir exclusivamente en relación con la aplicación de tales límites –al disponer que el Juez o Tribunal «procederá a fijar el límite de cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal», lo que parecería indicar que todo supuesto de concurso posterior debería estar vinculado al

²²⁹ BLANCO VARGAS, J., «La liquidación de condenas. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación», pp. 437 s.; GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, pp. 83 ss.; ORTEGA MATESANZ, A., *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español*, pp. 283 ss. RÍOS MARTÍN, J. C. *et. al.*, *Manual de ejecución penitenciaria*, pp. 721 ss.; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 245 ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 86 ss.

²³⁰ Quizás sea éste el aspecto que más concentración recibe por parte de la doctrina en todo lo que concierne al análisis del artículo 76 CP, primero por la discusión que generaba la vieja referencia al criterio de conexidad procesal entre los hechos, y ahora, una vez superado ese debate en favor del criterio cronológico, para determinar el modo en que han de conformarse los bloques de las distintas sentencias a acumular (*vid.*, por todos, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, pp. 86 ss.).

²³¹ A esa diferencia de tratamiento coadyuva la identificación, que suele observarse en la doctrina y jurisprudencia, del término acumulación con los casos de cumplimiento sucesivo, como si los supuestos de cumplimiento simultáneo no se trataran de penas *acumuladas* (así, por ejemplo, dice SOLAR CALVO, P., «Por qué no sirve el artículo 76 CP. Problemática y propuesta de solución desde el ámbito penitenciario», p. 229, «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»). Ello se debe, salvo error de mi parte, a la asimilación del término acumulación con el incidente de acumulación, por un lado, o bien, por el otro, al asociar esa denominación como una abreviatura de acumulación *jurídica*, la cual reservan exclusivamente para los supuestos de aplicación del artículo 76 CP, siendo el resto de supuestos casos de acumulación material (*Vid.* GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, p. 29, quien define a la acumulación jurídica de penas como el instituto que sirve a la fijación de límites máximos de cumplimiento de las penas «no susceptibles de cumplimiento simultáneo»; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 84 ss.). Da cuenta de esto último, ORTEGA MATESANZ, A., *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, p. 49.

artículo 76 CP—, no veo ninguna razón por la que el mismo procedimiento no pueda aplicarse en casos de concurso posterior cuyas penas acumuladas sean de posible cumplimiento simultáneo o, aun siendo de cumplimiento sucesivo, no superen los 20 años ni el triplo de la pena mayor.

Ahora bien, respecto del escenario 1), en el que la acumulación se produce como consecuencia de un concurso real que es enjuiciado «en un mismo proceso», en el que las penas correspondientes a cada uno de los delitos concurrentes están individualizadas en la misma sentencia, la ley no establece ningún procedimiento para llevar a cabo la acumulación y, en su caso, la aplicación de los límites del artículo 76.1 CP. Teniendo en cuenta ese silencio en la ley respecto de los supuestos del escenario 1), con mayor razón no debería haber una diferencia en el procedimiento a seguir, según deba aplicarse o no el artículo 76.1 CP. Sin embargo, y pese a que no es habitual que se aborde la cuestión procedimental de la acumulación de penas impuestas en un mismo proceso, cuando se lo hace, se circunscriben también al supuesto de aplicación del artículo 76.1 CP²³².

Comencemos por este último supuesto: imaginemos que el Juez o Tribunal correspondiente tiene ante sí un expediente en el que debe juzgar varios hechos en concurso real cuyas penas acumuladas, de imposible cumplimiento simultáneo, suponen la superación del triplo de la más grave de las infracciones concurrentes, o bien superan los 20 años de prisión. Como la ley no dice nada sobre el procedimiento para aplicar los límites derivados del artículo 76.1 CP en supuestos de penas impuestas en la misma sentencia, podría pensarse que también aquí se debería sustanciar el incidente de acumulación que se prevé para las situaciones de concurso posterior del artículo 76.2 CP. Quizás sea esta interpretación la que explique que el análisis de las situaciones del escenario 1) también estén vinculadas al artículo 76 CP. En cambio, con Varona Jiménez, podría sostenerse que razones de economía procesal tornan recomendable que los límites del artículo 76.1 CP sean aplicados en la misma sentencia²³³, evitando, de esa manera, la sustanciación de un incidente posterior una vez individualizadas las penas correspondientes. No alcanzo a atisbar ninguna razón, ni normativa ni práctica, que justifique que deba ser un funcionario distinto²³⁴ de aquel que individualizó las penas el encargado de

²³² VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, pp. 336 s.

²³³ *IBIDEM*.

²³⁴ Cuando es el Letrado de Administración de Justicia del órgano encargado de la ejecución el que realiza la liquidación judicial de condena (al respecto, *Vid.* BLANCO VARGAS, J., «La liquidación de condenas. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación», pp. 414 ss.). Esta cesura se puede

definir, primero, si se trata de penas que puedan ser cumplidas simultáneamente o no y, segundo, de ser obligatorio el cumplimiento sucesivo, de verificar si la acumulación supera los límites previstos. Tampoco tendría sentido que, de tratarse del mismo Juez o Tribunal, ese proceso se confiara a una instancia posterior para realizar una operación simple de comparación de penas²³⁵, cuyo peso relativo en el monto final resultante el juzgador seguramente ya tuvo en cuenta. Esto mismo vale para los casos que, aun tratándose de concursos ideal o medial, deban aplicarse las penas separadamente (art. 77, incs. 2 y 3 CP).

Por lo demás, cabe tener presente que «el juez o tribunal sentenciador» es quien debe considerar si resulta de aplicación o no el artículo 78.1 CP, a fin de acordar que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo de la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, razón por la cual, la acumulación «debe» llevarla a cabo el juez o tribunal de sentencia. Luego de ello, de acuerdo con el 78.2 CP, será el JVP quien acuerde razonadamente, según «el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento educador», aplicar el régimen general de cumplimiento, esto es, el del artículo 76.1 CP²³⁶, previa audiencia con el Ministerio Fiscal, Institución Penitenciaria y demás partes.

En todo caso, sea que la acumulación supere los límites del artículo 76.1 CP y, por lo tanto, deba imponerse el tope correspondiente, o que la acumulación quede por debajo de esos límites, siendo de aplicación el artículo 75 CP, o, finalmente, que se trate de penas susceptibles de ser cumplidas simultáneamente, lo más lógico es que sea el juez de la sentencia el que establezca «en esa misma pieza procesal» cuál es el monto de pena final que el condenado deberá cumplir²³⁷. Con ello, además de la simplificación del proceso que se

complicar aún más en algunas jurisdicciones del territorio español que tienen previstos juzgados de ejecutorias independientes de aquellos de sentencia.

²³⁵ En efecto, según sostiene BLANCO VARGAS, J., «La liquidación de condenas. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación», p. 437, nota 53, desde el año 2019 existe una aplicación web «Calculadora 988», elaborada por el Ministerio de Justicia para facilitar el cálculo aritmético a realizar en el expediente de acumulación, de acceso a través del siguiente link: <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-calculadora-988> (consultado el 20 de octubre de 2025).

²³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», pp. 456 s., quien, además, indica que ello corresponde que lo haga el JVP «en cualquier momento de la fase de ejecución de la pena».

²³⁷ Aunque pueda haber jueces que lleven a cabo la acumulación en la misma sentencia, no parece ser la conducta general de la jurisprudencia. Agradezco al Magistrado José Enrique Sánchez-Paulete Hernández y a la Letrada de Administración de Justicia, Rebeca Iglesias, ambos funcionarios del Juzgado de ejecutorias penal N.º 28 de Madrid, por haberme recibido en sus despachos para responder a mis inquietudes en este sentido.

mencionó, también se evitaría, por un lado, el disparate de imponer penas ridículamente largas que luego serán mitigadas *ipso iure* por el artículo 76.1 CP, lo cual resulta difícil de entender al resto de la sociedad que observa con desasosiego que una persona condenada a una cantidad enorme de años luego recibe un descuento sin ninguna razón, comunicativamente asequible al ciudadano lego, que así lo exprese²³⁸. Por otro lado, también tiene una ventaja comunicativa respecto del propio condenado, quien saldría de los estrados judiciales con la certeza de los años reales a los que fue condenado, en cumplimiento del principio de unidad de pena²³⁹. No es lo mismo que la sentencia diga «se condena a Fulano a la pena X por el delito A, a la pena Y por el delito B, a la pena Z por el delito C y a la pena W por el delito D», sin que él pueda saber fehacientemente a cuánto tiempo efectivamente se lo ha condenado, a que la sentencia exprese «se condena a Fulano a la pena X por los delitos A, B, C y D, en concurso real», luego de haber justificado en los fundamentos jurídicos el monto de pena individual que por cada delito corresponde.

En un Estado democrático no es una cuestión menor que las resoluciones judiciales sean comunicativamente claras y comprensibles para el justiciable, en primer lugar, y, en segundo lugar, para toda la sociedad. Que uno de los poderes del Estado se exprese de una forma que solo sea comprensible, en el mejor de los casos, para un sector exclusivo de la sociedad –los juristas– y no para la mayoría de los ciudadanos, es impropio desde el punto de vista democrático.

A todo ello se suma, como fuera expuesto en el capítulo anterior²⁴⁰, la propuesta interpretativa de *lege lata* para proceder a la acumulación de penas

²³⁸ Esta situación fue reconocida también por los jueces entrevistados en el marco del *Exploring sentencers' views of the Sentencing Council's Totality guideline*, p. 18 s., disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/2021-09-17-Totality-guideline-report.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2025), lo que determinó que se incluyera en el proyecto de reforma de la *sentencing guideline* una referencia explícita en el punto 4 de la sección *General approach* a la explicación de cómo se estructura la sentencia, *Vid. Revisions to the Totality guideline. Consultation*, p. 8 s., disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Totality-consultation-FINAL.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2025), y en la *guideline 2023* finalmente aprobada, disponible en <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/totality/> (consultado el 20 de octubre de 2025). Decía Ziffer, con razón, hace 30 años que «[l]a discusión en torno de la libre discrecionalidad del juez tiene una estrecha relación con los fundamentos ocultos de la selección de una pena, es decir, con la posibilidad del juez de tomar una decisión sin expresar sus motivos, o de hacerlo por razones distintas de las manifestadas. La primera condición para que una decisión pueda merecer el calificativo de *racional* es que sea explícita y controlable en sus argumentos», *Vid. ZIFFER, P., Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 30 (destacado en el original).

²³⁹ SOLER, S., *Derecho penal argentino*, T. II, pp. 363 s.; siguiéndolo, ZIFFER, P., «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», p. 260, dice que «[l]a 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» (destacado en el original).

²⁴⁰ *Vid. supra* 7.3.

en forma progresivamente decreciente. Si el juez debe valorar, según lo que aquí se sostiene, no solo la gravedad de cada uno de los hechos concurrentes individualmente, sino también, luego de ordenarlos en razón de su gravedad, el peso relativo con el que cada uno de ellos se irá incorporando a la pena total acumulada, el requerimiento de que sea la misma sentencia la que exprese la pena final no se presenta ya como una solución meramente ventajosa en los términos expuestos, sino como una necesidad inevitable. Ello es así debido a la inmediatez que tiene el juez sentenciante sobre todos los elementos, de hecho y de derecho, que ha valorado.

No se me escapa que las situaciones del concurso posterior o retrospectivo del escenario 2), por obvias razones, no estarían alcanzadas por las ventajas del argumento de la valoración global que podría realizar el juez que tiene una situación concursal en el mismo proceso. Sin embargo, no creo que ello sea un impedimento para que el juez o tribunal que dicte el auto de acumulación luego de sustanciar el correspondiente incidente, de conformidad con el artículo 988 LECr, pueda llevar a cabo la clasificación en orden a su gravedad y resolver una acumulación que también contenga ciertos descuentos punitivos. En todo caso, no se estaría requiriendo al juez que valore algo que le es absolutamente ajeno, ya que quien debe realizarlo es «el juez o tribunal que hubiera dictado la última sentencia», y además en la sustanciación del incidente está previsto que las partes puedan alegar sobre la forma de proceder a la acumulación, por lo que, tanto el Ministerio Fiscal como la Defensa podrían esgrimir sus argumentos teniendo en cuenta la valoración global de los hechos.

8.4 *Totality principle*

En Inglaterra y Gales el principio general que se toma en consideración para determinar la pena en supuestos de concurrencia delictiva es el de la totalidad (*Totality principle*), consistente en que la pena deba tener en cuenta todos los delitos cometidos, aunque no en forma individualizada, sino conjuntamente. En una sentencia de 1972 se indicó que «cuando se deben juzgar casos de múltiples delitos, el tribunal no debe contentarse solamente haciendo la suma aritmética e imponer la pena resultante. Se debe observar la totalidad del comportamiento delictivo y preguntarse cuál es la pena apropiada para todos los delitos»²⁴¹.

²⁴¹ Caso *Barton* 6.10.72, 1546/B/72, citado por THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., pp. 56 s. (traducción propia).

El *Totality principle*, cuya conceptualización como tal se le reconoce a David Thomas²⁴², implica que, en situaciones de concurrencia delictiva, el monto final de la pena a imponer no será equivalente a la suma de las penas individuales, sino que la facultad que tiene el juez de imponer penas consecutivas estará «limitada» por este principio y por el principio de la regla de transacción única (*one-transaction rule* o *single transaction*)²⁴³. Como puede verse, en sus inicios fue concebido exclusivamente como un «límite» a la acumulación²⁴⁴, aunque actualmente hay quienes entienden que la consideración total en el momento de sentenciar es independiente de la forma en la que ella se construya²⁴⁵, sea simultánea (*concurrently*) o sucesivamente (*consecutively*), o bien mixta, en las jurisdicciones que así lo permiten²⁴⁶, y, a su vez, agregan que el principio no debe ser entendido como límite sino como «determinante» de la pena²⁴⁷.

El *Totality principle*, a su vez, consta de dos sub-principios para justificar los límites a la acumulación aritmética²⁴⁸: 1) que la pena agregada no debe ser mayor que el límite superior del intervalo normal de penas para la categoría de casos en que se encuadraría el delito más grave cometido por el autor. Con ello se busca evitar que, aunque la pena individualmente considerada sea propor-

²⁴² THOMAS, D., *Principles of Sentencing*. Con una primera edición en el año 1970 y una segunda en 1979, esta obra tuvo una enorme repercusión ya que pretendió sistematizar, a través de ciertos principios, los procesos de formación de las penas que deben imponer los jueces. Por ello, ha recibido críticas (Vid. WALKER, N., «Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division by D. A. Thomas», pp. 287 ss.) como también grandes elogios (Vid. SAMUELS, A., «Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division by David Thomas», pp. 598 ss.). En cualquier caso, es reconocido como el pionero en identificar el principio de la totalidad tal como se lo conoce hoy en día (Vid. BOTTOMS, A., «Exploring an Institutional and Post-Desert Theoretical Approach to Multiple-Offense Sentencing», p. 39; REITZ, K., «The Illusion of Proportionality: Desert and Repeat Offenders», p. 146; VON HIRSCH, A., «Guidance by numbers or words? Numerical versus narrative guidelines for sentencing», pp. 56 s.; WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», p. 286).

²⁴³ THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., p. 53.

²⁴⁴ THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., pp. 56 ss.; WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, p. 34.

²⁴⁵ ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», pp. 211 s.

²⁴⁶ Por ejemplo, en Australia (Vid. LOVEGROVE, A., *Sentencing the Multiple Offender*, pp. 15 ss., 121 s.). Esta posibilidad ahora está prevista en la actual *Totality Sentencing guideline 2023*. Sobre todo ello, Vid. supra 2.2.3 e).

²⁴⁷ ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», pp. 217 ss.; JAREBORG, N., «Why Bulk Discounts in Multiple Offense Sentencing?», pp. 134 s.; WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», p. 290; WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, pp. 35, 38, agrega «incrementando o reduciendo la pena total» (resaltado por mí), acentuando aún más su carácter determinante de la pena final. En contra, REITZ, K., «The Illusion of Proportionality: Desert and Repeat Offenders», pp. 145 ss., sostiene que el *totality principle* es ingenioso, pero va en contra del sentido común.

²⁴⁸ THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., pp. 57 ss.

cional y apropiada para cada uno de los delitos, la pena total que resulte de la acumulación termine siendo excesiva en relación con aquella que correspondería a un delito claramente más grave; y, 2) que, en las mismas circunstancias, la pena total sea excesiva en relación con «todo el hecho», teniendo en cuenta las circunstancias generales del autor. Esto implica que el juez, al imponer penas sucesivas, tenga en cuenta factores de mitigación en relación con la totalidad de la pena, incluso cuando esos factores ya hayan sido considerados en relación con cada delito individual.

El primero de ellos se basa, fundamentalmente, en el concepto de «proporcionalidad relativa»²⁴⁹ u «ordinal»²⁵⁰, mientras que el segundo está vinculado a la extensión que cabe darle a la mitigación de la pena, ya sea para evitar el «efecto aplastante» que puede tener la sanción, teniendo en consideración cuestiones humanitarias, de compasión o misericordia²⁵¹, o bien por cuestiones de proporcionalidad, pero vinculadas a la relación entre pena y totalidad²⁵². De ambas fundamentaciones, en Inglaterra se ha tenido en cuenta la primera para justificar el principio de la totalidad²⁵³; sin embargo, se entiende que, aunque no estuviera operativo el primer argumento, los tribunales adoptarían el segundo²⁵⁴. Incluso, se sostiene que un fundamento de la mitigación vinculado a la consideración «global» de la proporcionalidad entre pena y delitos permitiría que el principio de la totalidad se convierta en un factor determinante, y no solo limitador, de la pena en casos de concurrencia delictiva²⁵⁵.

Sea como fuere, se trata de un principio cuyo efecto es el de proporcionar un descuento en la pena, ya que terminará siendo menor que la que correspondería en caso de haber sido juzgados por cada delito individual²⁵⁶.

²⁴⁹ WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, pp. 37 s.

²⁵⁰ Fundamental, VON HIRSCH, A., *Past or future crimes*, pp. 40 ss., 63 ss.; EL MISMO, *Censure and Sanctions*, pp. 17 ss.; VON HIRSCH, A./ASHWORTH, A., *Proportionate Sentencing: Exploring the principles*, pp. 137 ss.; ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 6.^a ed., pp. 277 ss., luego renombrada como «inter-offence proportionality» en ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 331 y 344 ss.

²⁵¹ BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», pp. 65 ss., indica que ello solo puede tener una justificación de peso con base en el principio de misericordia (*mercy*); THOMAS, D., *Principles of Sentencing*, 2.^a ed., pp. 57 s.; 59 ss., ilustra este segundo factor de mitigación con ejemplos de distintas sentencias que tenían en cuenta la corta edad del autor u otras circunstancias personales –por ejemplo, el estar por casarse–; WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, p. 38. Crítico con el principio de misericordia, REITZ, K., «The Illusion of Proportionality: Desert and Repeat Offenders», p. 147.

²⁵² WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, p. 38; siguiéndole, ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 343 s.

²⁵³ ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», p. 214; BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», p. 65.

²⁵⁴ BOTTOMS, A., «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», p. 65.

²⁵⁵ *Vid.* nota 247.

²⁵⁶ ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., pp. 329 ss.

9. CONCLUSIONES PARCIALES

Si bien en la primera y en la segunda parte de la tesis se tienen en cuenta ciertos aspectos vinculados a las consecuencias jurídicas de los concursos, ello se debe a que difícilmente puedan tomarse decisiones sobre la conveniencia o no de distinguir entre modalidades concursales, y entre éstas y las situaciones de unidad delictiva, como así también sobre el modo de llevar a cabo esas distinciones, sin tener en cuenta las repercusiones que estas tomas de postura tienen en la pena que finalmente se deba imponer. Todo análisis dogmático, en ese sentido, tiene que estar atravesado por las consecuencias jurídicas a las que conduce.

Esta última parte, en cambio, se centra en el análisis de las distintas reglas penológicas aplicables a los concursos con el propósito de extraer algunas conclusiones que permitan repensar la forma en que están construidas, examinar los fundamentos teóricos que las sustentan, y ofrecer una visión alternativa que sea más racional en términos punitivos. Con ese propósito, no solo se realizan propuestas de *lege ferenda*, sino también de *lege lata*, en el convencimiento de que hay determinadas situaciones que requieren un cambio urgente, que muchas veces no coincide con los tiempos del legislador.

En primer lugar, se analizan los «principios» que se asocian a la determinación de la pena concursal, indicando el valor relativo que tiene su denominación, con el propósito de indagar sobre sus ventajas y desventajas, y las razones teóricas que los sustentan, en mayor o menor medida, fundamentalmente en relación con las teorías de la pena. En ese sentido, se sostiene que el principio de exasperación permite abordar con mejor criterio las distintas situaciones de concurrencia delictiva, pero que no hay que despreciar las ventajas de contar con un principio como el de absorción, ya que su coexistencia permite reflejar la diferente lesividad que expresa, en términos abstractos, cada modalidad concursal. Asimismo, también se apoya la necesidad de que ambos principios sean complementados con el de combinación, cuya entidad propia se niega, no así su importancia, para evitar posibles situaciones de injusticia material en las que el autor de un delito se vea favorecido por el hecho de haber cometido, además, otro.

En cambio, se defiende la idea de prescindir de *lege ferenda* del principio de acumulación, cuya formulación genera numerosos problemas de índole constitucional, además de no aportar ninguna ventaja en términos preventivos. Con el propósito de superar el plano puramente crítico, a la espera de que el legislador tome las riendas al respecto, se ofrece una vía alternativa de interpretación a la regulación actualmente existente en el Código penal español,

que creo que permite sortear algunas de las objeciones constitucionales que se aducen en su contra, y dota de mayor racionalidad punitiva a las reglas de determinación previstas en los artículos 73, 75 y 76 CP.

Por otro lado, en el último capítulo se hace referencia a los «procesos» de determinación de la pena previstos en España, Alemania y para Inglaterra y Gales, pero que pueden encontrarse en otros muchos países. Allí se da cuenta de una diferencia fundamental que existe al respecto sobre cuál es la pena que debe tomar de referencia el juez para determinar finalmente la pena concursal, si la pena prevista en abstracto, incluidas sus versiones más concretizadas de submarco abstracto-concreto, o bien la pena concreta para cada delito concurrente. Existiendo razones plausibles para sostener cualquiera de las dos alternativas, se critica la solución consistente en combinar ambos modelos en un mismo ordenamiento, pues genera –siempre potencialmente hablando– situaciones comparativamente desproporcionadas, como puede ser que un concurso ideal sea castigado con una pena mayor que un concurso medial. En ese sentido, considerando que en España dos de las tres modalidades concursales parten de las penas en concreto, el concurso medial y el real, se propone entender la regla prevista para el concurso ideal de la misma forma, con una interpretación compatible con la regulación actual del artículo 77.2 CP, sobre la base de entender que, para identificar cuál es la infracción más grave, deben tenerse en cuenta las penas concretas.

En relación con cada proceso en particular, se procura diferenciar entre las penas que correspondería aplicar por cada delito individualmente concurrente de aquella pena que finalmente se imponga, es decir, de la «pena concursal». Para ello, como el concurso ideal y el medial, toman en consideración una de las penas concurrentes –la más grave– como base para la formación de la pena concursal, allí el desafío consiste en elevarla, dentro de los márgenes que el Código penal permite en cada uno de ellos, teniendo en cuenta el desvalor propio de la concurrencia, es decir, del «hecho concursal», de conformidad con el artículo 66.1.6.^a CP, situación que no debe tenerse en cuenta en el momento de establecer las penas para cada delito concurrente, evitando así cualquier posible violación al *non bis in idem*.

Al analizar el proceso de acumulación previsto para el concurso real resulta necesario distinguir lo que es la acumulación de penas *stricto sensu* del incidente de acumulación, previsto exclusivamente para supuestos de concurso posterior o retrospectivo del artículo 76.2 CP, y del instituto de la refundición de condenas, regulado en el artículo 193 RP para situaciones distintas. La confusión de los tres escenarios promueve que, en muchas ocasiones, no se sepa bien de qué se está hablando y, por consiguiente, se adopten resoluciones

equivocadas. Ni la legislación penal, ni la procesal, ni la penitenciaria, como tampoco la organización judicial a través de la LOPJ, ayudan a esclarecer las diferencias entre los institutos y las competencias de los funcionarios –sean judiciales, penitenciarios o de la administración de justicia²⁵⁷–, que deben llevar a cabo cada uno de esos procedimientos.

En cuanto a la determinación de la pena propiamente dicha, en el concurso real está claramente establecido que deben individualizarse cada una de las penas en concreto y luego proceder a su acumulación, sea para su cumplimiento simultáneo o bien sucesivo, y el desafío consiste en mitigar la acumulación. En este punto, se muestran insuficientes los límites relativos y absolutos que prevé el artículo 76.1 CP, y se considera imprescindible condicionar los efectos nocivos de la acumulación desde su punto de partida, sin necesidad de esperar a que la resultante sea superior al triplo de la mayor o bien supere los 20 años, o más.

Así, tomando como base lo dicho al analizar el principio de acumulación, se propone que el proceso de formación de la pena final del concurso real sea consecuencia de una acumulación que sea progresivamente decreciente, en la que cada pena «posterior en orden de gravedad a la más grave de todas» vaya incorporándose con un descuento respecto de su peso específico. Es decir, la pena más grave de todas sería la única que se incorpora con todo su desvalor propio, mientras que las restantes lo harán con alguna merma respecto del suyo. Aquí, al igual que ocurre con las otras dos modalidades concursales, el desvalor del «hecho concursal» condiciona la pena final que deba imponerse, pero, a diferencia de aquellos, en el concurso real se tiene en cuenta para disminuir y no para elevar la pena de partida. Ello es lógico, porque en el concurso ideal y el medial se tiene en cuenta solo una pena como base –la mayor–, y en el concurso real se tienen en cuenta todas, entonces la mirada global sobre el desvalor total en aquellas hará que se quede corto y en ésta que se quede largo.

Esta forma de entender la determinación de la pena concursal está muy asociada al *totality principle*, muy extendido en el ámbito angloamericano, y del que se da cuenta en el último apartado del capítulo, consistente en realizar una doble valoración de proporcionalidad: por un lado, la referida a cada delito concurrente, individualmente considerado y, por el otro, una valoración global relativa a todo el hecho concursal.

²⁵⁷ Artículo 440 LOPJ: «Los Letrados de la Administración de Justicia son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial».

CONCLUSIONES FINALES

Todos los temas abordados a lo largo del trabajo dan cuenta de que aquella afirmación que se hiciese en la introducción no era exagerada. El tema de los concursos de delitos es uno de aquellos que mayor grado de complejidad presenta en todo el Derecho penal, aunque no el único, por supuesto. Si en algún momento se tuvo la idea de poder establecer criterios interpretativos que puedan explicar toda la temática, el desarrollo de la investigación fue encontrando, poco a poco, numerosos supuestos de hecho que rompían esa pretensión de explicación omnicomprendiva. En cualquier caso, creo que esa empresa estaría destinada al fracaso.

No creo que ello se deba a una posición pesimista, ni de una afirmación autocomplaciente por no haber satisfecho esa búsqueda, sino a la incuestionable variedad de alternativas que presenta la casuística en la materia. Así, las diferencias valorativas que surgen de las combinaciones posibles entre la infracción múltiple y la unidad o pluralidad de hechos, de la dependencia o independencia que pueda haber entre ellos, de cuál sea la entidad de los bienes jurídicos lesionados, de cuántas sean las víctimas afectadas por esas infracciones, convierten a aquella aspiración en una quimera.

Una vez asumido lo inevitable de ese fracaso, la propuesta se ha vuelto más modesta y se centró en ir encontrando los puntos característicos que conforman determinados grupos de casos, y así separar aquellos que presentan elementos valorativamente disímiles y unir a los que se encuentren más cercanos en relación con el grado de lesividad que tienen. Con ello, se buscó establecer criterios que sean lo más generales posibles y de esa manera ofrecerle al intérprete, en particular a los jueces, una herramienta clasificatoria que le permita identificar en qué escenario de todos los posibles se encuentra.

En ese sentido, el primer paso consistió, como no podía ser de otra manera, en distinguir las situaciones de unidad delictiva de aquellas que forman parte de la concurrencia delictiva. Allí, en muchas ocasiones es el propio legislador el que resuelve las posibles dudas que puedan generarse al aplicar determinados tipos delictivos que están compuestos por distintas acciones –unidad típica de acción–; pero ello no siempre es así, y existen otras muchas situaciones en las que no es la forma en la que esté descrito el tipo penal el que aporte la respuesta, sino que dependerá de la interpretación que se haga de los hechos que cabe subsumir en uno o varios tipos penales, o en el mismo varias veces –unidad natural de acción o unidad de hecho contextual y delito continuado–.

También se consideró importante incluir en este universo –el de la unidad delictiva– a los supuestos de concurso de leyes. Para ello se tuvo en cuenta una diferencia sustancial que existe con respecto al concurso de delitos: la aplicación de una sola norma sin ningún tipo de desvalor agregado por parte de la otra. Además de esa razón, que entiendo suficiente por sí misma para arribar a esta conclusión, creo que el fundamento que está detrás de uno y otro instituto también es distinto, contrariamente a lo que pudiera parecer.

Tengo para mí que el fundamento que justifica el concurso de leyes es el del *non bis in idem*, mientras que aquel que sustenta las reglas de determinación de la pena en el concurso de delitos es el de «proporcionalidad». Es decir, toda la teoría del concurso de leyes está orientada a evitar una doble valoración para una situación en la que una de las normas concurrentes capta todo el desvalor del hecho. En cambio, la teoría del concurso de delitos se encarga, por un lado, de incrementar la pena, debido a que una sola de las normas concurrentes no es suficiente para captar todo ese desvalor y, por lo tanto, es necesaria la aplicación conjunta de todas ellas; y, por otro lado, la de evitar una punición excesiva que puede darse –precisamente– por esa necesidad de aplicación conjunta. En ambos extremos, la proporcionalidad es el criterio rector en la materia. Asimismo, la teoría del concurso de delitos debe procurar que esa proporcionalidad no se dé solamente «intraconcursos», sino también «interconcursos», es decir, que las reglas de determinación estén orientadas bajo un sistema de valoración entre las distintas modalidades concursales que respete la proporcionalidad ordinal entre ellas. Esto último también me llevó, junto con otros argumentos, a posicionarme a favor de mantener un sistema de solución plural en la materia para la determinación de las reglas concursales.

El segundo punto, a la vista de la distinción penológica existente entre las modalidades concursales, estuvo orientado a establecer los criterios bajo los cuales proceder a la diferenciación. Este aspecto, como tantos otros, viene

condicionado por la forma en la que se ha expresado el legislador. En el caso particular, por la referencia a la unidad o pluralidad de hechos como elemento diferenciador entre el concurso ideal y el real. Sin embargo, poco condiciona una alusión tan parca, en la que todavía queda por definir cuándo se debe considerar que hay un hecho y cuándo varios. Parece claro, aunque también esto es discutido, que cuando hay una sola acción va a haber un hecho –sea en unidad delictiva o en concurso ideal–, pero cuando exista una pluralidad de acciones ello no significará, sin más, que haya una pluralidad de hechos. Este último aspecto es el más complejo de resolver, puesto que pueden darse una pluralidad de acciones que obedezcan a situaciones de unidad delictiva intensificadas cuantitativamente, o bien a supuestos de unidad de hecho en concurso ideal, es decir que el desvalor no solo se intensifica, sino que se multiplica, por eso puede hablarse de una «intensificación cualitativa» en estos casos. En algunas ocasiones la elección por una u otra posibilidad vendrá condicionada por la cantidad de víctimas que hayan sido afectadas y por el tipo de bien jurídico lesionado. Finalmente, la pluralidad de acciones puede significar también pluralidad de hechos, dando lugar a un concurso real.

Las distintas construcciones teóricas que se han ofrecido en este punto se han mostrado insuficientes. Según mi parecer, ello se debe, fundamentalmente, al haber persistido en el propósito de encontrar una explicación total a los concursos. Si no se asume que es imposible que un único punto de anclaje –ya sea la coincidencia de las acciones ejecutivas o el parentesco de los injustos– explique toda la casuística posible de la concurrencia delictiva, se terminará recurriendo a excepciones para cada caso que no encaje en el modelo. A su vez, surgirán nuevos casos que no puedan resolverse ni con la regla general ni con las excepciones, lo que obligará a seguir creando nuevas excepciones hasta que la explicación inicial deje de ser válida para el conjunto y solo se aplique a un grupo de casos. En otras palabras, se llegará al punto que aquí se ha asumido como inevitable y cuyo pecado original radica en no reconocer que no es posible ofrecer una única respuesta para todas las situaciones de concurrencia delictiva.

En este punto, he defendido la idea de que la teoría de la unidad natural de acción –o, mejor, unidad de hecho contextual– es de gran utilidad, no solo con el objeto de distinguir los supuestos de unidad delictiva frente a los de concurso real, sino también para precisar, dentro de la pluralidad delictiva, la diferencia entre concurso ideal y concurso real. Ello es así porque se trata de una construcción que permite establecer cuándo hay un solo hecho, pese a existir varias acciones, y esa situación es común tanto a la unidad delictiva como al concurso ideal. Con ello no se ha dicho nada nuevo, pues se trata de

una teoría que tiene un amplio recorrido en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, creo que puede tener todavía un rendimiento explicativo algo superior, ya que, con flexibilizar algo los requisitos de conexidad temporal y la vinculación subjetiva entre las distintas acciones cometidas, bajo el mismo concepto se podrían abarcar también los supuestos de concurso medial y delito continuado, allanando el camino para una desregulación de esas dos instituciones.

Ahora bien, por lo que se viene indicando, ella sola es insuficiente para dar respuesta a todos los casos que puedan darse, por esa razón debe ser complementada con otros elementos como son la naturaleza del bien jurídico en cuestión y la cantidad de víctimas afectadas. Así, a sabiendas de las discusiones que pueden darse en los márgenes de cada caso, el esquema podría sintetizarse como sigue:

1) unidad natural de acción o unidad de hecho contextual

a) bienes eminentemente personales:

- i. pluralidad de víctimas: concurso ideal
- ii. una víctima: unidad delictiva

* Sin embargo, cuando la reiteración de la lesión a un bien eminentemente personal de una misma víctima, siempre dentro de una unidad de hecho, sea de un modo y/o intensidad especialmente grave, podrá apreciarse un concurso ideal.

b) bienes no eminentemente personales:

- i. homogéneos o de naturaleza semejante: unidad delictiva, con independencia de la cantidad de víctimas afectadas.
- ii. heterogéneos: concurso ideal, con independencia de la cantidad de víctimas afectadas.

2) pluralidad de hechos: concurso real, con independencia de la naturaleza del bien jurídico y de la cantidad de víctimas afectadas.

Insisto en que se trata de un esquema general que pretende orientar al juez sobre determinadas situaciones que pueden ser agrupadas de esa manera. La realidad suele presentar matices que hacen mucho más complicada las dis-

tinciones que aquí se proponen. No obstante, tengo la esperanza de que pueda ser de utilidad como punto de partida para luego profundizar en el debate con la finalidad de obtener criterios más concretos.

Finalmente, en el último punto se han puesto de manifiesto las distintas consecuencias jurídicas que se asocian a las diversas modalidades concursales. Ello fue analizado desde un plano abstracto y desde la concreta regulación que establece el Código penal español y algunas otras legislaciones comparadas.

En primer lugar, se consideró necesario distinguir entre los «principios» que se encuentran en la base de las reglas de determinación de la pena en los concursos, y los «procesos» que se estatuyen en la conformación de la pena concursal a determinar judicialmente. Esa distinción, que puede ser discutible, en tanto y en cuanto ambos conceptos pertenecen a la forma en que va a construirse la pena concursal final, tiene un fin eminente pedagógico: el de evitar confusiones terminológicas que suelen aparecer con determinados conceptos que se utilizan indistintamente para referenciar situaciones diferentes.

En el primero de los capítulos tratados en este último eje temático se da cuenta de los distintos principios que suelen identificarse en el momento de indicar la regla penológica concursal de que se trate. Si bien el legislador no suele utilizar esos nombres para referirse a ellos, están lo suficientemente asentados en la doctrina como para asociarlos a una u otra regla de determinación. Por esto mismo, la categorización de una regla penológica bajo la nomenclatura de un principio u otro tiene una importancia relativa. Lo verdaderamente importante es la forma en la que se indica cómo se va a construir la pena concursal concreta, y eso dependerá del proceso que se haya establecido para cada caso, lo cual se analizó en el segundo de los capítulos de esta última parte.

Pero el análisis de los distintos principios no es un mero pasatiempo teórico, sino que resulta determinante para conocer las ventajas y desventajas que cada uno tiene con el fin de orientar una interpretación de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda* que permitan dotar al sistema de sanciones de una mayor racionalidad.

En este punto, quisiera destacar dos ideas que considero de relevancia: por un lado, la necesidad de incorporar el principio de combinación a la regla penológica de cualquier modalidad concursal. Hay suficientes argumentos para apreciar que, a diferencia de lo ocurre en el concurso de leyes, en el concurso de delitos puede haber supuestos de infrapunición si se aplica solo una de las penas concurrentes, aun cuando ésta sea incrementada. Determinadas consecuencias asociadas a una de las infracciones –la que no se tome como referencia– no se verían compensadas por el aumento de la pena prevista por otra de las infracciones –la que sí se tome como referencia– y, a su vez, permi-

te descartar cualquier posible inconsistencia que pueda surgir al imponer una pena concursal inferior a la que correspondería por haber cometido uno solo de los delitos concurrentes.

Por el otro, la decisión firme de propiciar la desaparición del principio de acumulación tal como ha sido entendido hasta ahora. Esto puede ocurrir por dos vías distintas: la primera, quizás la más deseable, es la de modificar las reglas derivadas de los artículos 73, 75 y 76 CP, sustituyendo la acumulación allí prevista por una regla más racional con base en el principio de exasperación; la segunda, con una interpretación de las reglas previstas en los artículos mencionados que no supongan una acumulación material –sujeta a límites–, sino que la acumulación se realice de forma progresivamente decreciente –sujeta también a límites– de modo tal que se eviten los efectos desproporcionados que surgen de la suma aritmética. Esta última opción, si bien tendría algunos inconvenientes, fundamentalmente vinculados a esa forma de interpretar el tenor literal vigente, creo que es la más viable en el corto plazo. Por una parte, porque la tendencia que viene manteniendo el legislador penal contemporáneo no parece ser la de atenuar las penas, sino más bien la contraria; por otra parte, la gravedad de la situación a la que lleva la acumulación impone una respuesta urgente en su morigeración, que no se corresponde con los tiempos del legislador y, en cambio, sí puede ser asumida por los jueces. Por lo demás, no se trata de una idea extravagante ni mucho menos, sino que es una forma de ponerle límites a la acumulación que se encuentra muy extendida en el ámbito angloamericano, de lo que se da cuenta en el último apartado.

Vinculado a lo anterior está todo lo relacionado con el «proceso» de formación de la pena concursal. Como sostuve anteriormente, la discusión en relación con el principio que esté en la base de una regla concursal es de una importancia relativa, lo determinante es el procedimiento que haya fijado el legislador para arribar a la pena concursal. Y en este punto, la situación no es menos criticable.

El capítulo 8 comienza poniendo de relieve que el proceso de determinación de la pena concursal puede partir de los marcos penales abstractos o bien de un marco más concreto, o incluso de las penas concretas de cada delito concurrente, y que cualquiera de esas opciones sería perfectamente defendible. Lo que no puede ocurrir, a mi entender, es que coexistan ambas opciones en un mismo sistema de penas, imponiendo un proceso de determinación con base en penas en abstracto para una modalidad concursal y sobre la base de las penas en concreto para otra. Sin embargo, esta es precisamente la situación en la que se encuentra la actual regulación española: para el concurso ideal está prevista una regla que parte de las penas en expectativa, mientras que, tanto

para el concurso medial como para el concurso real, la pena concursal debe determinarse a partir de las penas concretas. Ello genera, como se ha puesto de relieve, problemas comparativos que lesionan la proporcionalidad ordinal entre las distintas modalidades concursales, cuya diversa gravedad el mismo Código ha establecido.

En ese sentido, de nuevo, con la idea de sortear gran parte de esos problemas, se ha propuesto una interpretación de la regla prevista para el concurso ideal que, al igual que en las otras dos modalidades, se construya a partir de la pena concreta. Es decir, «la pena prevista para la infracción más grave» que debe tomar como punto de referencia el juez, según el artículo 77.2 CP, debe ser la pena concreta que correspondería aplicar a esa infracción, de igual manera a como está previsto en el artículo 77.3 CP para el concurso medial cuando el Código se refiere a la pena «que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave». Creo que las razones expuestas para ello son suficientemente contundentes como para asumir esta forma de interpretar el artículo 77.2 CP, y entiendo que es perfectamente compatible con el tenor literal vigente. En todo caso, sería preferible una modificación que lo establezca más claramente.

Por último, respecto del proceso de acumulación previsto para el concurso real, se ha insistido en la necesidad de una interpretación más racional que la mera sumatoria de todas las penas, profundizando en la idea previamente esbozada sobre la conveniencia de acumular las penas de forma progresivamente decreciente.

Sin embargo, previamente consideré oportuno diferenciar entre tres situaciones que suelen hallarse entremezcladas en la literatura y la jurisprudencia. Me refiero a la acumulación de penas propiamente dicha en supuestos de concurso real de conformidad con los artículos 73, 75 y 76.1 CP, al incidente de acumulación de penas previsto para los casos de concurso posterior o retrospectivo del artículo 76.2 CP y 988 LECr, y al incidente de refundición de condenas previsto en el artículo 193 RP para los casos de unificación de penas a efectos penitenciarios.

Una vez aclaradas las diferencias entre los distintos escenarios en que cada una de ellas tiene cabida, y centrándome en lo que a la acumulación de penas propia del concurso real concierne, consideré indispensable que el proceso de formación de la pena esté detallado en la propia sentencia del Juez o Tribunal interviniente, como así también el monto de pena finalmente alcanzado. Resulta completamente insostenible que las sentencias en supuestos de concurso real no concluyan con un «fallo» que sea preciso sobre la cantidad de años, meses y días exactos a los cuales se condena al autor en cuestión. A ello no

■ LA ARQUITECTURA DEL CONCURSO DE DELITOS

obsta el hecho de que, posteriormente, se lleve a cabo la sumatoria –con la hipotética aplicación de los límites del artículo 76.1 CP– de las penas individualmente impuestas en una ejecutoria. Esa cesura no puede justificarse, ni en términos prácticos ni por razones materiales, y, en cambio, se somete al enjuiciado –por una parte– a una incertidumbre sobre el tiempo en que estará en prisión y a la sociedad –por la otra– a la difícil comprensión de que una sentencia que condena a varios años a un sujeto, luego se vea mitigada por razones que le son extrañas y que no se encuentran explicitadas en la misma sentencia pública.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969.
- AA. VV., *Diccionario español-portugués/portugués-español de términos comerciales, económicos y jurídicos*, Cámara Hispano-Portuguesa de Comercio e Industria de España-Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ACHENBACH, H., «“Tat”, “Straftat”, “Handlung” und die Strafrechtsreform», en *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, núm. 1, 1975, pp. 19-21.
- ALBRECHT, H. J., «Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes», en JESCHECK, H. H./KAISER, G./ESSER, A. (Hrsg.) *Strafrecht und Kriminologie*, Band 13, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- ALEXANDER, L./KESSLER FERZAN, K., *Reflections on Crime and Culpability: Problems and Puzzles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- ALTENHEIN, K., «Die Verwirklichung mehrerer Tatbestandalternativen: Einzelverbrechen oder Idealkonkurrenz?», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 107, núm. 2, 1995, pp. 382-401.
- ANSCOMBE, G. E. M., «Medalist's Address: Action, Intention and “Double Effect”», en *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, vol. 56, 1982, pp. 12-25.
- *Intention*, 2.^a ed., 1.^a reimp., Basil Blackwell, Southampton, 1976 (1963).
- ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., actualizada por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J./BENEYTES MERINO, L., Akal, Madrid, 1986.
- ASHWORTH, A., «The evolution of English sentencing guidance in 2016», en *Criminal Law Review*, núm. 7, 2017, pp. 507-520.
- *Sentencing and Criminal Justice*, 6.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- *Sentencing and Criminal Justice*, 5.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

- ASHWORTH, A./KELLY, R., *Sentencing and Criminal Justice*, 7.^a ed., Hart publishing, Oxford, 2021.
- ASHWORTH, A./PADFIELD, N., «Reviewing the Sentencing Council», en *Criminal Law Review*, núm. 8, 2018, pp. 609-611.
- ASHWORTH, A./WASIK, M., «Sentencing the Multiple Offender. In Search of a “Just and Proportionate” Total Sentence», en Ryberg, J. *et. al.* (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 211-224.
- AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Carrió, G./Rabossi, E. (trads.), 3.^a reimp., Paidós, Barcelona, 1990.
- BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- *Principios de derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Akal, Madrid, 1997.
- BASSO, G. J., «Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal», 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 13-36.
- «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 195-249.
- «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», en *Revista general de Derecho penal (Iustel)*, núm. 34, noviembre 2020.
- *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- «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, Hammurabi, Bs. As., 2018, pp. 19-62.
- BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W./EISELE, J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13.^a ed., Giesecking, Bielefeld, 2021.
- BAUMANN, J./WEBER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., Giesecking, Bielefeld, 1985.
- BAUMGARTEN, A., «Die Idealkonkurrenz», en HEGLER, A. (Hrsg.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Band 2, Tübingen, 1930, pp. 188-209.
- «Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz», en *Strafrechtliche Abhandlungen*, núm. 103, Breslau, 1909.
- BÉJAR GARCÍA, F. J., «Concurso de leyes en Derecho penal», en Calderón Cerezo, Á. (dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 9-71.
- BELING, E., *Esquema de Derecho penal*, SOLER, S. (trad.), Librería «El Foro», Buenos Aires, 2002 (1930).
- *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1.^a reimp., Scientia Verlag Aalem, Leipzig, 1978 (1908).
- *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906.

- BENNETT, C., «Retributivism and Totality: Can Bulk Discounts for Multiple Offending Fit the Crime?», en Ryberg, J. *et. al.* (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 57-74.
- BETTIOL, G./PETTOELLO-MANTOVANI, L., *Diritto Penale. Parte generale*, 12.^a ed., Cedam, Padova, 1988.
- BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.
- BLANCO VARGAS, J., «La liquidación de condenas. Aspectos materiales y formales del procedimiento de liquidación», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Fasc. 1, 2024, pp. 413-451.
- BLEI, H., «Die natürliche Handlungseinheit», en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1973, pp. 95-100.
- «Die natürliche Handlungseinheit», en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1972, pp. 711-714, y 1973, pp. 95 y ss.
- BOCANEGRA MÁRQUEZ, J., «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», en *Revista general de Derecho penal (Iustel)*, núm. 33, mayo 2020.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en González Cussac, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 337-371.
- BOTTOMS, A., «Exploring an Institutional and Post-Desert Theoretical Approach to Multiple-Offense Sentencing», en Ryberg, J. *et. al.* (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 31-56.
- «The Sentencing Council in 2017. A Report on Research to Advise on how the Sentencing Council can best Exercise its Statutory Functions», disponible en https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/SCReport_FINAL-Version-for-Publication-April-2018.pdf (consultado el 20/10/2025).
- «Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», en Ashworth, A./Wasik, M. (Eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 53-100.
- BRATMAN, M., «What is the Accordion Effect?», en *The Journal of Ethics*, Vol. 10 (1), 2006, pp. 5-19.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Concurso ideal de delitos*, Universidad de Chile – Escuela de Derecho, editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1962.
- BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Trotta, Madrid, 2006.
- BYRD, B. S., «Kant's theory of punishment: Deterrence in its threat, retribution in its execution», en *Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2, 1989, pp. 151–200.
- CALDERÓN CEREZO, Á., «El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas», en Calderón Cerezo, Á. (dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 135-187.

- CANCIO MELIÁ, M., «El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español», en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, núm. 12, 2010, pp. 149-167.
- «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado», en *Revista General de Derecho Penal (Iustel)*, núm. 8, noviembre 2007.
- CANCIO MELIÁ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Estudio preliminar», en JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez, B. (trads.), Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 15-81.
- CANCIO MELIÁ, M./ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í., «Introducción», en ROBINSON, P. H., *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Cancio Meliá, M./Ortiz De Urbina Gimeno, Í. (trads.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 15-29.
- CANTARD, N., «El principio de acumulación a examen: ¿se debe mantener, se debe corregir o se debe erradicar?», en Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. J. (dirs.) *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 139-160.
- «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 37-63.
- «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso *real*. Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 519-553.
- «Situaciones de necesidad y comunidad de peligro», en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 42, núm. 112, enero-junio de 2021, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 115-168.
- «Acerca de la función del disvalor de resultado en Derecho penal», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, publicación semestral, año 5, núm. 16, 2015, pp. 9-30.
- CARAMUTI, C. S., *Concurso de delitos*, 3.^a ed., Hammurabi, Bs. As., 2018.
- 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*, BdeF, 2017, pp. 915-926.
- CARRANZA TAGLE, H. A., *Introducción al concurso de delitos: Criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- CARRIÓ, G. R., «Prólogo», en 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*, Astrea, Buenos Aires, 1972.
- CARRIÓ, G. R./RABOSSO, E. A., «La filosofía de John L. Austin», en Austin, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Carrió, G./Rabossi, E. (trads.), 3.^a reimp., Paidós, Barcelona, 1990.

- CARUSO FONTÁN, M. V., *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant lo Blanch, 2018.
- «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», en *Revista Penal*, (núm. 36), 2015, pp. 36-60.
- CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 2000.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T., «Artículo 74», en Cobo del Rosal, M. (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Tomo III (Artículos 24 a 94), Edersa, Madrid, 2000, pp. 1053-1071.
- *El delito continuado*, Bosch, Barcelona, 1977.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T./RAGUÉS I VALLÈS, R., «*Three Strikes*. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en Lascurain Sánchez, J. A./Rusconi, M. (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 119-149.
- CASTRO SÁNCHEZ, J., «Algunos problemas concursales en los delitos de agresión sexual tras la LO 10/2022 y la LO 4/2023 con especial referencia a la cláusula concursal de compatibilidad del artículo 194 bis CP», en *Revista General de Derecho Penal (Iustel)*, núm. 41, mayo - 2024, pp. 1-37.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: Una reforma necesaria», en Gómez Bermúdez, S. F. J. (Dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial: Las últimas reformas penales II*, (CDJ), Consejo General del Poder Judicial, N.º 10, 2006, pp. 155-201.
- «La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delito (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1er trimestre 1998, pp. 271-296.
- *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- «Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones», en Calderón Cerezo, Á. (dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 341-359.
- COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el delito continuado (Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)», en Calderón Cerezo, Á. (dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 241-267.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COCA VILA, I., *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.
- COENDERS, A., *Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, Ratsbuchhandlung L. Bamberg, Greifswald, 1921.
- CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», en *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, núm. 8, 2012, pp. 45-76.

- *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.^a ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
- CÓRDOBA RODA, J., «Artículo 8», en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 59-66.
- «Sección 3.^a – Disposiciones comunes a las dos secciones anteriores», en Córdoba Roda, J. et al., *Comentarios al Código penal. Tomo II (Artículos 23-119)*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 313-326.
- «Artículos 68 a 71», en Córdoba Roda, J. et al., *Comentarios al Código penal. Tomo II (Artículos 23-119)*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 350-375.
- CORREIA, E., *A teoria do concurso em direito criminal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1963.
- COUSO SALAS, J., «¿Se justifica la acumulación material de penas privativas de libertad a través 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 331-358.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español. Parte general*, Vol. II, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Fasc. 1, 1979, pp. 45-91.
- «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Fasc. 2, 1979, pp. 451-477.
- «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito “sui generis”», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Fasc. 1, 1978, pp. 35-95.
- CUERDA RIEZU, A., «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», en Santana Vega, D. M. et al (dirs.) *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 169-177.
- «El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-5, Tomo 1, 1997.
- «La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Silva Sánchez, J. M. (ed.) *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 341-354.
- «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», en *Política Criminal y Reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 299-317.
- *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, Tecnos, Madrid, 1992.

- «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, pp. 821-866.
- CUGAT MAURI, M., «Artículos 73 a 79», en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 663-687.
- DAVIDSON, D., *Essays on Actions and Events*, 2.^a ed., Clarendon-Oxford University Press, 2001.
- DEITERS, M., *Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit. Studien zur Ratio der §52-55 StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 167-180.
- DESSPORTS, F./LE GUNEHEC, F., *Le Nouveau Droit Penal*, Tomo 1, 4.^a ed., Economica, París, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DÜRR, A., *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law. Zugleich eine anhandlung über die unechte idealkonkurrenz im Völkerstrafrecht*, Möhr Siebeck, Tübingen, 2019.
- EL-GHAZI, M., *Revision der Konkurrenzlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.
- ERB, V., «Konkurrenzen 2.0: Der Weg aus der Sackgasse», en Cirener, G./Jahn, M./Radtke, H. (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*, Carl Heymanns, Köln, 2020, pp. 67-71.
- «Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 117, (núm. 1), 2005, pp. 37 - 106.
- ESCUCHURI AISA, E., «El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad», en Pozuelo Pérez, L./Rodríguez Horcajo, D. (coords.) *Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional*, BOE, Madrid, 2022, pp. 65-102.
- «Artículos 73 a 77», en Gómez Tomillo, R. (dir.) *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte General. Tomo I. Artículos 1-137*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 685-719.
- *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.
- FARALDO CABANA, P., «La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial», en Gómez Tomillo, M. et. al. (coords.) *Liber Amicorum en homenaje a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 211-220.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Responsabilidad penal de adolescentes, prevención especial y pluralidad de infracciones. Comparación con el Derecho penal de adultos», 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*, BOE, Madrid, 2024, 65-96.
- *La pena como institución jurídica*, BdeF, Madrid, 2014.
- «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», en Cancio Meliá, M./Feijoo Sánchez, B. (eds.) *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Thomson-Civitas, Cizur Menor –Navarra–, 2008, pp. 145-158.
- FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, 1970.
- FERRI, E., *Principii di Diritto Criminale: Delinquente E Delitto Nella Scienza, Legislazione, Giurisprudenza in Ordine Al Codice Penale Vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1928.
- FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, 8.^a ed., Zanichelli, Torino, 2023.
- FIGUEREIDO DIAS, J., *Direito penal. Parte general. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo 1, 3.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2019.
- FIGUEROA RUBIO, S., «Acciones, relaciones causales e imputación en el contexto de la atribución de responsabilidad extracontractual. Cuestionando dos tesis», en *Causalidad en Filosofía y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2026 (en prensa).
- «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», en Rapetti, P./Sierra Sorockinas, D. (eds.) *Dogmática, Moral y Derecho. Estudios en torno a la obra de Carlos S. Nino*, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 35, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2024, pp. 97-128.
- *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, 2.^a reimp., Oxford University Press, Oxford, 2000 (1978).
- FRANKE, U., «“Durchwursteln” oder Einheitsstrafe», en Cirener, G./Jahn, M./Radtko, H. (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*, Carl Heymanns, Köln, 2020, pp. 53-57.
- FRASE, R., «Principles and Procedures for Sentencing of Multiple Current Offenses», en Ryberg, J. et al. (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 189-210.

- «The Treatment of Multiple Current Offenses», en Frase, R. *et al* (eds.) *Criminal History Enhancements Sourcebook*, Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice, University of Minnesota, 2015, pp. 91–96.
- «Timing of Current and Prior Crimes: What Counts as a “Prior” Conviction?», en Frase, R. *et al* (eds.) *Criminal History Enhancements Sourcebook*, Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice, University of Minnesota, 2015, pp. 39-45.
- *Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System*, Oxford University Press, New York, 2013.
- FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 2.^a ed., Springer, Berlin, 2009.
- «Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems Gedanken aus Anlass des “Marburger Strafrechtsgesprächs 2004”», en *Goldammer’s Archiv (GA)*, 2005, pp. 321-338.
- FRISTER, H., *Derecho penal. Parte general*, Sancinetti, Marcelo Alberto (trad.), 4.^a ed., Hammurabi, Bs. As., 2011.
- «NK-StGB §53 a §55», en Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H. U. (Hrsg.) *Nomos Kommentar (NK) zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4.^a ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, pp. 1987-2025.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Simultáneas y acumuladas. La determinación de las penas de las personas jurídicas en concurso de delitos», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 138, III, Época II, diciembre 2022, pp. 67-95.
- GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema de determinación legal de la pena: estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- GALLO, S. P., *Asociación ilícita y concurso de delitos. Análisis de las diferentes posturas sobre el concurso entre el delito de asociación ilícita y los delitos cometidos en cumplimiento de su objeto*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA ALBERO, R., «Artículo 74», en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (artículos 1 a 233)*, 8.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 540-550.
- «Artículos 77 y 78», en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (artículos 1 a 233)*, 8.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 554-594.
- «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, CEDECS, Barcelona, 1995.
- «Sobre la denominada “unidad natural de acción” (A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Fasc. 2, 1994, pp. 211-239.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2016.
- GEERDS, F., *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Joachim Heitmann & CO., Hamburg, 1961.

- GEPPERT, K., «Die “fortgesetzte Tat” im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Vol. 15, núm. 12, 1993, pp. 649-656.
- «Grundzüge der Konkurrenzlehre», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, 1982, Vol. 4, núm. 7, pp. 358-371.
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «El desistimiento en la tentativa acabada. *Lectio doctoralis*», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 59, 2006, pp. 25-34.
- «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 45, Fasc. 3, 1992, pp. 833-854.
- «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1990 (3.ª ed.), pp. 140-161.
- «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 43, Fasc. 2, 1990, pp. 421-441.
- «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 20, Fasc. 1-2, 1967, pp. 195-204.
- GOLDMAN, A., *A Theory of Human Action*, Princeton University Press, New Jersey, 1976 (1970).
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 138», en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 630-634.
- GÓMEZ PERDIGUERO, I., «Concurso de delitos y el artículo 210 ter del código penal», en Gauna Alsina, F./Petroni, C. (dirs.), *Delitos Federales*, Tomo III, Hammurabi, Buenos Aires, 2026 (en prensa).
- GONZÁLEZ LAGIER, D., *Las paradojas de la acción*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.
- *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Artículos 73 a 78 CP», en Vives Antón, T. S. (Coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (Artículos 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 414-457.
- 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*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 903-1052.
- 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*, N° 4, 2007.
- 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 97-122.

- 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. 60-122.
- GUARDIOLA GARCÍA, J., «El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal: análisis crítico», en *Revista de l'Institut Universitari d'Inverstigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 10, 2013, pp. 113-126.
- GUINARTE CABADA, G., «El concurso “medial” de delitos», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 13, 1988-1989, pp. 153-206.
- HAFTER, E., *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Stämpfli&CIE, Bern, 1946.
- HART, H. L. A., *Castigo y responsabilidad: ensayos de filosofía del derecho*, Barja De Quiroga, J./García-Comendador Alonso; L. (Trads.), Marcial Pons, Madrid, 2019.
- «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, 1949, pp. 171–194.
- HINKKANEN, V./LAPPI- SEPPÄLÄ, T., «Sentencing Theory, Policy and Research in the Nordic Countries», en *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 40, núm. 1, University of Chicago Press, Chicago, pp. 349-404.
- HONIG, R., *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit: zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1925.
- HÖPFNER, W., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Tomo I, Verlag von Franz Vahlen, Berlín, 1901.
- HÖRNLE, T., *Determinación de la pena y culpabilidad. Estudios sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Olejnik, Santiago de Chile, 2023.
- HORNSBY, J., «Actions and Identities», en *Analysis*, Vol. 39, núm. 4, Octubre-1979, pp. 195-201.
- HRUSCHKA, J., «Die “Verabschiedung” Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 122, (núm. 3), 2010, pp. 493-503.
- *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Sánchez-Ostiz, P. (ed.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- JAKOBS, G., «La pena como reparación del daño», en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 339-351.
- «El desistimiento como modificación del hecho», en Peñaranda Ramos, E. *et. al.* (trads.) *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones-Civitas, Madrid, 1997 (1992), pp. 325-345.
- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Cuello Contreras, J./Serrano González de Murillo, J. L. (trads.), 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997 (1991).
- *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1967.

- 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, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 129-140.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen segundo*, Mir Puig, S./Muñoz Conde, F. (trads. y adiciones), 3.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981 (1978).
- «Die Konkurrenz», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 67, (núm. 4), 1955, pp. 529-555
- JESCHECK, H. H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Olmedo Cardenete, M. (trad.), 5.^a ed., Comares, Granada, 2002 (1995).
- JOSHI JUBERT, U., «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 45, (núm. 2), 1992, pp. 613-636.
- KESSLER FERZAN, K., «Punishment, Proportionality, and Aggregation», en *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 15, (núm. 3), 2021, pp. 481-494.
- KIENAPFEL, D., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts*, 4.^a ed., Manzsche Verlags und Universitätsbuchhanlung, Wien, 1991.
- *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Manzsche Verlags und Universitätsbuchhanlung, Wien, 1998.
- KINDHÄUSER, U., «Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH, NJW 1984, 1568», en *Juristische Schulung (JuS)*, 1985, 100-105.
- KINDHÄUSER, U./HILGENDORF, E., *Código penal alemán comentado. Parte general. Comentario teórico y práctico: Nomos Kommentar*, Tomo I, Dias, L. et. al. (trads. de la 9.^a edición alemana), Hammurabi, Buenos Aires, 2023.
- KINDHÄUSER, U./ZIMMERMANN, T., *Derecho penal. Parte general*, Reyes Romero, I./Solavagione, L. (trads.), 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024 (2020).
- KLUG, U., *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, Seña, J. M./Garzón Valdés, E./Zimmerling, R. (trads.), Distribuciones Fontamara, México D. F., 1992 (1989).
- KÖHLER, A., *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Beck, München, 1900.
- LANG, B., *Die Idealkonkurrenz als Missverständnis: Zur Entwicklung der konkurrenzen im 19. Jahrhundert*, Duncker & Humbolt, Berlín, 2008.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa», en Gómez Tomillo, M. et. al. (coords.) *Liber Amicorum en homenaje a la Profesora Mercedes Alonso Álamo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 305-316.
- «Las cláusulas concursales específicas», en Muñoz Sánchez, J. et. al. (Dirs.) *Estudios jurídico-penales, criminológicos y políticos criminales. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 841-854.

- *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021.
- «El principio de legalidad. Fundamento», en Lascurain Sánchez, J. A. (coord.) *Manual de introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019.
- LEE, Y., «Multiple Offenders and the Question of Desert», en Ryberg, J. *et. al.* (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 113-135.
- LIPPKE, R., «Retributive Sentencing, Multiple Offenders, and Bulk Discounts», en White, M. D. (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford University Press, Nueva York, 2011, pp. 212-231.
- LIPPOLD, R., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, R.v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1985.
- LLOBET ANGLÍ, M., «Robo con violencia o intimidación en las personas», en Molina Fernández, F. (coord.) *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, pp. 1319-1337, nn.mm. 10920-11000.
- LORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código penal de 1995*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- LOPERA VIÑÉ, R., «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en Cancio Meliá, M. *et. al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1443-1459.
- LÓPEZ CERRADA, V. M., «La acumulación jurídica de penas», en *Revista de estudios penitenciarios*, núm. 250, año 2004, pp. 9-71.
- LOVEGROVE, A., *Sentencing the Multiple Offender: Judicial Practice and Legal Principle*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 2004.
- *The Framework of Judicial Sentencing: A Study in Legal Decision Making*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- MACKIE, J. L., «Morality and the retributive emotions», en *Criminal Justice Ethics*, núm. 1, 1982, pp. 3-10.
- MAIA GONÇALVES, M., *Código penal português. Anotado e comentado*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- MAIWALD, M., *Die natürliche Handlungseinheit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964.
- MALDONADO FUENTES, F., «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», en Rojas Aguirre, L. E. (dir.) *Revista de Ciencias Penales*, ICP, Sexta Época, Vol. XLVIII, núm. 1, 2022, pp. 13-48.
- «Unidad de hecho en el concurso ideal», en *Revista Ius et Praxis*, Año 27, núm. 3, 2021, pp. 135-157.
- «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales», en *Política Criminal*, Vol. 15, núm. 30 (diciembre 2020), pp. 493-525.
- «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 47, núm. 3, 2020, pp. 733-755.

- «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*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2016, pp. 549-607.
- «Reiteración y reincidencia: Conceptos y Fundamentos», en Maldonado Fuentes, F. (Coord.) *Reincidencia y Concurso de delitos*, colección *Estudios y Debates en Derecho Penal*, núm. 12, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 89-145.
- «Delito continuado y concurso de delitos», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 28, núm. 2, Valdivia, diciembre 2015, pp. 193-226.
- MANNZEN, W., «Zur Theorie der erweiterten Handlungseinheit», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 54, 1935, p. 217-231.
- MANSON, A., «Some Thoughts on Multiple Sentences and the Totality Principle: Can We Get It Right», en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, vol. 55 (4), 2013, pp. 481-494.
- MANTOVANI, F., *Diritto Penal. Parte generale*, 3.^a ed., Cedam, Padova, 1992.
- MANTOVANI, F./FLORA, G., *Diritto Penal. Parte generale*, 12.^a ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023.
- MAÑALICH RAFFO, 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 139-165.
- *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.
- «El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles», en *El Derecho penal como teoría y práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Thomson-Reuters La Ley, Santiago de Chile, 2016, pp. 501-547.
- «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», en *InDret*, núm. 2, 2015.
- «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. 498-527.
- «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, pp. 1021-1211.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», en *InDret*, núm. 2, 2014.

- «El nuevo delito de pertenencia a “Organizaciones y grupos criminales” (Artículo 385 bis) en el Proyecto de Reforma del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal (Iustel)*, núm. 7, mayo 2007.
- MATUS ACUÑA, J. P., *El concurso aparente de leyes*, Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2008.
- «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 58 (núm. 2), 2005, pp. 463-493.
- «El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana», en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 24 (3), 1997, pp. 423-446.
- MAURACH, R./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Tomo I, Bofill Genzsch, J./Aimone Gibson, E. (trads.), 7.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994 (1987).
- 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., Astrea, Buenos Aires, 1995 (1989).
- MAYER, M. E., «Derecho penal. Parte general», Politoff Lifschitz, S. (trad.), en Fernández, G. (dir.) *Maestros del Derecho Penal*, núm. 25, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007 (1915).
- MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.
- MERKEL, A., «Derecho penal. Parte general», Dorado Montero, P. (trad.), en Fernández, G. (dir.) *Maestros del Derecho Penal*, núm. 13, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- MERKEL, P., «Konkurrenz», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil (VDA)*, Tomo V, Berlin, 1908, pp. 269-413.
- MEZGER, E., *Derecho penal. Parte general*, Núñez, R. (trad.), 6.ª ed., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958 (1955).
- MÍNGUEZ ROSIQUE, M., «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», en *Revista General de Derecho Penal (Iustel)*, núm. 31, mayo 2019.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.
- «Adiciones», en Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general. Volumen segundo*, Mir Puig, S./Muñoz Conde, F. (trads. y adiciones), 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1981 (1978).
- *La reincidencia en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1974.
- MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M., «Artículo 8», en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 62-66.

- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Concurso de leyes y de delitos», en Molina Fernández, F. (coord.) *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, pp. 471-487, nn.mm. 3250-3335.
- «Reglas de determinación de la pena», en Molina Fernández, F. (coord.) *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, pp. 667-701, nn.mm. 5420-5677.
- «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en Cancio Meliá, M. *et. al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 655-682.
- «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en Jorge Barreiro, A. (ed.) *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, pp. 691-742
- MOLINA FERNÁNDEZ, F./CANTARD, N., «Abandono de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección», en Molina Fernández, F. (coord.) *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, pp. 1266-1273, nn.mm. 10580-10632.
- 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*, BOE, Madrid, 2022, pp. 23-34.
- «Crime continuado e bens pessoalíssimos – A concepção de Eduardo Correia e a revisão de 2007 do Código Penal», en Andrade, M. *et. al.* (orgs.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 733-755.
- MOORE, M. S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, reimpr., Oxford University Press, 2011 (1993).
- *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, reimpr., Oxford University Press, 2010 (1997).
- 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*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 463-486.
- «Sobre la confusa regla penológica del concurso medial», *Libro Homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, vol. II, Reus, Madrid, 2020, pp. 1361-1372.
- MOSTERÍN, J., *Racionalidad y acción humana*, 2.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 25.^a ed., revisada y puesta al día con la colaboración de López Peregrín, C., conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 y 4/2023, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 11.^a ed., revisada y puesta al día con la colaboración de García Álvarez, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- NIESE, W., «Empfiehl sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Falle der Realkonkurrenz», en *Materialen zur Strafrechtsreform*, Band 1, Nachdruck, Bonn, 1954, pp. 155-172.
- NINO, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.
- «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y «Pitchon»», en Maurino, G. (ed.) *Fundamentos del Derecho Penal*, Gedisa, Bs. As. 2008 (1982), pp. 231-259.
- *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- *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*, Astrea, Buenos Aires, 1972.
- OBREGÓN GARCÍA, A., «La reforma de la penalidad del concurso medial regulada en el artículo 77.3 del Código penal», en Abadías Selma, A./Bustos Rubio, M. (Dirs.) *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, pp. 123-143.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- OLIVER CALDERÓN, G., «La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie», en *Revista de Derecho*, Vol. 26 (2), 2013, pp. 167-188.
- ORTEGA MATESANZ, A., «La determinación de la pena en la fase de ejecución», en Gómez Tomillo, M. et. al. (coords.) *Liber Amicorum en homenaje a la Profesora Mercedes Pérez Álamo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2024, pp. 437-446.
- *Práctica y procedimiento de la acumulación de penas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- *La penalidad del concurso de delitos en el sistema jurídico-penal español: Estudio de las reglas limitativas de los artículos 76 y 77 CP*, Reus, Madrid, 2022.
- *La evolución de las penas del concurso de delitos en la codificación penal española*, Reus, Madrid, 2022.
- «La punición del concurso de delitos en el derecho comparado», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, núm. 3, 2022, pp. 451-532.
- PACHECO, J. F., *El Código Penal. Concordado y comentado*, 3.ª ed., Edisofer s.l., Madrid, 2000 (1867).
- *Estudios de Derecho penal: Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 5.ª ed., Imprenta y Fundición de Manuel Tello, Madrid, 1887.
- PALERMO, O., «Reincidencia, injusto y culpabilidad», en Maldonado Fuentes, F. (Coord.) *Reincidencia y Concurso de delitos*, colección *Estudios y Debates en Derecho Penal*, núm. 12, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 147-179.
- PALMA HERRERA, J. M., *Los actos copenados*, Dykinson, Madrid, 2004.

- 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 181-188.
- PAWLIK, M., *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, Coca Vila, I. et. al. (trads.), Atelier-Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2023.
- PELISSERO, M., «Unità o pluralità di reati», en Grosso, C. F. et. al., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3.^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. 601-631.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones», 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 283-407.
- «Homicidio», en Molina Fernández, F. (coord.) *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2025*, Francis Lefebvre, Madrid, 2024, pp. 835-859, nm. 6902-7020.
- «¿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./Ruíz 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*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022, pp. 795-837.
- *Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad de título de imputación*, Civitas, Madrid, 1991.
- PEÑARANDA RAMOS, E./POZUELO PÉREZ, L., «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva. Propuesta de modificación normativa», 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 409-415.
- PEÑARANDA RAMOS, E./BASSO, G. J., «La pena: Nociones generales», en Lascuraín Sánchez, J. A. (coord.) *Introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 161-190.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «Administración desleal, unidad de acción y continuidad delictiva», en *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.
- PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho penal (III)», en Lascuraín Sánchez, J. A. (coord.) *Introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 91-111.
- «Principios del Derecho penal (II)», en Lascuraín Sánchez, J. A. (coord.) *Introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 84-89.

- «*The spanish connection: Los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem*», en *Anuario de la Facultad de Derecho UAM (AFDUAM)*, núm. 22, 2018, pp. 381-418.
- *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones UAM, Madrid, 1990.
- PESSOA, N., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Estudio del «múltiple encuadre típico»*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018.
- POSADA MAYA, R., *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Comares, Granada, 2012.
- POZUELO PÉREZ, L., «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», en *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 206-229.
- *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 108-133.
- *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998.
- PRADEL, J., *Droit pénal. Introduction générale Droit penal général*, Tomo 1, 11.^a ed., Cujas, París, 1996.
- PUIG PEÑA, F., *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Bosch, Barcelona, 1955.
- PUPPE, I., «Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen. Eine Konkurrenzlehre 2.0», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 132, núm. 1, 2020, pp. 1-23.
- «Die Lehre von der Tateinheit», en *Juristische Schulung (JuS)*, núm. 6, 2017, pp. 503-507.
- «Die Lehre von der Tateinheit», en *Juristische Schulung (JuS)*, núm. 7, 2017, pp. 637-641.
- «El resultado y su explicación causal», en Sancinetti, M. (comp.) *Causalidad, riesgo e imputación*, Hammurabi, 2016, pp. 245-298 (1980).
- «Was ist Gesetzeskonkurrenz?», en *Juristische Schulung (JuS)*, núm. 11, 2016, pp. 961-966.
- «NK-StGB §52», en Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H. U. (Hrsg.) *Nomos Kommentar (NK) zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4.^a ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, pp. 1943-1987.

- «NK-StGB §52», en Neumann, U./Puppe, I./Schild, W. (Hrsg.) *Nomos Kommentar (NK) zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, Tomo 2, 1.^a ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 1-38.
- «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1982, pp. 143-165.
- *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, Duncker & Humbolt, Berlín, 1979.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 8», en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (artículos 1 a 233)*, 8.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 96-110.
- «Artículo 73», en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (artículos 1 a 233)*, 8.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 533-540.
- «Artículos 75 y 76», en Quintero Olivares, G. (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (artículos 1 a 233)*, 8.^a ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 550-553.
- *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., con colaboración de MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J. M., Aranzadi Pamplona, 2002.
- RADBRUCH, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9.^a ed., Stuttgart, 1952 (1929).
- *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1952.
- RATZ, E., «WK-§§28-31a», en HÖPFEL, F./RATZ, E. «*Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*», 2.^a ed., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011.
- REITZ, K., «Comparing Sentencing Guidelines. Do US System Have Anything Worthwhile to Offer England and Wales?», en Ashworth, A./Roberts, J. (eds.) *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 182-201.
- «The Illusion of Proportionality: Desert and Repeat Offenders», en Roberts, J. V./von Hirsch, A., (eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives*, Hart Publishing, Londres, 2010, pp. 137– 160.
- RÍOS MARTÍN, J. C./ETXEARRIA ZARRABEITIA, X./PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 2.^a ed., Universidad Pontificia Comillas, 2018.
- RISSING-VAN SAAN, R., «LK-StGB §52 a §55», en Jähnke, B./Laufhütte, H. W./Odersky, W. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK)*, §§32-60, 11. Auf., 2. Band, De Gruyter Recht, Berlín, 2003.
- RIZ, R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 3.^a ed., Cedam, Padova, 2001.
- ROBERTS, J., «Justifying Criminal History Enhancements at Sentencing», en Frase, R. et al (eds.) *Criminal History Enhancements Sourcebook*, Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice, University of Minnesota, 2015, pp. 11-17.

- ROBERTS, J./RYBERG, J./DE KEIJSER, J., «Sentencing the Multiple Offender. Setting the Stage», en Ryberg, J. *et. al.* (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 1-11.
- ROBINSON, P. H., «Mitigations: The forgotten side of the proportionality principle», en *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 57, núm. 1, 2020, pp. 219-272.
- *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, traducción e introducción de CANCIO MELIÁ, M./ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í., Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBINSON, P. H./DARLEY, J., *Justice, Liability and Blame: Community views and the Criminal Law*, West View Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1995.
- ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio», en Silva Sánchez, J. M. (dir.) *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 7.^a ed., Atelier, 2021, pp. 231-257.
- RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, 17.^a ed., Dykinson, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?», en Miró Llinares, F./Fuentes Osorio, J. L. (dirs.) *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 73-96.
- «Pena (Teoría de la)», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 219-232.
- «Rethinking punishment. Leo Zaibert (2018)», en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 16, abril 2019 – septiembre 2019, pp. 339-346.
- *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 8», en Rodríguez Mourullo, G./Jorge Barreiro, A. (Dir/Coord.) *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 45-48.
- *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1977.
- *La omisión de socorro en el Código penal*, Tecnos, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Artículo 8», en Cobo del Rosal, M. (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Tomo I (Artículos 1 a 18), Edersa, Madrid, 1999, pp. 333-344.
- ROIG TORRES, M., *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 273-299.
- ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Mohr Siebeck, Frankfurt am Main, 2019.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Luzón Peña, D. M. *et. al.* (trads.), Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014 (2003).

- ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 5.^a ed., Beck, München, 2020.
- RYBERG, J., «Retributivism, Multiple Offending, and Overall Proportionality», en Ryberg, J. et al. (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 13-30.
- «Retributivism and Multiple Offending», en *Res Publica*, (núm. 11), 2005, pp. 213-233.
- SAMSON, E., «SK-StGB §52 a §55», en Rudolphi, H. J. (Hrsg.) *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., 1987.
- SAMSON, E./GÜNTHER, H. L., «SK-StGB §52 a §55», en Rudolphi, H. J. (Hrsg.) *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch*, 6.^a ed., Hermann Luchterhand Verlag, Bonn-Berlin, 1993.
- SAMUELS, A., «Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division by David Thomas», en *The Modern Law Review*, Vol. 42, núm. 5, septiembre 1979, pp. 598-600.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología (RECPC)*, núm. 24-24, 2022, pp. 1- 52.
- SANCINETTI, M. A., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Un estudio sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2.^a reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- SANTANA VEGA, D., «Artículo 77», en Corcoy Bidasolo, M./Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 388-392.
- SANZ MORÁN, Á. J., «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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 271-282.
- «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*, BdeF, 2017, pp. 865-876.
- «La reiteración delictiva: modelos de respuestas», en Maldonado Fuentes, F. (Coord.) *Reincidencia y Concurso de delitos*, colección *Estudios y Debates en Derecho Penal*, núm. 12, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 1-49.
- *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría del concurso en derecho penal*, UBIJUS, México D. F., 2012.
- «El delito patrimonial continuado y su sinuosa aplicación jurisprudencial», en *La Ley Penal* (núm. 67), enero de 2010, pp. 10-20.
- «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*, Comares, Granada, 1999, pp. 505-520.
- «El concurso de delitos en la reforma penal», en Calderón Cerezo, Á. (dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, núm. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 189-239.
- «Alternatividad de leyes penales», en Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología (coords.) *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 663-675.
- *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid. Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1986.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1975.
- SCHMIDT, E., «Straf- und Strafprozeßrecht. Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950», en *Juristen Zeitung (JZ)*, Vol. 6 (núm. 1), 1951, pp. 20-23.
- SCHMITT, R., «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», primera parte, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 75, (núm. 1), 1963, pp. 43-62.
- «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht», segunda parte, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 75, (núm. 2), 1963, pp. 179-219.
- SCHROEDER, F. C., «Die Behandlung der natürlichen Handlungseinheit in strafrechtlichen Übungsarbeiten», en *Juristische Ausbildung (Jura)*, Vol. 2, núm. 5, 1980, pp. 240-242.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Derecho penal. Parte general*, Civitas-Aranzadi La Ley, Madrid, 2025.
- «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en Gómez Martín, V. et al. (Dirs.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bisadolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 921-931.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a ed., BdeF, Madrid-Buenos Aires, 2011.
- «Aproximación al Derecho Penal contemporáneo», en Fernández, G. (dir.) *Maestros del Derecho Penal*, N° 31, 2.^a ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- SOLAR CALVO, P., «Por qué no sirve el artículo 76 CP. Problemática y propuesta de solución desde el ámbito penitenciario», 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 223-253.

- «Interpretación judicial del artículo 76 CP tras la LO 1/2015», en *La Ley Penal*, núm. 129, 2017 (versión digital).
- SOLER, S., *Derecho penal argentino. Parte general*, Tomo II, Fierro, G. (actualizador), 5.^a ed. (1987), 10.^a reimp., TEA, Buenos Aires, 1992.
- SOWADA, C., «Die natürliche Handlungseinheit. Eine Rechtsfigur mit ungewisser Zukunft», en *Neues Zeitschrift für Verkehrsrecht*, núm. 12, 1995, pp. 465-469.
- STEFANI, G./LEVASSEUR, G./BOULOC, B., *Droit penal general*, 17.^a ed., Dalloz, París, 2000.
- STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Cancio Meliá, M./Sancinetti, M. A. (trads.), 4.^a ed., Thomson, Cizur Menor, 2005 (2000).
- *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Stämpfli&Cie Ag, Bern, 1982.
- «De la relevancia del disvalor de resultado en el Derecho penal», en *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, Sancinetti, M. A./Ziffer, P. S. (trads.), 2.^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006 (1975), pp. 55-89.
- STREE, W., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», en Lenckner, T. (et. al.) *SCHÖNKE/SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.^a ed., C. H. Beck, München, 2001.
- STREE, W./STERNBERG-LIEBEN, D., «Schö/Schr K-StGB §52 a §55», en Esser, A. (et. al.) *SCHÖNKE/SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.^a ed., C. H. Beck, München, 2010.
- STRUENSEE, E., *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, Ludwing Röhrscheid, Bonn, 1971.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, Universidad Complutense de Madrid Instituto de Criminología, Edersa Consejería de Educación Instituto de Criminología, Madrid, 2001.
- THOMAS, D. A., *Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division*, 2.^a ed., Cambridge University - Institute of Criminology, Heinemann Educational, Londres, 1979.
- *Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division*, Cambridge University - Institute of Criminology, Heinemann, Londres, 1970.
- TONRY, M., «Solving the Multiple-Offense Paradox», en Ryberg, J. et. al. (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 241-265.
- TORÍO LÓPEZ, Á., «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales (ADPCP)*, Vol. 25, núm. 1, 1972, pp. 53-88.
- TRECHSEL, S., *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkomentar*, 2.^a ed., Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1997.
- VALIENTE IVAÑEZ, V., «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el derecho penal. Una primera aproximación al problema», en Miró Llinares, F./ Fuentes Osorio, J. L. (dirs.) *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acer-*

- amiento del Derecho penal y la Política criminal a la realidad empírica*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 147-170.
- VALVERDE-CANO, A. B., «Lo técnico y lo valorativo en el proceso de individualización de delitos», en Rodríguez Horcajo, D./Basso, G. J. (dirs.) *Repensando las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 419-439.
- «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», en *InDret*, núm. 2, 2024, pp. 308-357.
- VAN WEEZEL, A., «Unidad de hecho concursal», Maldonado Fuentes, F. (ed.) *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 301-326.
- VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- VELÁSQUEZ, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Temis, Bogotá, 2004.
- VIBLA, N., «Toward a Theoretical and Practical Model for Multiple-Offense Sentencing», en Ryberg, J. et. al. (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 163-182.
- VIVES ANTÓN, T. S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universitat de Valencia, Valencia, 1981.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Determinación de la pena en los concursos ideal y medial de delitos en el Código Penal español», en *Revista General de Derecho Penal (Iustel)*, núm. 35, mayo 2021.
- *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, Madrid, 2020.
- VOGLER, T., «LK-StGB §52 a §55», en Jescheck, H. H./Russ, W./Willms, G. (Hrsg.) *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1985.
- «Funktion und Grenzen der Gesetzeskonkurrenz», en Kaufmann A. (et. al. Hrsg.) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Vol. 3, C. H. Beck, 1979, pp. 715-736.
- VON BURI, M., *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Ferdinand, Stuttgart, 1879.
- VON HIRSCH, A., «Multiple-Offense Sentencing. Some Additional Thoughts», en Ryberg, J. et. al. (eds.) *Sentencing Multiple Crimes*, Oxford University Press, Nueva York, 2018, pp. 183-187.
- *Censure and Sanctions*, Oxford University Press, 1993.
- «Guidance by numbers or words? Numerical versus narrative guidelines for sentencing», en Wasik, M./Pease, K. (eds.) *Sentencing reform. Guidance or guidelines?*, Manchester University Press, Manchester, 1987, pp. 46-69.
- *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, Rutgers University Press, New Jersey, 1985.
- VON HIRSCH, A./ASHWORTH, A., *Proportionate Sentencing: Exploring the principles*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

- VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, Aimone Gibson, E. (trad.), EDEVAL, Valparaíso, 1984.
- *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, Jiménez de Asúa, L. (trad.) y Saldaña, Q. (adiciones), 20.^a ed., Hijos de Reus, Madrid, 1916 (1914).
- *Tratado de Derecho penal. Tomo III*, Jiménez de Asúa, L. (trad.) y Saldaña, Q. (adiciones), 20.^a ed., Hijos de Reus, Madrid, 1917 (1914).
- VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, García Ferrero, P. (trad.), 1.^a reimp., Tecnos, Madrid, 1979 (1970).
- WALKER, N., «Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division by D. A. Thomas», en *Sociology*, Vol. 5, núm. 2, mayo 1971, pp. 287-289.
- WARDA, G., «Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit», en Herzberg, R. (hrsg.) *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, pp. 241-261.
- «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», en *Juristische Schulung (JuS)*, 1964, pp. 81-93.
- WASIK, M., «Concurrent and Consecutive Sentences Revisited», en Zedner, L./Roberts, J. (eds.) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 285-305.
- WEGSCHEIDER, H., *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des «Zusammentreffens strafbarer Handlungen» (§ 28 StGB)*, Dunker&Humblot, Berlín, 1980.
- WELLS, M., *Sentencing for Multiple Offences in Western Australia*, Crime Research Centre, núm. 6, University of Western Australia, Western Australia, 1992.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, Bustos Ramírez, J./Yáñez Pérez, S. (trads.) 11.^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993 (1970).
- WERLE, G., *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Dunker&Humblot, Berlín, 1981.
- WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general*, Finzi, C. (trad.), 6.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1980 (1976).
- WESSELS, J./BEULKE, W./SATZGER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 51.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2021.
- YOUNG, W./KING, A., «The Origins and Evolution of Sentencing Guidelines. A Comparison of England and Wales and New Zealand», en Ashworth, A./Roberts, J. (eds.) *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 202-217.
- ZAFFARONI, R. E., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1999.
- *Tratado de derecho penal. Parte general*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1988.
- *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

- ZAFFARONI, R. E./ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZAIBERT, L., *Rethinking punishment*, Estados Unidos, Cambridge University Press-Sheridan Books, Inc., 2018.
- «La justificación de la pena», en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 8, marzo – agosto 2015, pp. 146-152.
- ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Sancinetti, M. A. (trad.), Hammurabi, Buenos Aires, 1990 (1973).
- 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*, BOE, Madrid, 2024, pp. 255-268.
- *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2.^a ed., 1.^a reimp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005 (1999).
- «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en Maier, J. (ed.) *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 89-110.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El concurso de delitos», en Zugaldía Espinar, J. M. (dir.) *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Colección Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Últimos títulos publicados:

23. 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
24. Límites de la protección del Derecho penal al inicio y fin de la vida humana en la sociedad moderna
Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín
25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales
Coordinadores: Marina Mínguez Rosique, David Gallego Arribas
26. El delito de trato degradante discriminatorio
David Miras Estévez
27. Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia debida en las organizaciones multinacionales
Directores: Jacobo Dopico Gómez-Aller, Marta Muñoz de Morales Romero, Adán Nieto Martín
Coordinador: Luis Miguel Vioque Galiana
28. Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)
Brian Buchhalter Montero
29. Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual
María Marta González Tascón
30. Fraude Carrusel, responsabilidad penal de las personas jurídicas y *Compliance*
Miguel Cáceres Casado

La obra aborda el tema de la concurrencia delictiva mediante un estudio de sus fundamentos, presupuestos y consecuencias jurídicas, tanto en el plano legislativo como en el teórico, a partir de un análisis del derecho español y del derecho comparado.

La investigación se estructura en tres ejes principales. En el primero, se analizan diversas construcciones teóricas que permiten trazar la distinción primaria fundamental entre unidad delictiva y concurso de delitos, así como, ya en el marco de la concurrencia delictiva, la necesidad de mantener una diferenciación en las consecuencias penológicas de las distintas modalidades concursales. El segundo eje se orienta a establecer los criterios que deben considerarse al momento de diferenciar las dos formas concursales esenciales: el concurso ideal y el concurso real. Finalmente, en la tercera parte, se examinan las distintas posturas existentes en el debate doctrinal acerca de cómo deben estructurarse las reglas de determinación de la pena en cada una de estas modalidades.

En cada apartado se realiza un estudio crítico del estado del debate en la doctrina y la jurisprudencia, ya sea adoptando argumentos a favor de una posición existente, o proponiendo una interpretación alternativa. En todos los casos, el objetivo central ha sido compatibilizar, en la mayor medida posible, una orientación racional, sistemáticamente coherente y garantista en la regulación de la materia.

Nicolás Cantard Vanni

Es abogado, Magíster en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Litoral (UNL), de Argentina, y Doctor en Derecho, con mención internacional, por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Se incorporó a la UAM en 2019 tras obtener una plaza FPI-MINECO en convocatoria pública competitiva en el marco del proyecto de investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva», y desde 2023 se desempeña como Profesor Ayudante en el Área de Derecho penal.

Su carrera combina docencia, investigación y gestión académica. En la Universidad Nacional del Litoral coordinó la Especialización en Derecho Penal y ejerció como docente contratado, fortaleciendo su experiencia en planificación académica y liderazgo pedagógico. En la UAM ha sido docente en los distintos grados que ofrece la Facultad de Derecho, y en el Máster de Derecho Penal desde el curso 2021/2022, consolidando su labor formativa en el ámbito de posgrado.

Participa activamente en proyectos de investigación, integrando actualmente el equipo de trabajo del proyecto «Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el siglo XXI». Asimismo, ha formado parte de diversas iniciativas de innovación docente centradas en metodologías activas y herramientas audiovisuales aplicadas al Derecho penal.

Su trayectoria incluye estancias de investigación en instituciones de referencia internacional, como el Institute of Criminology de la University of Cambridge, el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de la Universität Freiburg, la Humboldt-Universität zu Berlin, la Universidad de Chile, la Universidade Federal de Goiás y la Universidad de Granada.

Paralelamente a su labor académica, entre 2007 y 2019, desarrolló una extensa carrera en la Procuración General de la Nación (Argentina).