DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 4/2015, de 13 de julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

Referencia: FIS-C-2015-00004

ÍNDICE

1. Antecedentes 2. Concepto de concurso medial. 3. Casuística *4. El nuevo sistema de determinación de la pena en los concursos mediales* 5. Filosofía de la reforma 6. Interpretación de la nueva regla de determinación de la pena en el concurso medial 7. Operaciones para concretar la pena en el concurso medial 8. La necesidad de motivar la pena interesada 9. Cuestiones de Derecho Transitorio 10. Cláusula de vigencia 11. Conclusiones.

1. Antecedentes

La equiparación del concurso medial al concurso ideal procede de la Escuela Clásica italiana, para la que el propósito perseguido por el autor del delito era la clave para delimitar la unidad o pluralidad de delitos, de forma que, concurriendo unidad de fin y pluralidad de derechos lesionados, el delito medio pasaba a valorarse como agravante.

El concepto del concurso de infracciones -si bien tiene elementos comunes- no tiene tratamiento unitario en el derecho comparado y, concretamente, la categoría de concurso medial no aparece en los Códigos Penales alemán, (*Strafgesetzbuch*, § 52 a § 55), italiano (*del concorso di reati*, *articoli* 71 y ss), en el portugués (*concurso de crimes e crime continuado* y *puniçao do concurso de crimes e do crime continuado, artigos* 30, 77 y 78), ni en el francés (*des peines applicables en cas de concours d'infractions*, *articles* 132-2 a 132-7). En el ámbito de los países iberoamericanos es relativamente frecuente encontrar el concurso medial en sus códigos, pero también hay países que prescinden de esta construcción (así, por ejemplo, México o Brasil).

Nuestros Códigos Penales (salvo en el CP de 1822, en el que no se regulaba expresamente la cuestión) siempre partieron de la asimilación de los concursos ideal y medial a efectos de su tratamiento punitivo y de la determinación de la pena. Igualmente siempre se siguió (con distintas variantes) la regla de aplicar la pena del delito más grave en su grado máximo, aplicando el sistema de *absorción con agravación, con el límite derivado de penar separadamente ambos delitos.* Este esquema general se repite en el art. 77 del Código Penal de 1848, art. 77 del Código Penal de 1850, art. 90 del Código Penal de 1870 (en su redacción dada por Ley de 3 de enero de 1908), art. 75 del Código Penal de 1932, art. 71 del Código Penal de 1944 y art. 71 del texto refundido de 1973. El art. 164 del Código Penal de 1928 siguió, como en otros aspectos, un régimen singular.

El tratamiento penológico unitario con el concurso ideal se fundamenta en la ficción de que existe una unidad de acción basada en la unidad de pensamiento y voluntad (SSTS nº 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril y 590/2004, 6 de mayo).

Es cierto, no obstante, que la Jurisprudencia expresó, en ocasiones, reservas acerca del acierto del tratamiento legal y punitivo de esta clase de situaciones concursales, como también lo hizo un sector de la doctrina científica, partiendo de su mayor semejanza con el concurso

real que con el ideal. La STS de 15 de marzo de 1988 consideró que "propiamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal." En este sentido, el TS ha considerado alguna vez el concurso medial como una "rara figura en nuestras leyes", pero de aplicación inexcusable, incluso de oficio (SSTS nº 2/1998, de 29 de julio y 1837/2001, de 19 de octubre).

En el CP de 1995, antes de la reforma de 2015 el concurso medial tenía igualmente un tratamiento penológico equiparado al concurso ideal, estableciendo el art. 77.2 CP que en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En el apartado tercero se disponía que cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

El sistema incorporado al art. 77 CP anterior a la reforma seguía también el de *absorción con agravación*, es decir, se imponía sólo la pena del delito más grave, aunque el marco penal se fijaba en su mitad superior. Por ende, se diferenciaba tanto del sistema de *absorción,* que comporta la aplicación directa de una sola penalidad, como del de *exasperación,* en el que se parte de un marco penal superior al del delito más grave. No obstante, se disponía la punición separada de las infracciones, es decir, la acumulación material, cuando de esta forma resultara una penalidad inferior. El precepto no determinaba si la comparación debía hacerse en abstracto o en concreto, pero la jurisprudencia tradicionalmente se decantó, no sin fluctuaciones, por la comparación en concreto (SSTS nº 745/2005, de 16 de junio y 513/2006, de 5 de mayo), debiendo el Tribunal "precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los arts. 61 y ss" y "determinando el máximo imponible penando separadamente", criterio que ya mantenía la Consulta 6/1978, de 29 de septiembre, *sobre la determinación de la gravedad de las penas a los efectos del párrafo 2 del artículo 71 del Código Penal*.

La justificación era clara: se entendía que cuando se cometen varios delitos con esa relación medial, la reacción penal ha de ser más intensa que si se hubiera cometido un solo delito pero menos intensa que si se hubieran cometido varios sin relación entre sí, supuesto en el que se sigue el sistema de acumulación jurídica de los arts. 75 y 76 CP. Se consideraba procedente refundir las individualidades delictivas concurrentes por aparecer como meras fases de un solo proceso delictivo.

En palabras de la STS nº 123/2003, de 3 de febrero, "parece que el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción". Para la STS nº 504/2003, de 2 de abril, "el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción".

2. Concepto de concurso medial

Las novedades de la reforma operada por LO 1/2015 se ciñen a los efectos penológicos de cada modalidad concursal, no afectando al concepto de uno y otro concurso.

El CP se limita a distinguir dos supuestos: cuando *un solo hecho constituya dos o más delitos* (concurso ideal), y cuando *uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro* (concurso medial).

Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante un concurso medial. Debe partirse de que en el concurso medial no hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente.

La dificultad para determinar la existencia del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión "medio necesario" que exige el presupuesto del concurso. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido aquilatando los supuestos.

Sin perjuicio de una futura Circular que aborde en profundidad las numerosas incógnitas aún no resueltas pacíficamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, a modo de recordatorio, deben tenerse en cuenta las siguientes pautas sobre el concurso medial:

La voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación entre los delitos sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes (SSTS nº 336/2014, de 11 de abril, 504/2003, de 2 de abril).

La STS nº 1632/2002, de 9 de octubre, con cita de otras, afirma que “la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos” aunque “tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea”.

Parece que un criterio seguro para la determinación de la "necesidad" es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental (STS nº 504/2003, de 2 de abril).

En todo caso el requisito de que el primer delito sea un medio necesario para cometer otro no significa que deba ser absolutamente imprescindible para la comisión del segundo.

A efectos de prescripción, debe recordarse que cuando conjuntamente se enjuician varios delitos se aplica a todos el plazo del más grave (STS nº 1016/2005, de 12 de septiembre, con cita de otras) lo que en numerosas sentencias se ha declarado, en concreto, respecto del concurso medial (SSTS nº 627/2009, de 14 de mayo y 1006/2013, de 7 de enero).

3. Casuística

En cuanto a la casuística, pueden citarse como supuestos más frecuentes los siguientes:

En los robos y detenciones ilegales “cuando la privación de libertad deambulatoria de la víctima se ejecuta en el seno de un delito de robo con violencia o intimidación la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art.8 CP) o de delitos, real (art. 73) o medial (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (SSTS nº 1372/2011, de 21 de diciembre; 1424/2005, de 5 de diciembre). Si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento; en caso contrario estaremos en un concurso de delitos (SSTS nº 479/2003, de 31 de marzo; 12/2005, de 20 de enero; 383/2010, de 5 de mayo y 1323/2009, de 30 de diciembre).

Las posibilidades en los robos y detenciones ilegales son, básicamente, tres:

> 1) Se descarta el concurso de delitos en los supuestos de mínima duración temporal, en los que el compromiso de la libertad queda ceñido al tiempo y la ocasión del despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. De esta manera, el robo absorbe (art. 8.3 CP) al posible delito de detención ilegal ya que *per se* afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado (SSTS nº 501/2004 de 14 de abril y 430/2009, de 29 de abril).

2) Habrá concurso medial de delitos cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la ejecución de éste, si la privación de libertad por sí misma en su ejecución y circunstancias (inmovilización, encierro, ataduras etc.) tiene una relevancia tal que rompe la estricta relación de funcionalidad, afectando de manera autónoma al bien jurídico tutelado por el delito de detención ilegal, que, por ello, resultaría desprotegido con la sola aplicación del delito contra la propiedad (vid. en esta línea, STS nº 178/2007, de 7 de marzo, entre muchas).

3) El concurso sería real cuando la privación de libertad tenga lugar después de cometido el robo o se prolongue de manera gratuita, desde el punto de vista de la necesidad de asegurar el fin perseguido por este, para el que, por ello, en el exceso o la prolongación, ya no sería medio (STS nº 273/2003, de 28 de febrero, también entre muchas otras).

Por contra, se descarta el concurso medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo fuese el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, se excluye el concurso medial entre el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento (STS nº 504/2003, de 2 de abril).

El TS ha considerado la relación entre el delito de cohecho y la comisión del delito para el cual se cohecha como de concurso real y no medial (STS nº 504/2003, de 2 de abril, con prevaricación).

Tampoco se aprecia el concurso medial entre homicidio y tenencia ilícita de armas pues “la autonomía de las dos infracciones resulta palmaria” (STS nº1458/2004, de 10 de diciembre).

El robo de armas a un policía y la tenencia ilícita de armas tampoco entraría en concurso medial pues no existe “una conexión de necesidad de carácter objetivo” (STS nº 460/2006, de 26 de abril). Para esta resolución “la figura del concurso medial no resulta fácilmente aplicable a supuestos en los que el pretendido delito fin sea de los llamados de carácter permanente o de efectos permanentes, que algún sector doctrinal han caracterizado como causantes de un estado de consumación permanente, pues en estos casos, aun cuando el inicio del delito pudiera ponerse hipotéticamente en relación de medio a fin con otra infracción, lo cierto es que al mantenerse la consumación por un tiempo relevante esa primera infracción deja de tener la consideración de necesaria”.

Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real (STS nº 590/2004, de 6 de mayo).

En cuanto a las agresiones sexuales y detenciones ilegales “cuando la privación de libertad de la víctima no está completamente desvinculada del ilícito acto (de agresión sexual), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito (de agresión sexual),- aunque no pierda su relación con la actividad atentatoria a la libertad sexual-, la privación de libertad de la víctima alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto perseguido. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el art. 77 CP” (SSTS nº 48/2012, de 1 de febrero, 1024/2011, de 11 de octubre, 1250/2009, de 10 de febrero).

La STS nº 1302/2011, de 29 de noviembre, considera que el allanamiento previo a la violación está en relación instrumental y aprecia concurso medial entre ambos.

El delito de falsedad en documento mercantil, arts. 392 y 390 a diferencia de la falsedad en documento privado, constituye un delito autónomo respecto a la estafa correlativa, en concurso medial (SSTS nº 1016/2010, de 24 de noviembre, 1538/2005 de 27 de diciembre, 1409/2002 de 6 de septiembre, 441/2006, de 5 de abril).

La falsificación del pasaporte y tarjeta de identidad en correspondencia con la tarjeta de crédito también falsificada son medio para cometer la estafa, que no puede absorber tales delitos a diferencia de lo que ocurre con las falsedades en documento privado (SSTS nº 979/2005, de 18 de julio, 1111/2006, de 15 de noviembre y 305/2011, de 12 de abril).

La STS nº 17/2005, de 3 de febrero califica también de instrumental la relación entre las falsificaciones de actas de inspección que un inspector de Hacienda realiza para cometer defraudación a la Hacienda Pública y estafa.

El robo de la droga y el delito contra la salud pública "son del todo independientes y perfectamente diferenciadas entre sí (…) es discutible la configuración, en este caso, de un concurso de delitos, pero que, de llevarse a cabo, sin duda estaríamos ante un concurso medial, o instrumental, del artículo 77 del Código Penal (STS nº 1941/2002, de 22 de noviembre).

El robo con violencia y las lesiones causadas durante su ejecución entran en concurso real y no medial (STS nº 201/2009, de 28 de febrero).

Conforme a la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración* la realización de conductas favorecedoras de la inmigración clandestina por parte del funcionario público puede consistir tanto en conductas desarrolladas en la propia frontera no oponiéndose al pase del inmigrante, como cuando este colabora en la tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada o residencia en España de extranjeros no residentes en territorio nacional. En estos casos, además de realizar la conducta típica de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis apartado 1º, 2º, 3º (en su caso continuado, en relación con el art. 74 CP), se produciría un concurso medial del artículo 77.1 CP con un delito de cohecho previsto y penado en el art. 423.1 CP, y, en su caso con el delito de falsedad del artículo 390 CP.

No debe considerarse aplicable el régimen del concurso medial a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros entre los que sólo surge el efecto procesal de la conexidad previsto en el art. 17 LECrim.

4. El nuevo sistema de determinación de la pena en los concursos mediales

La LO 1/2015 modifica el art. 77.3 y establece la nueva penalidad del concurso medial.

Se establece literalmente que *se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior*.

La redacción finalmente aprobada coincide con la del Anteproyecto de 2012, con la única salvedad de que en éste no se contenía el límite de que la pena impuesta no puede exceder del límite de duración previsto en el art. 76 CP.

5. Filosofía de la reforma

El Preámbulo de la LO 1/2015 nada aclara en relación con la reforma de las reglas de determinación de la pena en los supuestos de concurso medial.

El Anteproyecto de 2012 sí establecía en su Exposición de Motivos una explicación: "se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de (…) concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad (…) se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos".

El Consejo Fiscal, en su informe al Anteproyecto, consideró que "…carece de justificación la idéntica respuesta penal que en la actualidad se otorga al concurso ideal y al medial… El concurso medial en realidad constituye una modalidad de concurso real. Por ello, se estima razonable diferenciar la respuesta penal de ambas figuras".

El Legislador pretende romper con el sistema precedente y deja sin efecto la asimilación del concurso medial al ideal a efectos penológicos. La filosofía que parece subyacer es la de dar al concurso medial un tratamiento más severo que el establecido para el concurso ideal pero no tan riguroso como el del concurso real.

Es claro, pues, que habrá de superarse la costumbre arraigada en la *praxis* y justificada por la identidad de tratamiento penológico, de denominar indistintamente concurso ideal tanto a los supuestos en los que un solo hecho constituya dos o más infracciones como a los supuestos en los que una infracción sea medio necesario para cometer otra. En la conclusión segunda del escrito de calificación, los Sres. Fiscales deberán determinar con toda precisión si el concurso es ideal y consiguientemente, se aplica la regla establecida en el art. 77.2 CP o si por el contrario es medial y entra en juego la regla prevista en el art. 77.3 CP.

6. Interpretación de la nueva regla de determinación de la pena en el concurso medial

El Legislador de 2015 opta por diseñar un sistema para determinar la pena aplicable al concurso medial que pivota en torno a una pena híbrida que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la prevista para el delito más grave, umbral que habrá de ser excedido en la concreción final) y un máximo (la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado, límite que no podrá ser sobrepasado). Una vez establecido el mínimo y el máximo, este marco cuantitativo constituirá una nueva pena, a la que habrán de aplicarse los criterios del art. 66, como mecanismo final de individualización a fin de abarcar el desvalor total del complejo concursal.

Debe ahora determinarse -es este, sin duda, el *punctus pruriens* de toda la regulación- a qué se refiere el nuevo art. 77.3 CP cuando establece que *se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave.*

Es cierto que cabría entender que con "una pena superior" se alude a la pena superior en grado, esto es, a una elevación por encima del marco legal de la pena correspondiente a la infracción más grave, combinando así el criterio de absorción de las penas en la correspondiente a la infracción más grave, con el de exasperación, que impone la subida de grado, operando en todo caso, el límite que pueda representar, conforme al criterio de acumulación, la suma de las penas individuales por separado.

Esta interpretación se compadece con la *voluntas legislatoris* de intensificar la respuesta penal del concurso medial por su proximidad con el concurso real.

Sin embargo, conforme a una interpretación sistemática, cuando el Legislador quiere tal efecto, utiliza una referencia totalmente consolidada: la pena superior en grado (vid. arts. 66.4, 66.5, 74, 164, 177 bis, 281, 302, 327, 345, 370, 371, entre otros). En este sentido el art. 70 CP expresamente y con carácter general dispone cómo operar para determinar *la pena superior e inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito*. Cuando el Código Penal faculta u obliga a aplicar una pena *partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía,* indefectiblemente utiliza la expresión "pena superior en grado".

Por contra, el art. 77.3 no remite a la pena superior en grado, sino a "una pena superior a la que habría correspondido". No parece que conforme al principio *odiosa sunt restringenda* quepa optar por esa exégesis *contra reo.* Las 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.

El informe del CGPJ al Anteproyecto de 2012 expresamente advirtió de que "si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario

estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones".

En el mismo sentido, el informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de 2012, advirtió que "el concurso ideal podría resultar sancionado con una pena superior, pues para aplicar la regla del apartado 3 bastaría con elevar un mínimo la pena concreta aplicable, en ese caso, para la infracción más grave", considerando que "si el objetivo del Anteproyecto en este punto fuese, como parece también deducirse del apartado IV de la exposición de motivos, "evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad", el apartado 3 del artículo 77 debería prever la imposición de la pena "superior en grado" a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no simplemente "una pena superior"".

El hecho de que, pese a la doble advertencia, no se siguieran tales recomendaciones refuerza la tesis de que -más allá de la inicial voluntad del Prelegislador- no se ha querido establecer tal regla penológica. Si lo que se pretendía era establecer un tratamiento más severo para los casos de pluralidad delictiva debía haber seguido las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado.

7. Operaciones para concretar la pena en el concurso medial

La primera operación es la de seleccionar la infracción más grave, que será aquella que lleve aparejada una pena más grave, conforme al art. 33 CP. En el caso de que todas las penas sean de igual gravedad, cabe optar por cualquiera de ellas. Para determinar cuál de los delitos es "la infracción más grave", habrá de tenerse en cuenta el grado de ejecución y la participación (arts. 62 y 63 CP), en cuanto constituyen -según cualificada doctrina- formas de tipicidad autónomas que el Código Penal incorpora a su Parte General por razones sistemáticas, así como las eximentes incompletas (art. 68 CP), y el error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), en cuanto constituyen institutos con eficacia limitadora del marco penal aplicable al delito.

Dentro de este marco, la tarea de concreción de la pena se completará mediante la aplicación de todas las reglas del art. 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común. En todo este trabajo de individualización de la pena se atenderá exclusivamente a las circunstancias concurrentes en el delito más grave, sin entrar a valorar, de momento, las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañaron a la comisión del otro delito en concurso.

La pena resultante para la infracción más grave, en su concreta expresión, es la que va a delimitar el umbral de esa pena única que el precepto analizado destina a abarcar el completo desvalor de los delitos concurrentes.

Definido el umbral de la sanción aplicable al conjunto de las infracciones, el techo o límite superior vendrá dado por la adición de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente, tras haberse apreciado en cada uno de ellos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables.

Determinados ya techo y suelo, el siguiente paso previsto en la norma es la individualización final de la pena "dentro de estos límites" y "conforme a los criterios expresados en el artículo 66" según su tenor literal. El mandato de operar dentro de los límites les confiere un carácter infranqueable, lo que permite afinar el sentido que ha de otorgarse al segundo inciso, que no alude a las "reglas" del artículo 66, sino a sus criterios o fórmulas de moderación equitativa. En esta 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, aunque sin posibilidad de traspasar, sea por elevación, sea por degradación, los límites definidos por la previa aplicación de las reglas de los arts. 61 a 72 CP a las infracciones en concurso.

La concreta pena final imponible al concurso medial habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a cada uno de los delitos concurrentes. 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 art. 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 art. 66.1.6ª (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.

Siempre habrá de operarse con tres límites: 1) la pena final habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave; 2) la pena final no podrá superar *la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos* y 3) la pena final *no podrá exceder del límite de duración previsto* en el art. 76.

Cuando las penas imponibles por los delitos que integren el concurso medial sean penas heterogéneas (un delito sancionado con prisión y el otro con multa) el tope mínimo se cifrará en la pena concreta que correspondería al delito sancionado con prisión y el tope máximo se integraría por las penas concretas que corresponderían al delito sancionado con prisión y al delito sancionado con multa.

Un ejemplo puede ilustrar las operaciones a realizar: si se trata de una acusación por robo con intimidación (art. 242 CP, pena de dos a cinco años) en el que concurre la atenuante de reparación del daño, en concurso medial con una detención ilegal (art. 163 CP, pena de cuatro a seis años), en la que concurre la agravante de reincidencia, ambos delitos consumados y en concepto de autor, las operaciones a realizar serían las siguientes:

Determinación de la pena imponible al delito más grave: sería el de detención ilegal en el que concurre reincidencia: se impondría la mitad superior, y por tanto, la pena de cinco años y un día, por ejemplo.

Determinación de la pena imponible al delito menos grave: robo con intimidación concurriendo una atenuante: se impondría, por ejemplo, (partiendo de que en el caso concreto no concurre ningún factor que justifique una mayor punición) el mínimo de la mitad inferior: pena de dos años de prisión.

Determinación del tope máximo imponible: suma de las penas concretas imponibles a los delitos concurrentes: siete años y un día de prisión.

Por tanto, dentro de la horquilla que va desde los cinco años y un día (umbral que ha de ser excedido) a los siete años y un día de prisión (límite que no podrá ser sobrepasado), habrá de concretarse la pena finalmente individualizada. Dentro de este marco abstracto y para llevar a cabo la individualización final habrían de aplicarse los criterios del art. 66.1.6º CP, teniendo en cuenta la gravedad de ambos hechos y las circunstancias del autor y, consecuentemente, podría aplicarse, por ejemplo, la pena de cinco años y seis meses de prisión.

Pese a lo que parece ser la *voluntas legislatoris,* es lo cierto que con este nuevo sistema en ocasiones los hechos pueden ser sancionados con una pena inferior a la que correspondería conforme a la regla penológica prevista para el concurso ideal. Los Sres. 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.

En realidad, el nuevo sistema vendría a otorgar mayores márgenes de discrecionalidad al Juzgador a la hora de concretar la pena imponible en supuestos de concurso medial, pero siempre con dos límites: la pena resultante nunca puede ser igual o inferior a la pena concreta imponible por el delito más grave (lo que viene impuesto por la naturaleza de las cosas pues en otro caso, el concurso medial podría penarse con pena inferior a la que correspondería si sólo se hubiera cometido un delito) y nunca puede ser superior a la que se impondría castigando los hechos por separado (lo que igualmente viene impuesto por el propio reconocimiento del concurso medial como supuesto singular y privilegiado respecto del concurso real).

Tratando de sintetizar, 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.

Los Sres. Fiscales en todo caso se atendrán a la interpretación propuesta, como más beneficiosa para el reo en tanto no se consolide una línea jurisprudencial opuesta.

8. La necesidad de motivar la pena interesada

El deber de motivar las sentencias se concreta "en la necesidad de razonar la cuantía concreta de la sanción o sanciones que se imponen" (STS nº 850/2003, de 11 de junio). El derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura (STS nº 455/2002, de 13 de marzo). La fijación de la pena debe ser considerada como uno de los elementos más relevantes y como tal, debe estar soportada por la oportuna motivación -motivación reforzada-. Hoy puede afirmarse que el proceso penal más que un medio de control social, debe ser considerado como esquema racional para justificar la pena, y por ello el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (STS nº 171/2009, de 24 de febrero).

El TS exige que el juzgador justifique la opción elegida entre las dos previstas en el art. 77 CP anterior a la reforma, es decir, la punición conjunta o separada, debiendo efectuar las operaciones pertinentes por ambos procedimientos, porque de no hacerlo, esa omisión es motivo de casación. En otro caso se apreciaba omisión del deber de motivar un aspecto nuclear de la decisión, cual es la pena impuesta, omisión aún más grave cuando ésta sea privativa de libertad (vid. SSTS nº 171/2009, de 24 de febrero, 878/2009, de 7 de septiembre y 580/2010, de 16 de junio).

Esta pauta seguirá siendo aplicable *mutatis mutandis* al nuevo sistema. Aunque ya no hay propiamente una opción entre la pena del delito más grave en su mitad superior y las penas de los delitos por separado, toda vez que el arbitrio judicial es mayor, la necesidad de motivar la pena impuesta se incrementa.

Deberán también los Sres. Fiscales, por vía de informe, explicar y justificar el *quantum* de pena propuesto. Como quiera que el escrito de acusación por su propia estructura no es apto para proporcionar tales explicaciones, habrán de contenerse en el extracto, para que a través del informe oral pueda exponerse al órgano sentenciador el fundamento de la pena elegida (arts. 734 y 788.3 LECrim).

No está de más recordar aquí las consideraciones que en relación con el extracto y el visado se contenían en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*: "el visado, además de su función básica como mecanismo para salvaguardar la unidad de actuación del Ministerio Público, ha de servir de control de calidad para garantizar al Fiscal que acude a juicio un extracto suficiente, claro y coherente con el escrito de calificación. Por tanto, el Fiscal encargado del visado de las calificaciones habrá de comprobar que los extractos cumplen tales requisitos". Los Sres. Fiscales encargados del visado habrán de comprobar especialmente que en el extracto se explique y justifique la pena impuesta al amparo del art. 77.3 CP.

9. Cuestiones de Derecho Transitorio

El nuevo régimen transitorio del concurso medial en muchos casos no va a imponer por sí la revisión de causas resueltas por sentencia firme, pues la pena que se hubiera impuesto ordinariamente sería imponible con la nueva regulación. No obstante, no cabe acuñar reglas generales y habrán de hacerse los cálculos para cada supuesto concreto.

En las causas en tramitación habrá de analizarse en cada caso si, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, es más beneficioso el nuevo régimen.

En todo caso, debe partirse de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, por lo que *para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que*

correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma. Ello implica el que para aplicar el art. 77 redactado conforme a la LO 1/2015, deberá igualmente aplicarse la pena correspondiente a los nuevos tipos penales. En definitiva, lo que no procederá es aplicar el nuevo art. 77 CP manteniendo la calificación y las penas sin tener en cuenta las novedades introducidas por la LO 1/2015.

10. Cláusula de vigencia

La presente Circular no afecta a la vigencia de Circulares anteriores.

11. Conclusiones

1º En relación con el concurso medial, las novedades de la reforma operada por LO 1/2015 se ciñen a sus efectos penológicos, no quedando afectado su concepto. Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante esta modalidad de concurso.

2º En la conclusión segunda del escrito de calificación los Sres. Fiscales deberán determinar con toda precisión si el concurso es ideal y consiguientemente se aplica la regla establecida en el art. 77.2 CP o si por el contrario es medial y entra en juego la regla prevista en el art. 77.3 CP.

3º El art. 77.3 CP no remite a la pena superior en grado, sino a "una pena superior a la que habría correspondido". Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso.

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

5º En la operación de individualización final no se han de aplicar las reglas del art. 66 CP, cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis.

6º Nunca podrá imponerse una pena igual o inferior a la pena mínima imponible al delito más grave.

7º Deberán los Sres. Fiscales, por vía de informe, explicar y justificar la pena interesada y las operaciones efectuadas para su cálculo. Como quiera que el escrito de acusación por su propia estructura no es apto para proporcionar tal explicación, la misma habrá de contenerse en el extracto, para a través del informe oral exponer al órgano sentenciador el fundamento de la opción elegida (arts. 734 y 788.3 LECrim).

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regla establecida para el concurso medial, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 13 de julio de 2015.- La Fiscal General del Estado, Consuelo Madrigal Martínez-Pereda.