

Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso «real».

Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015

Sumario

El ámbito de la concurrencia delictiva presenta numerosos problemas de difícil solución que, en gran medida, se replican en los distintos ordenamientos de nuestro entorno jurídico. La relevancia que pueda tener el resultado material en la determinación del tipo de concurso es, no obstante, una discusión que se da, con particular intensidad, en el contexto español. En ese sentido, el Tribunal Supremo español ha decidido que cuando mediante una conducta se produzcan múltiples resultados lesivos contra la vida o la integridad física se aplicarán las reglas del concurso real, adhiriéndose así a una posición que ya era sostenida por un importante sector de la doctrina. Aquí, luego de relevar esas posiciones y analizar críticamente cada uno de los argumentos que las sostienen, se mantendrá una visión opuesta: de lege lata es una decisión forzada que genera más problemas que soluciones y de lege ferenda es innecesaria.

Abstract

The field of multiple offence entails an array of complex challenges that, to a large extent, are mirrored in the diverse legal frameworks of civil law systems. However, the debate on the significance of the material result in determining the type of concurrence takes place with particular intensity in the Spanish legal context. In this regard, the Spanish Supreme Court has concluded that when a conduct leads to multiple harmful results against life or physical integrity, the rules of «real» crime concurrence will be applicable, thus adhering to a previously important position in the literature. After reviewing these views and critically analyzing each of the arguments that support them, the contrary perspective will be upheld: the lege lata is a forced decision that generates more problems than solutions, and the lege ferenda is unnecessary.

Zusammenfassung

Die Deliktstkonkurrenz wirft zahlreiche schwer zu lösende Probleme auf, die in großem Maße auch in anderen Rechtsordnungen vorzufinden sind. Die Frage nach der Bedeutung des materiellen Erfolgs bei der Bestimmung der einschlägigen Konkurrenzart hat aber insbesondere im spanischen Fall eine besonders intensive Diskussion hervorgerufen. Diesbezüglich hat der spanische Oberste Gerichtshof (Tribunal Supremo) entschieden, in den Fällen, bei denen ein und dasselbe Verhalten mehrere Schadenserfolge gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit bedingt, seien die Regeln der Tatmehrheit (Realkonkurrenz) anwendbar, womit es sich für eine schon vor dieser Entscheidung von einem wichtigen Teil der Lehre vertretenen Position ausspricht. Hier soll nach Untersuchung dieser Positionen und kritischer Analyse der hierfür vorgebrachten Argumente eine gegenläufige Meinung vertreten werden: de lege lata handelt es sich um eine forcierte Lösung, die mehr Probleme aufwirft, als sie löst; de lege ferenda ist sie überflüssig.

Title: *Single act and multiple harmful result as a «real» crime concurrence. Critical remarks on the arguments of the 2015 Spanish Supreme Court Plenary Agreement.*

Titel: *Verhaltenseinheit und mehrere Erfolge als Tatmehrheit (Realkonkurrenz). Kritische Bemerkungen zur Begründung des Plenumbeschlusses des spanischen Obersten Gerichtshofes von 2015.*

-

Palabras clave: concurso ideal homogéneo, concurso real, resultado material, proporcionalidad del castigo, determinación de la pena.

Keywords: *homogeneous ideal crime concurrence, real crime concurrence, material result, proportionality of punishment, determination of the penalty.*

Stichwörter: *gleichartige Tateinheit, Tatmehrheit, materieller Erfolg, Verhältnismäßigkeit der Strafe, Strafzumessung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.12

-

3.2023

Recepción
13/01/2023

-

Aceptación
08/03/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. El punto de partida

2.1. La opción por una solución plural

2.2. El «hecho» como elemento distintivo

2.3. La acción y/o el resultado como componentes del hecho

3. Los fundamentos de la decisión

3.1. El argumento literal

3.2. El argumento relativo al resultado material

3.3. El argumento de la proporcionalidad

4. Aproximación crítica

4.1. Sobre el argumento literal


4.2. Sobre el argumento del resultado material

4.3. Sobre el argumento de la proporcionalidad

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No
Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

El Código penal español regula el concurso de delitos con un sistema de solución plural o diferenciadora, en el que la infracción múltiple –común a todo concurso de delitos– cometida mediante un hecho es menos lesiva que aquella que se hace mediante una pluralidad de ellos. Sin embargo, el 20/01/15, la Sala II del Tribunal Supremo español dictó un Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional (en adelante: «el Acuerdo») para unificar la jurisprudencia dispar que venía teniendo esa Sala 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)¹. 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 art. 77.2 CP². En este sentido, el TS dota 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 legislador³.

Un año después, el TS vuelve a adoptar un criterio semejante en relación con los delitos de trata de seres humanos. El Acuerdo de 31/05/2016, en este caso, dice que el delito previsto en el art. 177 bis CP «obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real». Este segundo Acuerdo fue refrendado en la STS 538/2016, Penal, de 17 de junio (ECLI:TS:2016:2776), aplicando las reglas del concurso real en un supuesto de trata de seres humanos contra dos mujeres, en concurso medial con el delito de prostitución coactiva. El argumento para entenderlo de esa manera es que el delito de trata de seres humanos tiene un sujeto pasivo individual, y no plural, cuyo bien jurídico protegido es la dignidad humana que protege a la persona individualmente en tanto bien jurídico personalísimo. Todo ello haría comprender el suceso como dos delitos y no uno, en tanto «la consideración exclusivamente personal de la dignidad como bien jurídico protegido por la norma, no toleraría fácilmente

* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación DER2017-86139-P «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva», financiado por el Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España. Agradezco especialmente a la Profa. Laura Pozuelo Pérez y al Prof. Leopoldo Puente Rodríguez las observaciones y comentarios sobre el texto, como así también las sugerencias de los/las evaluadores/as anónimos/as, cuyos diferentes aportes me han permitido mejorarlo sustancialmente.

¹ En profundidad sobre esa evolución, *vid.* ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 207 ss.; SANZ MORÁN, «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 870 ss.

² Textualmente dice el Acuerdo: «[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 única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. 382 del CP)».

³ CUERDA RIEZU, «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in ídem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, p. 170. Ello ha llevado a MALDONADO FUENTES, «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», *Revista de Ciencias Penales*, (48-1), 2022, p. 40 (nota 85), a indicar que es «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 (teniendo en cuenta que en ambos casos el desvalor de los correspondientes homicidios es equivalente), pues precisamente la diferencia en el tratamiento que ofrece el legislador la aporta la unidad de hecho, y no el contenido disvalioso de las infracciones concurrentes (que, reitero, es efectivamente idéntico)».

sancionar como un solo delito conductas tan reprochables como, por ejemplo, un transporte de un alto número de menores con finalidad de ser dedicada a la trata de seres humanos»⁴.

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 concurso de delito cometidos con una única acción al régimen de la acumulación jurídica, tantas veces criticado⁵, generando distorsiones en términos de proporcionalidad que resultan, muchas veces, insoportables⁶. Esta decisión, sin embargo, no puede tildarse de aislada en cuanto a sus fundamentos, en tanto se encuentra en consonancia con algunas posiciones doctrinales muy calificadas que la sustentan en mayor o menor medida. En lo que sigue trataremos de dar cuenta de ellas (3.), asumiendo una postura crítica sobre sus postulados y consecuencias (4.) para luego finalizar con unas consideraciones a modo de conclusión (5.). Antes que todo ello, debemos dar cuenta de ciertas consideraciones de *lege lata* que limitan el ámbito de discusión (2.).

2. El punto de partida

2.1. La opción por una solución plural

Tanto la opción por una solución plural como por una solución unitaria –vinculadas respectivamente con los denominados «principio de la diferenciación» y «principio de la pena unitaria»–⁷, vienen a posicionarse como las dos grandes modalidades de afrontar legislativamente el tema de la concurrencia delictiva. Mientras que esta última equipara en sus consecuencias jurídicas toda hipótesis de concurso, aquella parte de la base de establecer una distinción entre ellas. Como 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 prescindir de las diferencias a efectos de sanción 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 para las situaciones de pluralidad delictiva.

La teoría de la concurrencia delictiva tiene gran parte de su esencia en la distinción asumida por el legislador entre concurso ideal y concurso real⁸. En tanto y en cuanto la teoría tiene que estar

⁴ FJ. 7º. Nótese la confusión en la que incurre el Tribunal al mencionar como quid de la cuestión lo relativo a la existencia de «dos delitos» y no de «un delito», como criterio distintivo para la aplicación de la regla del concurso real por sobre la del concurso ideal, cuando la pluralidad de delitos es una circunstancia que afecta por igual a ambas modalidades concursales, y la diferencia viene dada por la pluralidad o no de hechos mediante los cuales se llevan a cabo esos delitos. Sin embargo, en ningún momento de la sentencia se aprecia un análisis relativo a explicar por qué esta situación se puede entender como de una pluralidad de hechos en los términos de la relación entre los arts. 73 CP y 77 CP.

⁵ Vid. por todos, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 25 ss.; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, 1992, pp. 36 ss.

⁶ 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, Penal, del 1 de febrero [ECLI:TS:2019:269]).

⁷ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*, t. II, 2014 (2003), p. 942; MAÑALICH, «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, pp. 1036 s.

⁸ Aquí no se tomará posición alguna sobre la pertinencia de la solución plural por sobre la solución unitaria, en la medida que forma parte de otro debate que excedería enormemente el espacio disponible en este artículo. Los comentarios que aquí se plasman están estrictamente vinculados a una interpretación de *lege lata* que se hace,

orientada a ofrecer soluciones de relevancia práctica, sin esta distinción, como ocurre en otras legislaciones⁹, 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.

Es por ello por lo que la mayoría de las codificaciones que optan por la solución unitaria tienden a escoger el principio de exasperación con alguna excepción de absorción con agravación¹⁰ o acumulación jurídica¹¹, mientras que aquellas otras que se basan en sistemas plurales, lo hacen con el principio de absorción y el de acumulación para el concurso ideal y el real, respectivamente, también con excepciones, tanto al alza¹² como a la baja¹³. 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. En todo caso, es importante señalar que no hay ningún sistema que sea infalible para cubrir la inmensa variedad de situaciones que pueden enfrentar los tribunales. Es por ello que el recurso al caso excepcional, frecuentemente utilizado en el debate académico, debe tener un peso relativo en la discusión al respecto.

La legislación española tiene un largo recorrido histórico adoptando el sistema de solución diferenciada¹⁴ para las dos principales modalidades de concurrencia¹⁵, 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

asumiendo lo inevitable de la diferenciación establecida por el legislador. Asimismo, no se tendrán en cuenta los supuestos de concurso medial –art. 77.2 CP–, en tanto y en cuanto no forman parte del quid de lo resuelto en el Acuerdo. Para ahondar en ese debate, *vid.* CANTARD, «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, 2023* (en prensa).

⁹ Para más detalles sobre legislación comparada, *vid.* MERKEL, P., «Konkurrenz», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, t. V, 1908, pp. 326 ss.; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 71 ss.; SANZ MORÁN, «El concurso de delitos: aspectos de política legislativa», *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, (2), 1986, pp. 55 ss.; sobre el derecho alemán, recientemente, EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, 2020, pp. 28 ss.; sobre el derecho anglosajón, DÜRR, *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law. Zugleich eine anhandlung über die unechte idealkonkurrenz im Völkerstrafrecht*, 2019, pp. 51 ss.

¹⁰ Así, por ejemplo, el §28 StGB austríaco.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 77.2 CP portugués.

¹² *Vid.*, por ejemplo, los artículos 73 ss. CP italiano o el artículo 69 CP brasileño.

¹³ Por ejemplo, §53 y §54 StGB alemán.

¹⁴ A favor de la solución plural, entre otros, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 256 ss.; CUERDA RIEZU, «El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto del Código penal de 1990», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1991, p. 850; CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, p. 175; CANTARD, en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, 2023* (en prensa). En contra, propician una solución unitaria, con matices entre ellos, VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 42; MORILLAS CUEVA, «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en Díez RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, pp. 484 s.; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, «Artículo 73», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, pp. 570 s.; ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 360; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, v. II, 2ª ed., 2009, pp. 649 s.

¹⁵ Sobre los antecedentes legislativos, por todos, *vid.* SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, pp. 173 ss.

leyes en la reforma del año 1944 y la regulación del delito continuado y el delito masa a partir de 1983¹⁶. Luego de ello, con la entrada en vigor del CP de 1995 solo se dieron cambios en la ubicación dentro del Código, pero sin modificaciones sustanciales en su regulación. Así, lo más llamativo fue el traslado del concurso de leyes desde capítulo referido a las reglas de aplicación de las penas, donde se encontraba junto a las hipótesis de concurso de delitos, al actual art. 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 leyes¹⁷. El delito continuado y el delito masa, que tenían una consecuencia próxima, pasaron a tener una diferencia notoria entre ellos, al reducirse la sanción para el delito continuado y aumentar la del delito masa¹⁸.

Una modificación importante, en términos aclarativos, tuvo que ver con la sustitución de la palabra «delitos» por la de «infracciones» que contenía el supuesto de hecho del concurso ideal/medial en el anterior art. 71 CP. Ello daba lugar a una interpretación desproporcionada cuando se cometían una pluralidad de faltas, ya sea entre sí, ya sea junto a otros delitos, en la medida que, por no tratarse de «delitos», no quedaban sometidas a las reglas propias del concurso ideal sino al principio de acumulación del concurso real¹⁹. Con la nueva definición ese problema fue definitivamente resuelto.

Sin embargo, en mi opinión, el cambio más trascendente en esta temática se dio con la incorporación del art. 78 CP, que estableció una especie de excepción (mala) a la excepción (buena). El art. 76 CP viene a configurar el límite a la acumulación prevista por regla en el art. 73 CP, y, en ese sentido, es una excepción positiva, aunque imperfecta. Sin embargo, el art. 78 CP establece que, en tanto la aplicación de los límites del art. 76 CP deje la pena por debajo de la mitad de las que hubieran correspondido sumadas aritméticamente, el Juez puede hacer caso omiso a esas limitaciones en la etapa de ejecución de la pena para la concesión de beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, teniendo en cuenta –en cambio– en estos casos 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 pena²⁰, lo cual no deja de ser un manifiesto retroceso²¹.

¹⁶ Ley Orgánica 8/1983.

¹⁷ El anterior artículo 68 CP decía: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos», lo cual podía ser entendido como una regla exclusivamente de alternatividad (vid. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1986, pp. 496 s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 17ª ed., 1994, pp. 201 ss.), aunque también veían en él una referencia a la subsidiariedad expresa. No obstante, la jurisprudencia ya venía aceptando la aplicación de los demás principios, incluso con preferencia respecto del de alternatividad (vid. SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 194).

¹⁸ La Ley Orgánica 8/1983 preveía para el delito continuado la imposición de la pena más grave, pudiendo exasperarse hasta el grado medio de la pena superior, y, para el delito masa, la exasperación obligatoria en un grado. El Código Penal de 1995, redujo la sanción para el delito continuado al imponer una absorción agravada, e incrementó la sanción al delito masa permitiendo la exasperación hasta en dos grados.

¹⁹ Vid. CUERDA RIEZU, «El rotundo fracaso legislativo del llamado “cumplimiento efectivo” de las penas y otros aspectos del concurso de delitos», *Diario La Ley*, (1), 1997, pp. 2 s.; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, 1992, pp. 185 ss.

²⁰ Sobre la discusión en relación con la naturaleza de la norma, si se trata de un problema de determinación de la pena o más bien de un problema de ejecución de ésta, vid. SANZ MORÁN, «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en CEREZO MIR *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, p. 517.

²¹ Le quita relevancia práctica, pese a ser muy crítico con ella, CUERDA RIEZU, *Diario La Ley*, (1), 1997, pp. 5 ss., afirmando que «es una norma vigente pero inaplicable, porque parte de un supuesto de hecho que nunca se puede realizar. Es una norma absurda a la que no cabe dotar de un contenido razonable». Con posterioridad a lo sostenido por este autor, las modificaciones introducidas al art. 78 CP (Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio; 5/2010, de

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 facultativa²², y se incrementaron los montos límites a la acumulación en casos de concurso real, pasando el límite absoluto de 30 a 40 años²³. Por último, en la reforma del año 2015²⁴ se separa, en cuanto a las consecuencias jurídicas, al concurso medial respecto del concurso ideal²⁵, estableciendo en el primer supuesto un incremento en la pena más grave que hubiera correspondido, pudiendo exasperarse por encima del máximo legal sin sobrepasar la que hipotéticamente correspondería bajo el principio de acumulación. En los dos casos, tanto de delito continuado como de concurso medial, la modificación pretendía establecer una desvaloración más intensa en estos casos que aquella que corresponde al concurso ideal, sin embargo, paradójicamente, la deficiente técnica legislativa puede llevar a consecuencias inversas a las pretendidas. En la medida que la exasperación es facultativa en ambos supuestos, el incremento que debe darse a la pena que hubiera correspondido puede quedar por debajo del máximo previsto para esa infracción²⁶, cuando el concurso ideal puede llegar a imponerse también en ese máximo.

2.2. El «hecho» como elemento distintivo

Como hemos adelantado, una vez que sabemos que la consecuencia jurídica en uno y otro caso debe ser diferente, hay que buscar cuáles son 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 estamos ante un concurso ideal y cuándo ante un concurso real es la distinción entre unidad y pluralidad de hechos. Esto es, si la pluralidad de infracciones penales se produce mediante un solo hecho estaremos ante un concurso ideal y, en cambio, si esa pluralidad de infracciones se lleva a cabo mediante dos o más hechos, será de aplicación la regla penológica establecida para el concurso real. Sin embargo, el criterio para «contar» los hechos no viene determinado por el legislador y muchas veces ni siquiera está claro qué es aquello que hay que individualizar, si hechos o acciones²⁷. En efecto, en la literatura se

22 de junio; y 1/2015, de 30 de marzo) y las interpretaciones jurisprudenciales que se fueron sucediendo (fundamentalmente la STS 197/2006, Penal, de 28 de febrero [ECLI:TS:2006:753]), han terminado por confirmar la relevancia práctica de esta disposición, y la profundización del retroceso (vid. MOLINA FERNÁNDEZ, «Reglas de determinación de la pena», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019, 2020*, nn.mm. 5572 y ss.); MORILLAS CUEVA, en DIEZ RIPOLLÉS (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, pp. 473 s.

²² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

²³ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

²⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

²⁵ Situación que no había sido modificada en el Código Penal de 1995 y cuya asimilación era considerada impropia (vid. SANZ MORÁN, en CERESO MIR *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal*, 1999, p. 515.

²⁶ Esto ya era advertido, respecto del viejo art. 69 bis CP relativo al delito continuado, por CUERDA RIEZU, *Diario La Ley*, (1), 1997, p. 3. Esta situación obligó a que la Fiscalía General del Estado dictara la Circular 4/2015 en la que se recomienda a los Fiscales que, al aplicar la regla penológica del nuevo art. 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.

²⁷ En este sentido, MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, 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. PEÑARANDA RAMOS, «¿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 *et al.* (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*, 2022, pp. 817 ss.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 77

puede observar cómo se utilizan indistintamente ambas denominaciones²⁸, y se puede encontrar quienes prefieren hablar de hecho(s)²⁹ y quienes utilizan el concepto de unidad de acción o de pluralidad de acciones³⁰. Esas mismas vacilaciones pueden observarse en las distintas legislaciones³¹.

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"»³², y que «en el ámbito del derecho penal existe la imperiosa necesidad de *contar* acciones»³³. Es por ello por lo que 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 arbitrariedades³⁴.

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. De esta interpretación se hizo eco el TS, aunque, al dictar el Acuerdo, lo hizo de forma poco clara.

ss.; VAN WEEZEL, «Unidad de hecho concursal», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, 2021, pp. 301-326, *passim*.

²⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, «Concurso de leyes y de delitos», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019*, 2020, nn.mm. 3250 ss.; EL MISMO, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019*, 2020, nn.mm. 5560 ss.; Así también, inicialmente, NINO, *El concurso en el Derecho penal: criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta*, 1972, pp. 30 ss. Sin embargo, con posterioridad, creyó necesario hacer una distinción entre ellas (*vid.* NINO, «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios "Guersi" y "Pitchon"», en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, pp. 242 s.). FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 2011, p. 665.

²⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 766; si bien MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, 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.* MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 668).

³⁰ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, pp. 943 ss., directamente titula «unidad de acción y pluralidad de acciones» el apartado correspondiente.

³¹ Sobre ello volveré más adelante, *vid. infra* 4.1. 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 párrafos §52 y §53 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, «"Tat", "Straftat", "Handlung" und die Strafrechtsreform», *Monatsschrift für deutsches Recht*, (1), 1975, pp. 19 ss.

³² NINO, en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, p. 231.

³³ NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, p. 45.

³⁴ Con razón expresaba GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, 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».

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»³⁵, 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. Sobre ello volveremos más adelante.

2.3. La acción y/o el resultado como componentes del hecho

Mucho se ha discutido sobre la relevancia que puede tener el resultado en la determinación de la pena, ya sea como componente esencial del ilícito³⁶, ya sea como factor que incide en una mayor necesidad preventiva de pena³⁷, o bien negándole toda relevancia dentro del sistema de imputación³⁸, 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 aquél en la configuración cuantitativa de éste.

Tradicionalmente, la doctrina dominante ha considerado que lo que caracteriza al hecho como unidad o pluralidad en materia de concursos está determinado por las conductas y no por los resultados que éstas causen³⁹. 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, respectivamente⁴⁰. En este sentido, los criterios para determinar cuándo hay una acción o varias, estuvieron marcados por distintas aproximaciones que podríamos concentrar en tres⁴¹: la unidad típica de acción; la unidad natural de acción y la relación de continuidad que caracteriza al delito continuado.

³⁵ Y son numerosas las sentencias en las que el TS identifica la unidad de hecho con la unidad de acción; así, por ejemplo, *vid.* STS 49/2019, Penal, de 4 de febrero (ECLI:TS:2019:269); con más referencias en la STS 520/2017, Penal, de 6 de julio (ECLI:TS:2017:2751).

³⁶ STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, 2ª ed., 2006, *passim*.

³⁷ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 675; Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bisadolo*, 2022, pp. 924 ss.

³⁸ Para un análisis detallado de las distintas posturas dentro del subjetivismo, *vid.* SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2004, pp. 27 ss.

³⁹ MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 404 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, t. II, 7ª ed., 1995, pp. 528 s., 565; Con más referencias, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, pp. 764 s.; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2009, pp. 576 ss; WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *Juristische Schulung*, (3), 1964, p. 82. De otra opinión, SCHMIDT, «Straf- und Strafprozeßrecht. Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950», *Juristen Zeitung*, (6-1), 1951, pp. 20 ss.

⁴⁰ Dicen JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, 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»; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 46.

⁴¹ Aunque es común observar que se haga referencia a la «unidad de acción en sentido natural» junto a las tres mencionadas en el texto, aquí se la deja de lado porque puede generar confusiones con la «unidad natural de acción» que abarca situaciones distintas, además de tratarse de un supuesto obvio de unidad de acción que no

No puedo aquí considerar cada una de estas variantes con las particularidades que presentan, por lo que me limitaré a reseñarlas brevemente. En primer lugar, la unidad típica de acción⁴² viene a decir que existen 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 alternativos, delitos mutilados de dos o más actos o delitos permanentes, cuyas múltiples acciones en sentido natural no obstan a que sean considerados como *un* hecho delictivo.

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 hecho⁴³ y no con la descripción típica, pueden entenderse vinculadas a una misma desvaloración social. Estos supuestos de unidad se dan, fundamentalmente, en dos grupos de casos, en la realización iterativa y en la realización sucesiva del tipo. En el primero el autor realiza 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 una acción de lesiones o de injurias, pese a que naturalmente pueden observarse una multiplicidad de ellas. El supuesto de la realización sucesiva es menos claro que el anterior. Se trata de aquellos casos en que el autor realiza 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 hecho.

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 continuado, 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 presentan⁴⁴, se interpretan como integrantes de un hecho mayor y abarcativo de ellas.

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 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 una multiplicidad. Por esta razón, creo que toda esa

presenta mayores dificultades y coincide, en este sentido, con el concepto general de acción de la teoría del delito, *vid.* ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 945.

⁴² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, pp. 766 s. También puede encontrarse como «unidad jurídica de acción» en JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 1076; «acción en sentido jurídico» en WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46ª ed., 2016, p. 389.

⁴³ 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, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 950, con referencias a la doctrina del BGH sobre esta teoría; con otras denominaciones, CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la "unidad natural de acción" y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, p. 44.

⁴⁴ *Vid.*, con amplias referencias, MALDONADO FUENTES, «Delito continuado y concurso de delitos», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (28-2), 2015, p. 196; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, *passim*; y POSADA MAYA, *Aspectos fundamentales del delito continuado*, 2012, *passim*.

discusión está vinculada a la distinción entre concurso de delito y unidad de delitos, y no en relación con el modo de individualizar hechos (o acciones) dentro de situaciones propiamente concursales⁴⁵. La confusión de ambas dimensiones se debe, hasta donde alcanzo, a la relevancia que alcanzó en Alemania la llamada «teoría de la unidad», que vinculaba unidad de acción con unidad de delito y, como consecuencia de ello, no veía al concurso ideal como un supuesto de pluralidad de delitos sino de delito único⁴⁶. A ello cabría agregar, como posible explicación, que la sanción prevista en el StGB para el concurso ideal es de pura absorción, asemejando la consecuencia punitiva a la que correspondería por un solo delito –el más grave–⁴⁷. En ese contexto, es entendible que ambas discusiones se encuentren íntimamente vinculadas⁴⁸, mas no, en cambio, si se comprende que la unidad de delito se corresponde con la unidad de infracción a un tipo delictivo concreto, como lo hace la denominada «teoría de la pluralidad»⁴⁹, por lo que cuando exista más de una infracción del mismo tipo penal o de distintos tipos penales, existirá una pluralidad de delitos⁵⁰. Esto significa que el concurso ideal, aun cuando se caracterice por la unidad de acción o de hecho, implica también un supuesto de concurrencia delictiva.

No es este el lugar para explayarme en profundidad sobre este aspecto. Hasta donde alcanzo, el modo de proceder de la «teoría de la unidad» 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 ideal⁵¹, y también dificulta su diferenciación con el

⁴⁵ Esto ya era advertido, correctamente, por SANZ MORÁN, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, 1986, p. 111. En el mismo sentido, MALDONADO FUENTES, *Revista de Ciencias Penales*, (48-1), 2022, pp. 14 ss.

⁴⁶ Entre otros, HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, t. I, 1901, pp. 159 ss.; VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. III, 20ª ed., 1917, pp. 145 ss.; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 362 ss.; MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, pp. 194 ss., pp. 626 s.; MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., 1958, p. 326; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 7ª ed., 1995, pp. 521 ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, 1999, pp. 511 ss.

⁴⁷ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, 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 por aplicación del mínimo mayor que establece §52.2, 2ª oración se trataría de un principio de combinación, la cuestión no sería tan idéntica, como también lo explicita él mismo (*vid.* JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, 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; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 273; MAÑALICH, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, p. 1036. Realizan la distinción según las consecuencias jurídicas en casos de unidad natural de acción contra bienes jurídicos personalísimos, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, pp. 113 s.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, 1979, pp. 255 ss.

⁴⁸ Así también, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, 1986, p. 87. Sin embargo, pasan por alto que al considerar 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 natural de acción y unidad típica de acción, deberían, por ello, esgrimir otros criterios para distinguir cuándo la unidad de comportamiento vulnera una sola norma y cuándo vulnera dos o más, esto es, para distinguir un concurso ideal de una unidad de delito.

⁴⁹ Entre otros, VON BURI, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879, pp. 1 ss.; MERKEL, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2004, pp. 281 s.; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, pp. 564 ss.; GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, pp. 322 ss.; PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 143 ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, pp. 27 ss.; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 64; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., 1975, p. 736 y nota 30, critica la «justificación naturalista» de la teoría de la unidad; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1081; BUSTOS RAMÍREZ, *Concurso ideal de delitos*, 1962, pp. 102 ss.

⁵⁰ GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, 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.

⁵¹ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, p. 565.

concurso de leyes⁵². Creo que una correcta interpretación de la teoría de la concurrencia delictiva debe partir de la concepción defendida por «la teoría de la pluralidad»⁵³.

3. Los fundamentos de la decisión

3.1. El argumento literal

Teniendo presente lo que se viene diciendo, el modo de interpretar los hechos que hace el TS en el Acuerdo es diametralmente opuesto a la pretensión de limitar el *ius puniendi*. Con esa decisión se expande el Derecho penal, ampliando el ámbito punitivo y con una interpretación demasiado forzada, cuando no directamente *contra legem*.

Claro que, según quienes así lo entienden, no se trata de una interpretación en contra de la ley, sino de acuerdo con ella, *secundum legem*. Así, tempranamente, MIR PUIG sostenía que el Código penal español, al hablar de «hecho» y no de «acción», como lo hace el Código penal alemán, exigen incorporar el «resultado material, como elemento decisivo, a la “unidad de hecho” de que se trate»⁵⁴. Se considera que el término «hecho» permite remitir a la totalidad 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 ejecución⁵⁵. No obstante, se aclara que el significado que le da aquí a la palabra «hecho» no es el mismo que se le atribuye en otros contextos, en la medida 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 resultado⁵⁶.

Además, siguiendo con el argumento gramatical, reforzaba su posición con una interpretación a *contrario sensu* de la regulación del concurso ideal. Como el anterior artículo 71 CP refería que para la determinación de la pena se tendría en cuenta «la correspondiente a la infracción más grave»⁵⁷, de ello se deriva, según esta interpretación, que sólo serían posibles concursos ideales

⁵² En este sentido, se entiende que se denomine al concurso de leyes como un supuesto de concurso ideal impropio, FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 2011, p. 690; o al concurso ideal como un supuesto auténtico de concurso de leyes, *vid.* MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 625; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, 1999, p. 516.

⁵³ 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, «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von Tatbestandsverwirklichungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (33-1), 2021, pp. 117 s. Salvo error por mi parte, entiendo que esta confusión está presente en CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, p. 174, en relación con el concurso real y la persecución múltiple.

⁵⁴ Así, en las «Adiciones...» a la traducción de JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, 3ª ed., 1981, pp. 1005 s.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 669. Rechazando enérgicamente la concepción de un «hecho» como abarcativo del resultado que produce la conducta, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. III, 1981, pp. 53 ss.; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, 1999, 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.* p. 522.

⁵⁵ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 766. *Vid.* también VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 10 s.

⁵⁶ ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 139.

⁵⁷ El CP actual dice «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave» (art. 77.2 CP).

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 cometidos⁵⁸.

3.2. El argumento relativo al resultado material

Por fuera de este argumento literal, hay otro que es más de fondo. Así, esta posición⁵⁹ viene a decir que los tipos penales que no sólo describen conductas sino también resultados, exigen incorporar a éste 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»⁶⁰.

3.3. El argumento de la proporcionalidad

Recientemente, PEÑARANDA RAMOS⁶¹ 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 explicarla⁶², 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 resultados, 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»⁶³.

⁵⁸ MIR PUIG, en las «Adiciones...» a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, 3ª ed., 1981 (1978), pp. 1021 s. Sin embargo, este argumento fue dejado de lado, aunque sin explicitarse un cambio de opinión, en MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 674 ss. En cambio, se trata de una interpretación que subsiste en la jurisprudencia, en la medida que es uno de aquellos fundamentos en que se basa la STS 717/2014, Penal, de 29 de enero de 2015 (ECLI:TS:2015:818), para justificar lo resuelto en el Acuerdo. También la sostiene, aduciendo que se trata de la posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, SANTANA VEGA, «Artículo 77», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 209 y s.

⁵⁹ Entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 773; JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, p. 629; GUINARTE CABADA, «El concurso “medial” de delitos», *Estudios penales y criminológicos*, (13), 1988-1989, p. 163; con otras referencias, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 136 ss.; GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 138», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, p. 325.

⁶⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 669, 675. Como se mencionó en nota 54, esto ya lo sostenía en las «Adiciones» a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. 2, 3ª ed., 1981.

⁶¹ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022.

⁶² PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 825 ss.

⁶³ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 832. Particularmente críticos con este proceder, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., 2002, p. 764 y s., indican que «la vieja distinción basada en el número de

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»⁶⁴. 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 responsabilidad⁶⁵. En su opinión hay razones de necesidades preventiva de pena que el Derecho penal debe satisfacer que, de seguirse el criterio de la mayoría, quedarían desatendidas⁶⁶.

Además de circunscribir la solución a esos supuestos⁶⁷, 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 dolo directo, sino meramente eventual, o a título de imprudencia»⁶⁸, distanciándose de esa manera de lo expresamente resuelto en el Acuerdo del TS.

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» (sin negrita en el original). JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, 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. Similar, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, pp. 113 s.

⁶⁴ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 821 s. Similar, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 142, 150. ZUGALDÍA ESPINAR, «El concurso de delitos», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., 2010, 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 art. 77 CP, que el que mata a cinco personas sucesivamente, que será castigado conforme a la regla de la acumulación de los arts. 73 y ss. CP. Por consiguiente, el problema radicaría en que las reglas penológicas del concurso de delitos están deficientemente concebidas».

⁶⁵ Este argumento relacionado con lo inaceptable que resultaría que el autor manipule «a su puro arbitrio la extensión que haya de tener su propia responsabilidad», *vid.* PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 833, 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», *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «El principio de legalidad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, p. 53, 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 legislador. Creo que esto mismo es lo que está en la base de lo que sostiene NINO, en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, pp. 249, 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 penal.

⁶⁶ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 833.

⁶⁷ 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, Penal, de 29 de enero de 2015 (ECLI:TS:2015:818); 57/2019, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328). Sin embargo, como se observa inmediatamente, sí restringe su aplicación en torno a la imputación subjetiva.

⁶⁸ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 833. Así también lo ha entendido el propio TS en algunas sentencias anteriores, *vid.* SSTS 861/1997, Penal, de 11 de junio (ECLI:TS:1997:4137) y 187/1998, Penal, de 11 de febrero (ECLI:TS:1998:884).

4. Aproximación crítica

4.1. Sobre el argumento literal

Como hemos visto, son tres los argumentos que sostienen quienes coinciden –*grosso modo*– con lo resuelto en el Acuerdo del TS, uno formal y dos sustanciales. El formal está directamente relacionado con la expresión «hecho» utilizada por el legislador español y la forma en que indica la pena a aplicar en el concurso ideal, remitiéndose a la infracción más grave. Los sustanciales están vinculados, por un lado, con la relevancia del resultado material como elemento constitutivo de los hechos relativos a los delitos de resultado, lo que no ocurriría con los delitos de mera actividad⁶⁹, y, por el otro lado, al criterio de proporcionalidad de la pena con el resultado lesivo.

En cuanto al primero de ellos, que pretende encontrar un argumento en la literalidad de la regulación del art. 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 defensores, no resulta del todo indiscutible ni lo uno ni lo otro. 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 StGB se utilizan, para los títulos, las expresiones «Unidad de hecho» y «Pluralidad de hechos», respectivamente, y en los párrafos se refiere a «acción» solo en el primero de ellos, pero en el segundo ya se refiere a «hecho punible». Incluso el término «acción» (*Handlung*) vino a reemplazar el de «hecho punible» (*Straftat*) que introdujo la 2ª reforma al Código penal del 04 de julio de 1969⁷⁰. Asimismo, el propio Tribunal Supremo alemán ha dicho 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 material⁷¹. Por su parte, en el art. 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 real⁷². Para mayor ambigüedad, tampoco hay acuerdo sobre el contenido de aquello que se quiere denominar con la palabra «hecho»⁷³. 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. Ahora bien, suponer que 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 el Código Penal, en su art. 77.2, sólo 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 dónde

⁶⁹ Así, expresamente, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 669.

⁷⁰ Vid. ACHENBACH, *Monatsschrift für deutsches Recht*, (1), 1975, pp. 19 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 721 (nota 3).

⁷¹ BGHSt 41, 369.

⁷² Vid. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 94. 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 354/2014, Penal, de 9 de mayo (ECLI:TS:2014:1777), FJ. 5; 413/2015, Penal, de 30 de junio (ECLI:TS:2015:3177), FJ. 13; 426/2016, Penal, de 19 de mayo (ECLI:TS:2016:2149), FJ. 15.

⁷³ Vid. PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ et al. (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 817 ss.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 77 ss.; VAN WEEZEL, en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos*, 2021, *passim*.

pueden plantearse los problemas, ya que en los casos de concurso ideal homogéneo sólo hay un tipo penal en juego, y no cabría en principio ninguna duda sobre la determinación de la pena en abstracto⁷⁴.

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 concreto⁷⁵. 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 sí sean coincidentes⁷⁶. En consecuencia, la interpretación a *contrario sensu* fracasa por ambos lados: ni es determinante para excluir de la aplicación del concurso ideal los supuestos de homogeneidad, ni es determinante para que se aplique siempre a concursos heterogéneos.

4.2. Sobre el argumento del resultado material

Respecto del argumento según el cual el resultado material es determinante para la configuración del hecho en los delitos de resultado, creo que terminaría por probar demasiado, 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 vida⁷⁷, en tanto y en cuanto lo mismo podría servir para cualquier otro delito de resultado⁷⁸. 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 que también aquí el resultado material -aunque distinto- es determinante para la configuración de sendos hechos⁷⁹.

⁷⁴ Incluso partidarios de la tesis que aquí se critica, se han apartado de este argumento formal; *vid.* ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 147 s.; Lo sigue sosteniendo SANTANA VEGA, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2011, pp. 209 s. Como se mencionó en nota 58, MIR PUIG, que en las «Adiciones...» a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, 3ª ed., 1981, pp. 1021 s. utilizaba este argumento, lo ha dejado de lado en MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, pp. 674 ss.

⁷⁵ Contrariamente, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1101.

⁷⁶ MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 88.

⁷⁷ Situación que PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 831 s., no pasa por alto advirtiendo, como ya se ha mencionado, 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.

⁷⁸ Así, por ejemplo, admiten también esta solución para delitos contra bienes no eminentemente personales, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 103; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 626.

⁷⁹ Advierten esto, correctamente, MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 87; SANZ MORÁN, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.) *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, 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

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 causal⁸⁰. 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 que, aunque normalmente se estudian bajo el supuesto de autorías paralelas⁸¹, también podrían ocurrir en supuesto de autoría única o bien de coautoría. 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. ¿Tentativa de homicidio y homicidio consumado en concurso «real»?

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 que los delitos imprudentes tienen, paradigmáticamente, al resultado material como elemento decisivo en su configuración⁸². 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 individualización o multiplicación 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»⁸³. Sin embargo, el problema no es que se trate de una única infracción de la norma⁸⁴, 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 tentativa⁸⁵, 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 JOSH 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

delitos discrepan en esta parte de su base empírica y no existe unidad de hecho entre ellos», *vid.* ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 149.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 10 s.; ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 139.

⁸¹ *Vid.* FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 2011, pp. 181 ss.

⁸² Así también, GARCÍA ALBERO, «Artículo 77», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español, t.1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, p. 591.

⁸³ STS 717/2014, Penal, de 29 de enero 2015 (ECLI:TS:2015:818), FJ 5º. Acertadamente crítico con este argumento, SANZ MORÁN, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 873, indicando que implica un retorno a la tesis del *crimen culpae*.

⁸⁴ Por cierto, argumento que utilizó el propio TS para centrar la distinción en torno al concepto de acción, *vid.* STS 1335 bis/1992, Penal, de 23 de abril (ECLI:TS:1992:20999).

⁸⁵ Dice el Acuerdo «se haya o no producido el resultado».

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»⁸⁶. 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. 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 tentativas⁸⁷.

Con otros argumentos, también NINO considera –en oposición a lo que él mismo sostuviese con anterioridad⁸⁸– 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 identidad de DAVIDSON y ANSCOMBE⁸⁹, 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 legalidad⁹⁰. 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 inconstitucional⁹¹.

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 modalidades. En este caso, también la doctrina mayoritaria⁹² 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 la valla, como consecuencia de lo cual mueren varias personas en las vías, sólo realiza una conducta omisiva y no tantas como muertos haya, constitutiva de un concurso ideal de tantos homicidios, ahora sí,

⁸⁶ JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 619.

⁸⁷ Si bien es cierto que tal pretensión no está presente en todos los defensores de la tesis. Así, por ejemplo, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, 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, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español, t.1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, p. 591.

⁸⁸ NINO, *El concurso en el Derecho penal*, 1972, pp. 37 s.

⁸⁹ Con sus correspondientes citas, contraponiéndolo al modelo de Goldman, *vid.* NINO, en MAURINO (ed.) *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, pp. 244 ss.

⁹⁰ NINO, en MAURINO (ed.) *Fundamentos del Derecho Penal*, 2008, p. 249.

⁹¹ CUERDA RIEZU, «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», en AA.VV., *Política Criminal y Reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*, 1993, p. 300; CUERDA RIEZU, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (3), 1991, p. 849; CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 176 s. En el mismo sentido, ROJAS, «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, 2021, pp. 281, pp. 287 s. En contra del argumento del *bis in idem* en estos supuestos, acertadamente, PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 825 s.; MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 82 y s., 85 y s.; MALDONADO FUENTES, «Unidad de hecho en el concurso ideal», *Revista Ius et Praxis*, (27-3), 2021, p. 149.

⁹² *Vid.* por todos, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 960.

como muertos haya⁹³. 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 la regla del concurso ideal entre tentativa y consumación⁹⁴, deberían aquí ser reconfigurados como si de un concurso real se tratase.

4.3. Sobre el argumento de la proporcionalidad

Por último, el argumento de la proporcionalidad 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 corta⁹⁵. Esta afirmación no le resulta convincente 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 que «la expresión "un solo hecho" no tiene inequívocamente en el art. 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»⁹⁶. 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 naturalismos⁹⁷, pero de ello no se sigue que sea la multiplicidad

⁹³ WESSELS, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed., 1980, p. 230; Con un caso similar, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, p. 1088.

⁹⁴ 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, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328), en el cual condenó por ambos hechos –homicidio y lesiones– en concurso real, de conformidad con el Acuerdo.

⁹⁵ ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, 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 la única acción». En la STS 717/2014, Penal, de 29 de enero de 2015 (ECLI:TS:2015:818), 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 art. 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 art. 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, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328) anteriormente citada.

⁹⁶ PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 831. De otra opinión, MOLINA FERNÁNDEZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019, 2020*, 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».

⁹⁷ Así también MAÑALICH, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 84; MAÑALICH, «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo

de resultados la que, bajo determinadas condiciones, determine la «pluralidad de hechos»⁹⁸. Si el fundamento no pretende ser meramente consecuencialista⁹⁹, y el de PEÑARANDA RAMOS no parece serlo¹⁰⁰, sería oportuno poner de relieve con base en qué criterios materiales se puede interpretar que 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 distinta¹⁰¹, pero es incapaz de ofrecer una respuesta al problema de la individualización de hechos.

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 aquél 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 especial¹⁰², o por qué ello tendría relevancia solo en

alternativo”», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español, 2023* (en prensa), p. 9. Correctamente también, en este sentido, JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 618.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Las referencias al merecimiento y a las necesidades preventivas de pena parecen indicar que las bases de su posición son más bien deontológicas. Sobre la relación entre proporcionalidad y consecuencialismo o prevención, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal, 2022*, pp. 930. No se desconoce, no obstante, que existen teorías de la pena basadas en el merecimiento que son consecuencialistas. En este sentido, MAÑALICH, «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*, (10-20), 2015, 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» (cursivas en el original). Para más detalles, con otras referencias, *vid.* MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret*, (2), 2015, *passim*.

¹⁰¹ Y, en todo caso, en el sentido opuesto. Esto es, para la no aplicación de la regla del concurso real al supuesto del concurso ideal por resultar excesiva. En este sentido, MAÑALICH, *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (10-20), 2015, 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 CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal, 2021*, p. 173, aunque vinculando la proporcionalidad al *non bis in ídem*, situación que, a mi entender, puede emparentarse en relación con la distinción concurso de leyes y concurso de delitos, pero no entre concurso ideal y real.

¹⁰² Esta interpretación escondería, en ese sentido, un supuesto velado de doble valoración, en la medida 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 las penas en esos delitos; ZIFFER, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER (ed.), *Determinación judicial de la pena, 1993*, 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 *bis in ídem* que usualmente se esgrime cuando se cuestiona la aplicación de reglas del concurso real a supuestos de unidad de hecho (*vid.* nota 91), porque la crítica no está

supuestos de multiplicidad de víctimas y no en casos de una víctima única¹⁰³. Por lo mismo, tendría que poder justificar el 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 eventual. 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 formación^{104,105}, 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 respecto¹⁰⁶.

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 grave. 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

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.

¹⁰³ 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, Penal, de 17 de octubre [ECLI:TS:2018:3486]), modificando la calificación que, como concurso real, había estimado la Audiencia de instancia y el Superior Tribunal de Justicia andaluz con fundamento en la unidad de hecho. Y así también (como concurso ideal) 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 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.

¹⁰⁴ 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, Penal, de 17 de marzo [ECLI:TS:2015:1257]), mientras que, en la STS 831/2009, Penal, de 22 de julio (ECLI:TS:2009:4954), mantuvo la calificación de los dos delitos en concurso real impuesta por la Audiencia de instancia. Asimismo, en la STS 357/2002, Penal, de 04 de marzo (ECLI:TS:2002:1522), indicó que de existir dolo directo de primer grado sería concurso real, mas no si, 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 ocurriría dolo eventual. Similar distinción, dependiendo de si se trata de dolo directo o eventual, había realizado en las SSTS 861/1997, Penal, de 11 de junio (ECLI:TS:1997:4137) y 187/1998, Penal, de 11 de febrero (ECLI:TS:1998:884). CUERDA RIEZU, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal*, 2021, pp. 170, 176 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1986, p. 117 también propiciaban, 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.

¹⁰⁵ 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, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, p. 87, de quien está tomado el ejemplo. Sin embargo, GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2011, pp. 325 y s., entiende que hay concurso «ideal» entre homicidio y aborto, pese a entender que –si bien hablando de pluralidad de homicidios con una acción– aunque «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 y subjetivamente». Esto mismo, por lo demás, queda evidenciado en la propia jurisprudencia del TS posterior al Acuerdo, *vid.* STS 57/2019, Penal, de 5 de febrero (ECLI:TS:2019:328), donde apreció un concurso real entre una tentativa de homicidio y unas lesiones consumadas.

¹⁰⁶ 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.

para supuestos de concurso real¹⁰⁷, exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal¹⁰⁸ obligan a proceder en un sentido opuesto al que se propone.

Las razones que se aducen en torno a la (des)proporcionalidad 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, parten de la base de cuestionar un tratamiento «benévolo» que tendría este autor respecto de aquél 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 arts. 73 y 76 CP. Ello podría indicar que quienes sostienen eso parten de la base de considerar que el principio de la acumulación previsto 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 art. 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 casos¹⁰⁹.

Por otra parte, si todo el problema se puede reconducir a situaciones muy específicas, como son aquellas vinculadas con actos terroristas¹¹⁰, 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 víctimas¹¹¹, 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

¹⁰⁷ DEL MORAL GARCÍA, «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), *passim*.

¹⁰⁸ En este sentido, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 371, sostiene que «las cuantías de pena, por el contrario, han de concebirse como magnitudes que se deben corresponder con la respectiva medida valorativa de la gravedad de injusto culpable concurrente, interpretada según exigencias sistemáticas derivadas del nivel de severidad de castigos contenidos en el sistema penal». Sobre estos conceptos, con extensas referencias, *passim*. BASSO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, (2), 2021; BASSO, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (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*, v. 11, 2018, pp. 23 ss.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, 2019, 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 ss. StGB.

¹¹⁰ Así lo reconoce expresamente ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, p. 143, indicando –a su vez– cómo el propio TS cambia su posición al respecto a partir de la STS 861/1997, Penal, de 11 de junio (ECLI:TS:1997:4137), 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 y ss.

¹¹¹ Esta es la solución que también propone SANZ MORÁN, *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, (2), 1995, pp. 191 ss.

multiplicidad de resultados¹¹² o bien determinan que las penas se impongan «separadamente», esto es, de acuerdo con las reglas del concurso real¹¹³.

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?

En el supuesto del autor que con una bomba mata a tres personas¹¹⁴ tendríamos varias posibilidades, independientemente de que algunas sean más plausibles que otras.

- 1- Comencemos por la menos grave que consiste en que se trate de un homicidio básico del art. 138 CP. 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 art. 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 CP, en relación con el art. 140.1 3ª CP), que llevaría la pena al grado superior y, junto a la mitad superior por aplicación del art. 77.2 CP, arrojaría una escala de 18 años y 9 meses a 22 años y medio. El límite previsto por el art. 76.1. c) CP, 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. 1ª CP). Esta situación, más probable que la anterior, en la medida en que este tipo de delitos suelen cometerse por sorpresa¹¹⁵, 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) CP).
- 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 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 medida que se aumentan las cantidades de años en comparación, la diferencia va perdiendo peso relativo. 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

¹¹² *Vid.*, por ejemplo, arts. 250.1 CP, 5º CP, 257.4 CP, 259 bis 1ª CP.

¹¹³ Por ejemplo, el arts. 346.3 CP, 177 CP. Sobre las cláusulas concursales en la parte especial, *vid.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, 2017, *passim*; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Las cláusulas concursales específicas: una foto», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), *passim*; SÁNCHEZ-OSTIZ, «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, (24-24), 2022, *passim*.

¹¹⁴ Que las muertes producidas sean superiores no modificaría la situación por el límite relativo del tripló de la pena mayor que establece el art. 76 CP.

¹¹⁵ El propio Código penal, en su art. 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, Penal, de 22 de febrero (ECLI:TS:2022:843), 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».

de mencionar que esas diferencias están vinculadas a la reforma del año 2003¹¹⁶ criticada de forma prácticamente unánime por la doctrina, debido a su dureza¹¹⁷. 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 puntual. 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 tendencia jurisprudencial al imponer una pena en supuestos de unidad delictiva, se observa una tendencia a aplicarla en su mitad inferior¹¹⁸. Esto se corresponde con lo que sostiene BASSO cuando se refiere a «el 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 pena de mayor severidad»¹¹⁹. 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*¹²⁰ la mitad superior del marco penal para estos supuestos que aquí estamos analizando¹²¹.

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 meses¹²², las penas máximas que podrían imponerse en estos casos por aplicación de las reglas del concurso ideal no parecen en absoluto desproporcionadas¹²³.

¹¹⁶ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

¹¹⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, «Artículo 76», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., 2008, pp. 584 s.

¹¹⁸ Vid., con más referencias, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 76 ss. (especialmente en nota 62); BASSO, *InDret*, (2), 2021, p. 215 (nota 59), «[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».

¹¹⁹ BASSO, *InDret*, (2), 2021, pp. 234 ss.

¹²⁰ 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.

¹²¹ BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 311 (en particular, nota 24).

¹²² BASSO, «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», *Revista general de Derecho penal*, (34), noviembre 2020, p. 21.

¹²³ Relativiza esta comparación, ZIFFER, «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, 2023 (en prensa), pp. 10 s.

5. Conclusiones

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 los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccionales que se mencionaron.

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 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 a través de una acción, esto es, el caso de un atentado contra varias personas. Como se mencionó, 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, va a «hacer aguas» por todos lados o, al menos, por aquellos que no forman parte del prototipo de caso en el que se está pensando. 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*¹²⁴, sino que pretende compatibilizar esa búsqueda de

¹²⁴ Este camino escoge PANTALEÓN DÍAZ, «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/POZUELO

proporcionalidad de la pena con la regulación vigente. 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 de aquellas otras críticas, esta postura resulta difícilmente aceptable en el contexto de severidad penal que tiene la legislación española vigente¹²⁵.

Por último, pero no menos importante, hay que destacar la forma en la que se pretende justificar esta modificación. En lugar de ofrecer una mirada crítica a la legislación vigente, propiciando una reforma acorde con sus pretensiones, se pretende desde los tribunales meter por la ventana lo que no entra por la puerta.

ROXIN, en una crítica a los motivos del legislador alemán que optó, al igual que el español, por una diferenciación penológica entre un tipo de 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»¹²⁶. 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 poderes¹²⁷ y, por el otro, el resultado es en perjuicio del reo en la medida que la consecuencia jurídica del concurso real es más gravosa que la prevista para el concurso ideal. En un sentido similar, ESCUCHURI AISA 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»¹²⁸.

Todo lo que fuera aquí expuesto no debiera entenderse como una defensa de las reglas actualmente vigentes de determinación de la pena de los concursos. Las consecuencias excesivamente gravosas a que conduce la regla de acumulación prevista para el concurso real,

PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, 2023* (en prensa), al proponer como solución a esos problemas la unificación del tratamiento de las distintas modalidades concursales.

¹²⁵ Sobre el proceso de expansión, tanto cuantitativa como cualitativa, del ius puniendi que viene constatándose, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., 2011, *passim*, en particular, pp. 189 ss.; POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, 2013, pp. 96 ss., pp. 147 ss.; CANCIO MELIÁ/ORTÍZ DE URBINA GIMENO, «Introducción», en ROBINSON, *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, 2012, p. 26; MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014, p. 65; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 107 ss.; sobre este mismo proceso en el ámbito norteamericano, vid. CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 119 ss.

¹²⁶ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 943.

¹²⁷ En este sentido, MÍNGUEZ ROSIQUE, «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, (31), 2019, 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».

¹²⁸ ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, 2004, p. 76. Similar, CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (3), 1991, p. 831.

sumada a la diferencia de tratamiento que, por oposición, tiene respecto del concurso ideal son una muestra cabal del llamado de atención que nos debiera de producir a todos los que trabajamos por un Derecho penal más racional. 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 correcto¹²⁹, hay otros casos que se encuentran en medio de ambos extremos y cuya calificación en una u otra modalidad no es tan clara. Para esos supuestos debería existir una vía alternativa en las consecuencias, o bien –mejor aún–, entre uno y otro concurso tendría que haber una progresión en las consecuencias jurídicas que reflejen esos grises intermedios¹³⁰.

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, a efectos de la norma de sanción, un hecho imprudente no puede convertirse 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 razones¹³¹.

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-criminales. En otras palabras, se trata de preguntarse a quién corresponde determinar la política criminal de un país, si al juez o al legislador. Esa discusión daría lugar a otro debate que excede las finalidades de este artículo. 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 pena¹³². Sin embargo, también concierne a un problema de calificación jurídica, por lo que esas finalidades *deben* ser respetuosas con la legislación vigente¹³³, no pudiendo sobreponerse a ella en perjuicio del acusado.

¹²⁹ 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, en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2023 (en prensa).

¹³⁰ Exigencias de proporcionalidad ordinal impiden que hechos de similar gravedad reciban un tratamiento penológico diferenciado, ver BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 389; MAÑALICH, *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (10-20), 2015, pp. 511 s.

¹³¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 2014, p. 965, sostiene con toda claridad que «una interpretación teleológica [...] no puede anteponer las propias ideas políticocriminales a la finalidad del legislador. Éste 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».

¹³² Así, PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, 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»; MAÑALICH, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, p. 1025.

¹³³ Así, el TS ha dicho que «[l]a ubicación sistemática del art. 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, Penal, de 15 de junio [ECLI:TS:2022:2352]). Marcando acertadamente la distinción entre los planos de *lege ferenda* y *lege lata* en que tiene lugar la función «creadora o

6. Bibliografía

ACHENBACH, «“Tat”, “Straftat”, “Handlung” und die Strafrechtsreform», *Monatsschrift für deutsches Recht*, (1), 1975, pp. 19-21.

ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., actualizada por HERNÁNDEZ GUIJARRO/BENEYTEZ MERINO, Madrid, 1986.

BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

BASSO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, (2), 2021, pp. 195-249.

———, «Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable», *Revista general de Derecho penal*, (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 (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*, v. 11, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, pp. 19-62.

BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen, 1906.

BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.

BUSTOS RAMÍREZ, *Concurso ideal de delitos*, Universidad de Chile – Escuela de Derecho, editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1962.

CANCIO MELIÁ/ORTÍZ DE URBINA GIMENO, «Introducción», en ROBINSON, *Principios distributivos de Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, (trad. por CANCIO MELIÁ /ORTÍZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid, 2012.

CANTARD, «Concurso de delitos y determinación legal de la pena: solución plural vs. solución unitaria», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la "unidad natural de acción" y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, pp. 36-59.

CASTIÑEIRA PALOU/RAGUÉS I VALLÈS, «Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pp. 119-149.

CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

crítica» de la dogmática, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 219 ss., en particular pp. 226 ss.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, v. II, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.

CUERDA RIEZU, «Hacia el reconocimiento universal del principio *ne bis in ídem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos», en SANTANA VEGA *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», *Diario La Ley*, (1), 1997.

———, «La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto del Código penal de 1992», en AA. VV., *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*, (3), 1991, pp. 821-866.

DEL MORAL GARCÍA, «Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal», en PENARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

DÜRR, *Funktionelle Äquivalente der strafrechtlichen Konkurrenzlehre im Common Law. Zugleich eine anhandlung über die unechte idealkonkurrenz im Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, B de F, Madrid, 2014.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por SANCINETTI), 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GARCÍA ALBERO, «Artículo 77», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. T. 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2008, pp. 585-603.

GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Joachim Heitmann & CO., Hamburg, 1961.

GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140-161.

GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 138», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 324-326.

GROSSE-WILDE, «Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen? – Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre von der Unrechtsverwandtschaft von

Tatbestandsverwirklichungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (33-1), 2021, pp. 60-122.

GUINARTE CABADA, «El concurso “medial” de delitos», *Estudios penales y criminológicos*, (13), 1988-1989, pp. 153-206.

HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, t. I, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1901.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. II, (trad. por MIR PUIG/MUÑOZ CONDE), 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por OLMEDO CARDENETE), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

JOSHI JUBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, pp. 613-636.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Las cláusulas concursales específicas: una foto», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

———, «El principio de legalidad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 53-63.

MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964.

MALDONADO FUENTES, «Apuntes metodológicos sobre el concurso de delitos», *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, (48-1), 2022, pp. 13-48.

———, «Unidad de hecho en el concurso ideal», *Revista Ius et Praxis*, (27-3), 2021, pp. 135-157.

———, «Delito continuado y concurso de delitos», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (28-2), 2015, pp. 193-226.

MAÑALICH, «El concurso ideal: función, estructura y límites. Sobre el concepto de unidad de hecho y el problema del “dolo alternativo”», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

———, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

———, «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*, (10-20), 2015, pp. 498-527.

———, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret*, (2), 2015.

———, «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, pp. 1021-1211.

MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, t. II, (trad. por BOFILL GENZSCH), 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAYER, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por POLITOFF LIFSCHITZ), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

MERKEL, Adolf, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por DORADO MONTERO), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

MERKEL, Paul, «Konkurrenz», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, t. V, Berlin, 1908, pp. 269-413.

MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por NÚÑEZ), 6ª ed., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

MÍNGUEZ ROSIQUE, «La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena», *Revista General de Derecho Penal*, (31), 2019.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Concurso de leyes y de delitos», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, nm. 3250-3337, pp. 441-455.

———, «Reglas de determinación de la pena», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, nm. 5420-5677 -pp. 623-659-.

MORILLAS CUEVA, «La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código penal», en DÍEZ RIPOLLÉS (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.

NINO, «Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios “Guersi” y “Pitchon”», en MAURINO (ed.), *Fundamentos del Derecho Penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 231-259.

———, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.

———, *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.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

PANTALEÓN DÍAZ, «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/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

PEÑARANDA RAMOS, «¿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 *et al.* (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.

POSADA MAYA, *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Comares, Granada, 2012.

POZUELO PÉREZ, *La política criminal mediática. Génesis, desarrollo y costes*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

PUPPE, «Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 143-165.

———, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand u. Handlung*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1979.

QUINTERO OLIVARES, «Artículo 76», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008, pp. 580-585.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

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

ROJAS, «Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 273-299.

ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*, t. II, (trad. por LUZÓN PEÑA *et al.*), Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código penal español», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, (24-24), 2022, pp. 1- 52.

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

SANTANA VEGA, «Artículo 77», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 209-211.

SANZ MORÁN, «Una única acción, ¿concurso real de delitos?: la última aportación jurisprudencial», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal, homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Barcelona, 2017, pp. 865-876.

———, «Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código Penal de 1995», en CEREZO MIR *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», *Cuadernos de Derecho Judicial: Unidad y pluralidad de delitos*, (2), 1995.

———, *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid. Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1986.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975.

SCHMIDT, «Straf- und Strafprozeßrecht. Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950», *Juristen Zeitung*, (6-1), 1951, pp. 20-23.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en Derecho penal», en GÓMEZ MARTÍN *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*, 3ª ed., B de F, Madrid-Buenos Aires, 2011.

———, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, (trad. por SANCINETTI/ZIFFER), 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, «Artículo 73», en QUINTERO OLIVARES (dir.) *Comentarios al Código penal español. Tomo 1 (arts. 1 a 233)*, 5ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2008, pp. 565-574.

VAN WEEZEL, «Unidad de hecho concursal», en MALDONADO FUENTES (ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 301-326.

VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universitat de Valencia, Valencia, 1981.

VON BURI, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Ferdinand, Stuttgart, 1879.

VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. III, (trad. por JIMÉNEZ DE ASÚA), 20ª ed., Hijos de Reus, Madrid, 1917 (1914).

WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *Juristische Schulung*, (3), 1964, pp. 81-93.

WESSELS, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por FINZI), 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2016.

ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1999.

———, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZIFFER, «Algunos aspectos problemáticos del régimen legal del “concurso real” en Argentina», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.) *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código penal español*, BOE, Madrid, 2023 (en prensa).

———, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER, (ed.) *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 89-110.

ZUGALDÍA ESPINAR, «El concurso de delitos», en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.