

La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

B. LA FUNCION DE LA NORMATIVA CONCURSAL (*)

I

Si abrimos cualquier Manual o Comentario de Derecho penal por las páginas dedicadas al concurso, lo primero que encontramos a manera de introducción es una alusión a la diferencia existente entre el hecho de que la conducta del autor (entendida en su sentido más amplio) sólo realice un tipo de la Parte especial del Código, o que con su comportamiento lesione más de un precepto (1). Matizando un poco más se suele señalar a veces, llevado por la ubicación legal (entre las normas sobre la determinación de la pena), con esta materia presenta dos vertientes, una que afecta a la teoría del tipo y otra que alude a la determi-

(*) Este artículo es la continuación del publicado en ANUARIO 1978.

(1) Véase: K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung*, 11. Auflage, München 1977, pág. 213; H. MAYER, *Strafrecht*, Allg. Teil, Stuttgart 1967, pág. 187; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., 4. Aufl., Karlsruhe 1971, pág. 728; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43. Aufl., Berlin 1961, pág. 246; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin 1976, pág. 273; J. WESSELS, *Strafrecht*, 4. Aufl., Karlsruhe 1974, pág. 141; E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, A. T., *Lehrbuch*, 2. Aufl., Tübingen 1975, pág. 719; H. BLEI, *Strafrecht I*, A. T., 16. Aufl., München 1975, pág. 299; P. BOCKELMANN, *Strafrecht*, A. T., München 1973, págs. 233-234; J. BAUMANN, *Strafrecht*, A. T., 7. Aufl., Bielefeld 1975, pág. 667; G. GEILEN, *Strafrecht*, A. T., 3. Aufl., Bochum 1977, página 257. En la doctrina española: J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, 2.^a ed., Madrid 1971, pág. 685; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona 1972, pág. 314.

nación de la pena (2). Finalmente, puede observarse cómo algún autor sostiene la exclusiva pertenencia de esta problemática al ámbito de determinación de la pena. Con vehemencia señala Naucke (3): «La mayoría de las veces se trata de la concurrencia, como punto especial, al final del sistema del hecho punible (*Straftatsystem*). Ello es una inconsecuencia, y crea por lo general dificultades al estudiante. Las cuestiones concursales son, por encima de todo, problemas de determinación del marco de la pena. Sólo si se extiende el *Straftatsystem* más allá de los presupuestos de la punibilidad, hasta la cuestión de la clase y marco de la pena y su posible gravedad, podrán ser tratados adecuadamente los problemas concursales dentro del *Straftatsystem*».

Las distintas posiciones señaladas, que podrían limitarse a exponer los extremos dentro de los cuales discurre la problemática que nos ocupa, en cuyo caso acentuar un polo u otro no pasaría de significar las preferencias del ángulo escogido por el autor al confrontarse con la materia estudiada, no hubiese justificado nuestra atención y transcripción de no ser por las consecuencias a que puede llevar, y de hecho ha llevado, un entendimiento u otro de la cuestión. Samson, comienza su exposición del Título dedicado por el StGB a la concurrencia en el *Systematischer Kommentar* con los siguientes términos: «Los tipos de la Parte especial abarcan fundamentalmente sólo el caso en que el autor realiza un tipo mediante una acción. Junto a estos casos, sin embargo, hay tipos que presuponen una pluralidad de actos para su realización (los llamados *zusammengesetzte* y *mehraktige Delikte*) como, por ejemplo, el robo (violencia y apoderamiento) o la violación (violencia y yacimiento). En estos casos, de realización única del tipo mediante uno o varios actos, ha de aplicarse el marco de la pena previsto en la ley. Sin embargo, la *Parte especial* no contiene precepto alguno sobre cómo haya de procederse si el autor realiza varios tipos, sea mediante una acción sea mediante varias» (4). Este párrafo, aparentemente irreprochable, que pretende poner de relieve la función encomendada por el legislador a la normativa con-

(2) Es de señalar que BAUMANN ha modificado la sistemática de su Manual desde la 5.^a edición, pasando de ocupar la concurrencia el lugar inmediatamente posterior a la participación a ser incluida de lleno en el capítulo de la consecuencia jurídica (BAUMANN, *Strafrecht*, pág. 266), señalándose su correspondencia con la teoría del tipo y de la consecuencia jurídica. Véase también, WESSELS, *Strafrecht*, pág. 141: "In systematischer Hinsicht zeigt diese Fragestellung, dass die *Konkurrenzlehre* eine *Nahstelle* zwischen der *Lehre von der Straftat* und der *Lehre von den Unrechtsfolgen* bildet". En el mismo sentido, MAURACH/GOSSEL, *Strafrecht*, A. T., Teilband II, 5. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1978, pág. 292.

(3) W. NAUCKE, *Strafrecht*, Eine Einführung, Frankfurt 1975, página 303.

(4) E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1. Band, A. T., 2. Aufl., Frankfurt 1977, pág. 363. El subrayado es nuestro. En el mismo sentido, SCHONKE-SCHRODER-STREE, *StGB Kommentar*, 18. Aufl., München 1976, pág. 553.

curstral situada en la Parte general del Derecho penal, no puede ser aceptado sin matización. Da la impresión de que la normativa situada en la Parte general se superpone a los tipos de la Parte especial en cuestión, produciendo determinados efectos. Sin que en los mismos influya para nada el hecho, para nosotros fundamental (5), de que en definitiva la solución dada a los conflictos de normas que en esta materia siempre se producen, ha de hallarse en armonía con lo prescrito en los tipos de la Parte especial. Esta evidencia no consta en el texto de Samson.

Mucho más coherente nos parece la opinión de Stratenwerth (6): «Si el autor realiza con su conducta sólo un tipo penal, la correspondiente amenaza penal determina inequívocamente el marco dentro del cual ha de mantenerse la sanción; todo lo demás, especialmente la determinación de la pena, pertenece a la teoría de las consecuencias del injusto penal. Sin embargo, si aquél ha conculcado varios preceptos, habrá que aclarar primero en qué relación se encuentran los preceptos entre sí: la aplicación de uno de ellos podrá excluir la de otro u otros varios; en cuyo caso se habla de concurrencia inauténtica o concurso de leyes. Pero puede ser que varios preceptos 'pretendan' ser aplicados conjuntamente, es decir, se encuentren en concurrencia auténtica». Y la mayor coherencia estriba en que evita con ello la atribución a la norma del concurso de una función autónoma, ajena al contenido del presupuesto del tipo de la Parte especial y, sobre todo, a la determinación de la pena en él contenida. Como Stratenwerth pone claramente de relieve, dependerá en definitiva de la interpretación de los tipos en conflicto que la solución concursal a que acudir sea una u otra. A esta temática hemos dedicado la mayor parte de la primera mitad de este trabajo (7).

Creemos que nuestra opinión ha debido quedar clara con lo dicho hasta ahora. Con anterioridad pusimos de relieve en numerosas ocasiones que toda esta problemática pertenece al capítulo más amplio de la *Interpretación*; ahora bien, prestando una especial atención a la determinación de la pena, a la pena señalada, como elemento esencial del tipo. Esto, que en cualquier caso ofrece in-

(5) La Parte especial sí contiene elementos que permiten solucionar el problema a que alude SAMSON, que efectivamente constituye el tema central del concurso. Que ello es así creemos haberlo demostrado con el estudio de los supuestos examinados en la primera parte de este trabajo, ANUARIO 1978, págs. 35-95.

(6) G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, A. T. I, Die Straftat, 2. Aufl., Köln 1976, pág. 319. En el mismo sentido, GEILEN, *Strafrecht*, pág. 258.

(7) Si alguna importancia para la concurrencia tiene el estudio del delito "sui generis" es la de poner de relieve cómo la construcción de los tipos de la Parte especial influye en una solución concursal u otra. Ver especialmente las págs. 62 a 69 en nuestro trabajo de ANUARIO 1978. Sobre la importancia de la Parte especial para el concurso: H. MAYER, *Strafrecht*, pág. 188: "Will man nämlich die Gefahr des Formalismus vermeiden, so muss man die hier vorkommenden, sehr abstrakten, Begriffe auf den Besonderen Teil beziehen. Erst dort erlangt die Lehre Farbe und Leben".

terés al intérprete, es esencial, imprescindible, cuando del problema concursal (concurso de normas) se trata (8).

De todo lo anterior parece desprenderse que los extremos de la cuestión planteada se encuentran situados entre el terreno del tipo y el de la medición de la pena (9). Que afecta a ambos extremos no cabe duda. Lo importante de señalar es que, a nuestro entender, la doctrina no se ha preocupado de poner en relación estos dos extremos (10), cuando en su aproximación estaba la única solución al callejón sin salida a que la discusión estaba abocada. Naturalmente esto requiere una explicación. Veamos.

Cuando la doctrina se plantea si una serie sucesiva de actos que lesionan un mismo bien jurídico, que chocan contra la misma o muy próximas normas penales, que se exteriorizan con una relativa semejanza espacio-temporal, guiados por un dolo general preordenado a la pluralidad de actos, constituye un único delito o una pluralidad —en definitiva unidad de acción-pluralidad de acciones—, se está planteando, al menos en parte (11), una serie de problemas que afectan a la estricta interpretación del tipo en cuestión (recuérdense las consideraciones que hicimos sobre la posibilidad del delito continuado entre las distintas formas del cohecho en el StGB y la discusión entablada en la doctrina alemana en torno al mismo) (12). Este es un problema netamente diferenciado que ha de ser estudiado como aspecto esencial de la materia concursal; nos estamos refiriendo a la posibilidad de distinguir entre los conceptos *unidad de acción-pluralidad de acciones*.

Por otra parte, si algún interés tiene la distinción *concurso de leyes-concurso ideal de delitos-concurso real de delitos*, no ha de consistir sino en los muy diferentes criterios a que habrá de acudir a la hora de determinar la pena con que se ha de sancionar el comportamiento delictivo del autor: la correspondiente a uno sólo de los tipos en el concurso de leyes (art. 68 CP), pena única para el concurso ideal de delito (la correspondiente al delito más grave hasta su grado máximo del art. 71) y pena-suma en el concurso real de delitos (la resultante de aplicar los criterios del artículo 70).

Así, pues, cualquier estudio que pretenda abordar la normativa concursal en su esencia, tendrá que confrontarse con estos dos

(8) En todos los supuestos de delito "sui generis" estudiados por nosotros jugaba la pena un papel fundamental en la interpretación del tipo. Ver ANUARIO 1978, págs. 90-95.

(9) Véanse los autores de la nota (2).

(10) En general, sobre la importancia del marco de determinación de la pena en la interpretación del tipo penal como tipo de determinación de la pena: H. J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl., Köln 1974, págs. 70-107.

(11) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 74. Al margen de este problema interpretativo, el delito continuado presenta una problemática específica más allá del tipo en cuestión, cual es la del carácter reiterativo, pluralidad de ocasiones, de la conducta del autor. Ver *infra*, págs. 24-29.

(12) ANUARIO 1978, págs. 83-90.

grandes temas que dominan la materia (13). A ellos vamos a dedicar las páginas siguientes, en el buen entendimiento de que son de fundamental interés para el tratamiento del objeto de nuestro estudio: la frontera entre el concurso de leyes y el ideal de delitos.

Nuestra investigación va a estar encaminada a cuestionar estas dos distinciones. La posibilidad de distinguir entre los conceptos unidad de acción-pluralidad de acciones (al menos de la manera que lo hace la doctrina que se ha ocupado del tema, y que tanto nos recuerda el procedimiento «conceptualista» con que se abordó la calificación delitos «sui generis») (14). Y la necesidad técnica y oportunitad policriminal de mantener la diferenciación en el momento de determinar la pena para el concurso ideal y real de delitos, en vez de acudir a una pena única (con las matizaciones necesarias en su caso) para ambas modalidades. Obviamente, ambos problemas están interrelacionado (15).

Si logramos esto que nos proponemos demostrar, habremos dado un paso importante que nos permitirá evidenciar la función que en cualquier ordenamiento penal ha de cumplir la normativa concursal, y que de manera sumaria, a guisa de conclusión, exponíamos al final de la primera parte de este trabajo. La norma del concurso sirve de apoyo para la solución de problemas interpretativos en los que se encuentran implicados varios preceptos de la Parte especial. El juez tendrá en cuenta los efectos de aplicar una u otra norma concursal al caso concreto, y se decidirá por aquella que ofrezca la solución más justa en cuanto a la pena resultante, en atención a los preceptos de la Parte especial implicados. Sin que en ningún momento se vea hipotecado a una u otra modalidad concursal.

Con ello queremos decir, aunque sea adelantar acontecimientos, que al igual que ocurría con el delito «sui generis», en general en todo el concurso, esta normativa no puede sino indicarnos el conjunto de problemas subsumidos en ella. Ni un criterio de diferenciación *delito continuado-concurso real, concurso de leyes-concurso ideal*, ni casi siquiera una razón del mantenimiento de los conceptos *unidad de acción pluralidad de acciones* y, por tanto, la consecuencia *pena única-pena total*, pueden ser conseguidos. Por tanto, hay que abogar por la desaparición de la pena total o penasuma, y de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones. Mientras tanto, hay que mantener el *marco* de la pena establecido por el legislador para cada modalidad concursal, resaltando que lo

(13) El estudio de la concurrencia en la doctrina alemana se ha estructurado en torno a la diferenciación entre unidad y pluralidad de acciones, ya que los parágrafos 52 y 53, reguladores, respectivamente, del concurso ideal y real de delitos, llevan los correspondientes epígrafes de *Tateinheit* y *Tatmehrheit*. Entre nosotros, CÓRDOBA RODA, con buen criterio, comienza el comentario a la normativa concursal con el estudio de la noción de *hecho*: *Comentarios II*, págs. 314-315.

(14) Ver *infra*, págs. 6-29, y ANUARIO 1978, págs. 41-45.

(15) Ver *infra*, págs. 46-47.

único que se ha hecho ha sido ampliar los límites dentro de los cuales el juez puede moverse a la hora de determinar la pena en estos casos. Pero vayamos por partes.

A. *El fundamento de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones.*

Antes de entrar en el análisis de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, piedra angular en la que se ha basado todo intento de elaborar una teoría del concurso, es necesario poner en claro dos cuestiones. La primera de ellas es que dicha distinción no suele abarcar los casos pertenecientes al concurso de leyes. La norma del concurso de leyes no se incluye en la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones. En los supuestos del concurso de leyes no estamos ante una unidad de acción (en el sentido de la distinción que se cuestiona); por eso se habla de *scheinbare Konkurrenz* (concurso aparente) (16). Los casos ubicados en el concurso de leyes no representan en realidad problemas concursales. Lo único que allí se cuestiona es el hecho de que una única acción es subsumible en varios preceptos de la Parte especial, de los que uno excluye a los demás (17). La segunda cuestión hace referencia a la relación existente entre la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones por un lado, y concurso ideal de delitos-concurso real de delitos por otro. En la doctrina se ha establecido una relación entre estas dos distinciones que se corresponde con la aclaración realizada al principio de este apartado de la existencia de problemas que afectan a la teoría del tipo y a la teoría de la determinación de la pena, como los dos polos entre los que discurre el problema concursal. En este sentido, se señala que la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones son conceptos pertenecientes a la teoría del tipo, de los que se hacen derivar unas consecuencias que afectan a la determinación de la pena, esfera en la que aquéllos que se materializan en la forma de concurso ideal y real de delitos, respectivamente. Así, por ejemplo, Geerds (18): «Según nuestra opinión, ambos problemas han de ser claramente diferenciados. Los conceptos de concurrencia ideal y real, es decir, las reglas que hoy se distinguen entre nosotros para los dos casos de concurrencia auténtica, pertenecen, según su finalidad, al ámbito de la consecuencia penal. Por contra, la unidad de acción y la pluralidad de acciones dan cuerpo a los tipos presupuestos en sentido general en los párrafos 73 y 74 ss., conforme a los cuales regula en definitiva la Ley la aplicación diferenciada de varias amenazas penales. Ambos pares de conceptos se encuentran entre sí en relación de tipo y consecuencia penal».

(16) F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Kiel 1961, pág. 237.

(17) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 155.

(18) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 241.

O como escribe Jescheck (19), distinguiendo a su vez del concurso de leyes: «Desde el punto de vista del Derecho vigente, la concurrencia real y la ideal representan formas de determinación combinada de la pena de diversas amenazas penales, mientras que en el concurso de leyes no se trata de una cuestión de determinación de la pena, sino de penetración total de tipos. La diferenciación entre las dos formas de concurrencia auténtica se determina conforme a los conceptos unidad y pluralidad de acciones; la relación de concurso de leyes entre diversos tipos, por contra, sólo puede establecerse mediante la interpretación».

Debe quedar claro que las precisiones acabadas de señalar, sólo pretenden exponer cuál ha sido el planteamiento inicial de la doctrina, sin que por nuestra parte lo tomemos como propio suscribiéndolo, y menos las consecuencias que del mismo puedan derivarse. Sobre este tema hemos de volver más adelante.

En cuanto a otra distinción importante, cual es la existente entre unidad de delito (*Verbrechenseinheit*) y pluralidad de delitos (*Verbrechensmehrheit*), y la correspondiente diferenciación doctrinal *Einheitstheorie-Mehrheitstheorie* nos ocuparemos en otro lugar, ya que la misma posee práctica relevancia dentro del concurso ideal de delitos.

Para la exposición doctrinal de esta temática, hemos seleccionado tres obras que consideramos fundamentales. Se trata de la aportación de H.H. Jescheck a los trabajos de reforma del StGB, publicada en forma de artículo en la ZStW de 1955, ya citado, y que recoge de manera breve y elemental aquellos puntos que ofrecían un interés fundamental en la discusión que se entablaba en torno a la reforma de los parágrafos del StGB sobre esta materia; el escrito de habilitación de F. Geerds, auténtico manual sobre el concurso, publicado con posterioridad a las discusiones sobre la Reforma del Código y cargado de un fuerte sentido crítico frente a la regulación resultante; y, finalmente, del artículo de Rudolf Schmitt, publicado asimismo en la ZStW de 1963 (20) que, con el pretexto de constituir una recensión a la obra de Geerds, es una aportación significativa a la materia. De la abundante bibliografía existente, sobre todo con anterioridad a la Reforma, a lo largo de todo el final del siglo pasado y principios del presente, no haremos uso durante esta exposición salvo en contadas ocasiones, pues los mismos autores con los que nos vamos a confrontar, la han tenido en cuenta de manera exhaustiva, especialmente Geerds. Con posterioridad a los primeros años sesenta, en cambio, no se ha vuelto a escribir una monografía sobre la totalidad de esta temática; y sí, en cambio, sobre puntos muy concreto relacionados con el con-

(19) H. H. JESCHECK, *Die Konkurrenz*, en ZStW (67) 1955, páginas 529-555, pág. 534.

(20) R. SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, en ZStW (75) 1963, págs. 43-62 y 179-219.

curso (21). Sin embargo, las tres obras señaladas, sobre las que vamos a basar nuestra exposición doctrinal, ofrecen un tratamiento exhaustivo del tema.

La tarea fundamental que Jescheck se propone ante el proceso de reforma que se quiere llevar a cabo es plantear la cuestión inicial, de la que va a depender la solución de otros puntos conflictivos, de si resulta deseable para el futuro el mantenimiento de la distinción concurso ideal-concurso real de delitos, si la misma puede exigirse del legislador o incluso si tiene sentido tal distinción.

En respuesta a esta interrogante, toma Jescheck como punto de partida la existencia en el continente europeo de un Derecho penal del tipo, siendo precisamente de ahí de donde se ha derivado la necesidad de resolver problema concursales. Jescheck no quiere entender esta exigencia, como muchas veces se ha querido, en el sentido de que la necesidad de distinguir formas del concurso sea algo a lo que el legislador tenga que someterse, como si se tratara de un problema a resolver conforme a «la naturaleza de las cosas», previo a la intervención del legislador y que éste ha de respetar. Prueba de que no es así es que la problemática concursal no se plantea de igual forma en todos los Ordenamientos jurídicos (22). «Muy por el contrario, la necesidad de distinguir entre formas concursales nace de la circunstancia jurídica de que nuestro Derecho penal conecta determinadas amenazas penales con un sistema de tipos, ordenados conforme a bienes jurídicos. Si el Derecho penal criminal contuviese como tipo penal sólo una cláusula general, al igual que el Derecho penal disciplinario, entonces la distinción entre las dos formas del concurso se reduciría a la cuestión de si el autor la ha infringido una o varias veces. Por otra parte, sería irrelevante la distinción para la medición de la pena si, aunque tuviésemos tipos, la consecuencia penal se determinase únicamente conforme a la personalidad del autor, pues entonces no existiría conflicto alguno entre distintas amenazas penales típicas» (23).

Según Jescheck, aceptada esta premisa, hay que cuestionarse si el legislador ha de proceder a la distinción exigida. Para él, la

(21) El trabajo de G. WARDA, *Grundfragen der Strafrechtlichen Konkurrenzlehre*, en JuS 1964, págs. 81-93, no pasa de ser una buena obra para la formación de jóvenes juristas. La monografía de E. STRUENSE, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, Bonn 1971, que posee muy buenas consideraciones de carácter general (muy escéptico frente a la terminología concursal, pág. 32), contempla en lo fundamental los problemas concursales relacionados con esta forma de aparición del delito (la omisión). Sobre la "unidad natural de acción" hay que señalar la monografía de M. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg 1964, y el trabajo de H. BLEI, *Die natürliche Handlungseinheit*, en JA 1972, págs. 711-714, y 1973, págs. 95-100. Sin olvidar el artículo sobre el concurso de leyes de U. KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, en ZStW (68) 1956, págs. 399-416. En el Derecho español sobre el concurso de leyes: F. PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, Barcelona 1955.

(22) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 537.

(23) JESCHECK, *Konkurrenz*, págs. 537-538.

respuesta es rotundamente afirmativa, pues mientras que el concurso de leyes es una simple cuestión de interpretación que hay que dejar en manos de la doctrina y la jurisprudencia, en cambio, en los supuestos de auténtica concurrencia es necesaria la aplicación simultánea de una pluralidad de tipos para poder caracterizar el total contenido de injusto del hecho, al mismo tiempo que la consecuencia penal ha de surgir de la combinación de las distintas amenazas penales aplicables. Sin embargo, observamos cómo ya ha de defenderse de una posible objeción: «Si los Tribunales han llegado a tratar el concurso de leyes conforme, en cierta medida, al modelo del concurso ideal, se trata siempre de casos excepcionales que, también en el futuro, han de ser resueltos sólo por la 'praxis'» (24). Que ello ocurre en todos los casos calificados como d.s.g. ha sido puesto de relieve en la primera parte de este trabajo. Baste recordar el supuesto del cohecho en que el funcionario era víctima de un error sobre la naturaleza del acto para el que se dejaba sobornar (25). De esta cuestión trataremos de extraer consecuencias más adelante (26). En este lugar sólo nos interesa señalar cómo para Jescheck el legislador penal no puede prescindir de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones en los supuestos de la denominada *concurrencia auténtica*: «Por contra, para la concurrencia ideal y real es totalmente necesaria una regulación legal, pues en estos casos siempre se produce una combinación de tipos y amenazas penales, teniendo que expresar el legislador de qué manera ha de ser realizada».

El siguiente paso lo constituirá el análisis de la distinción entre los casos del concurso ideal y real de delitos, como asimismo la importante cuestión sobre la conveniencia de que el legislador se pronuncie sobre este punto. Como con frecuencia ocurre, la distinción no ofrece dudas cuando se contemplan los casos más simples: «La distinción entre concurrencia ideal y real se alcanza con la máxima claridad contemplando los casos 'standard', que ya materializan externamente la unidad o pluralidad de acciones en forma pura. Caso 'standard' de la concurrencia ideal es la acción unitaria, abarcada por la totalidad de los tipos concurrentes conjuntamente, como la destrucción de un documento custodiado públicamente (§§ 274 Nr. 2, 133, 303); o la acción unitaria con varios resultados externos, como el disparo que no alcanza a la verdadera víctima lesionando a un tercero (§§ 212, 43 y 240), Caso 'standard' del concurso real es, por contra, la pluralidad de acciones punibles del mismo autor, delimitadas entre sí en el espacio y el tiempo, que sólo tienen en común su enjuiciamiento simultáneo» (27). Innecesario resulta señalar que no son éstos los casos que preferentemente interesan al dogmático. Por el contrario, su tarea ha de basarse fundamentalmente en el estudio de los casos

(24) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 538.

(25) ANUARIO 1978, págs. 64-66 y 83-90.

(26) Ver *infra*, III.

(27) JESCHECK, *Konkurrenz*, págs. 538-539.

límites, ya que su función, al fin y al cabo, consiste en delimitar los conceptos jurídicos. Casi toda la evolución de la Ciencia del Derecho se ha basado en el estudio de supuestos excepcionales que han acabado por convertirse en el instrumento que ha permitido superar una determinada concepción sobre el objeto estudiado.

Lo acabado de indicar, no pasa desapercibido a Jescheck (28): «Sin embargo, entre los casos 'standard' de concurrencia ideal y real se deslizan supuestos límites en los que puede ser dudosa la ordenación a una u otra categoría. Conforme a una jurisprudencia indiscutida, ha de aceptarse la concurrencia ideal si la acción subyacente a un tipo se superpone en parte a la correspondiente al otro tipo concurrente, como ocurre, por ejemplo, en el robo-asesinato; incluso aunque no exista en absoluto identidad formal, sino que aquella superposición se produce mediante la realización de la intención delictiva, como en la falsedad documental y la estafa. Más todavía, existirá concurrencia ideal si dos acciones totalmente separadas son unificadas mediante la 'Klammerwirkung' de una tercera acción, con la que cada una de ellas se corresponde en parte; por ejemplo, varios casos independientes de estafa mediante uso continuado de un título falso». Que con ello no se ha obtenido un criterio definitivamente válido lo pone de relieve el hecho de que en otros Ordenamientos los casos analizados son subsumidos en el concurso real.

La última cuestión que en este punto tenía que plantearse Jescheck era la posibilidad de obtener una definición para los conceptos aquí estudiados. El punto de partida en este empeño no podía ser más pesimista: «Si fundamental es trazar la frontera entre unidad y pluralidad de acciones en la concurrencia, la misma dificultad existe frecuentemente en establecerla. Depende por completo del punto de vista del observador, si el objeto ha de ser considerado como unidad o pluralidad. La lucha del Reichsgericht durante decenas de años contra la tendencia de los tribunales inferiores hacia la ampliación del concepto 'unidad natural de acción' muestra claramente que un criterio general y vinculante no puede alcanzarse» (29). El concepto de acción de la teoría del delito, el de acción social (entre cuyos seguidores se encuentra Jescheck), es insuficiente para resolver este problema, como el propio autor reconoce y Geerds, según veremos, ha demostrado claramente. La conclusión de Jescheck, por lo que se refiere a la solución de los casos límites, no puede ser otra que la siguiente: «Die Frage, inwieweit hier Ideal- oder Realkonkurrenz anzunehmen ist, sollte auch in Zukunft der Rechtsprechung überlassen bleiben».

Según Geerds (30), el legislador no ha indicado cuándo existe concurso ideal y cuándo concurso real, pues mientras el § 73 sólo

(28) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 539.

(29) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 540.

(30) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 235-236.

alude a una única acción que lesiona varias normas penales, el § 74 se refiere a varias acciones independientes. Lo mismo podría postularse de la redacción de los correspondientes artículos de nuestro Código penal. La precisión de estos conceptos, pues, ha quedado a disposición de jurisprudencia y doctrina. El siguiente paso para Geerds consistirá en poner de manifiesto qué relación existe entre los conceptos unidad y pluralidad de acciones por un lado, y de concurso ideal y real de delitos por otro, aspecto al que ya nos hemos referido con anterioridad. Por esa razón, sólo queremos consignar brevemente la particular opinión de Geerds sobre este punto: «Por falta de claridad en la relación mutua de este par de conceptos, se habla a veces de una peculiar doble posición de la concurrencia entre la teoría del tipo y la teoría de la pena. Ello, sin embargo, es incorrecto en esta generalidad. Si la concurrencia auténtica se ocupa de reglamentar las consecuencias jurídicas, es decir, la aplicación de la pena, pertenece en definitiva al ámbito de la teoría de la consecuencia jurídica. La teoría del tipo sólo puede ejercer una influencia mediata en el enjuiciamiento de la relación concursal sobre la fundamentación de la pena. Pues esta teoría, en cuanto conduce a una única unidad de delito que abarca la totalidad, puede excluir la concurrencia o en cierta medida actuar predeterminando la de los tipos penales, es decir, unidad o pluralidad de acciones. Si la teoría del hecho penal (del concepto de delito) se ocupa de la cuestión de qué presupone la punibilidad en atención a un único precepto penal, limita al mismo tiempo el ámbito de lo punible en la realidad de la vida, a determinar por medio de la interpretación de los tipos penales afectados. Si ello lleva en la concurrencia a determinadas consecuencias, no significa, sin embargo, nada para la supuesta doble posición de la teoría del concurso entre la teoría del hecho penal y la teoría de la consecuencia penal. Por el contrario, vemos la tarea de las reglas de la concurrencia precisamente en la formación de las consecuencias derivadas de la sistemática abstracta de nuestra Ley, en atención a la punición óptima del delincuente. La teoría del hecho penal es sólo el correlato de nuestro sistema del tipo. Incluso aunque el problema del concurso auténtico —como se dijo— es una consecuencia de este sistema, asimismo, sin embargo, su tarea se encuentra en otro lugar, el de la consecuencia jurídica» (31).

El sutil criterio de Geerds va encaminado a una finalidad primordialmente, como enseguida veremos, cual es la de distanciar el auténtico problema concursal de la determinación de la pena en estos casos de conflictos de normas penales de cualquier prejuicio derivado de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones. Por eso concluye este apartado: «Sólo si tenemos claro que la concurrencia ideal y real, conforme a la regla vigente de la concurrencia auténtica, aparecen como formas distintas de apli-

(31) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 242-243.

cación de la pena, en oposición a los conceptos de unidad y pluralidad de acciones como sus correspondientes tipos legales, podremos comprender correctamente y valorar adecuadamente la regla actual y la teoría».

Salvada esta dificultad, podemos pasar al análisis de los criterios de diferenciación unidad de acción-pluralidad de acciones. El punto de partida es la crítica, al igual que veíamos en Jescheck, de la opinión favorable a ver dicha diferencia en la realidad prejurídica. También es de señalar cómo la doctrina sólo se ha ocupado del concepto «unidad de acción», procediendo de esa forma a una definición negativa del de «pluralidad de acciones». Este procedimiento es inconsecuente, pues la regulación actual hace depender de esta distinción efectos importantes. Por eso, se va a proponer Geerds como primera tarea la de señalar en qué medida puede hablarse de una contraposición unidad-pluralidad. Sin que ello signifique pronunciamiento alguno sobre el significado que la distinción tiene en el Derecho actual para la determinación de la pena (32).

Entre las soluciones rechazables dadas por la doctrina hay que señalar en primer lugar aquéllas que se amparan en el tenor literal de los preceptos reguladores, como, asimismo, las que se refieren a circunstancias de hecho tal como aparecen en la realidad de la vida (33). También hay que rechazar aquellas posiciones que diferencian diversos casos de unidad de acción, contraponiendo sobre todo la unidad jurídica a la unidad natural; como, asimismo, aquéllas que ven la diferencia en la realidad preexistente al Ordenamiento jurídico, mientras que otras hablan de conceptos específicamente jurídicos, pues ni las unas ni las otras llenan la diferenciación de contenido.

Las opiniones actualmente dominantes parten de que los conceptos «Unidad» y «Pluralidad» preexisten al Derecho. Se piensa que los mismos pueden extraerse fácilmente de la realidad prejurídica. Por ello hay que partir de una unidad natural de acción. En este sentido, se distinguen dos clases de «consideraciones naturales». Mayoritariamente se procede a una consideración consistente en una valoración específicamente jurídico-normativa de los hechos ocurridos. Lo decisivo no es el devenir de las cosas, sino su sentido social en relación con el Ordenamiento jurídico-penal, sentido que los representantes de esta corriente de opinión no se preocupan de especificar. Sobre todo metódicamente, choca querer extraer consecuencias normativas de acontecimientos de hecho (34).

Estas objeciones pueden evitarse por quienes, como Maurach, atienden para dicha consideración natural al plan del autor. Pues el plan total del autor incorpora un «finalen Faktor mit einheitli-

(32) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 244 ss.

(33) Para más detalle, vase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 245-246.

(34) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 247-248.

cher Zielsetzung». Esta concepción nos lleva al terreno de la doctrina final de la acción. Sin entrar en la discusión sobre la relevancia del concepto de acción de la teoría del delito para la solución de nuestro problema concursal, puede señalarse por lo que se refiere al tipo penal (como el mismo Welzel ha puesto de relieve entre los finalistas) que esta concepción olvida el contenido normativo del tipo como valoración jurídico social del comportamiento del autor (frente al tipo como realización volitiva final). De todo, concluye Geerds (35): «Unidad y pluralidad de acciones no sólo han de ser concebidas como conceptos jurídicos de los tipos legales de los §§ 73 y 74, sino que además su contenido sólo es aprehensible jurídicamente desde el sentido de la regla de la concurrencia». No se trata, pues, de conceptos preexistentes al Derecho.

Por otros autores, entre los que destaca Honig, en cambio, se señala la naturaleza jurídico-penal de estos conceptos, rechazándose la concepción naturalista y recurriendo a los tipos penales para indicar la identidad de los actos de ejecución a valorar. A nadie se le escapa, sin embargo, las dificultades de tal distinción en la praxis. Lo insatisfactorio, para Geerds, de esta posición va a estar en su formalismo, ya que no se analiza la naturaleza de estos conceptos. Su error metodológico está en limitarse a poner de relieve cómo las consecuencias penales a deducir se hacen derivar del sistema penal del tipo seguido, orientado a tipos abstractos. Sin embargo, se omite toda referencia a las consecuencias a extraer, y si sólo este criterio del tipo legal constituye la contraposición de nuestro par de conceptos, insuficiencia puesta de relieve por las figuras de la unidad natural de acción y el delito continuado (36).

Por otro lado, quedan por analizar aquellas posiciones que sí buscan un contenido de sentido para la distinción. Entre ellas se encuentra la de H. Mayer. Para Mayer, el sentido de la contraposición está en la diferente valoración de la culpabilidad, siendo definitivo que exista o no una decisión volitiva unitaria. Esta opinión, aparentemente equiparable a la de Welzel y Maurach, no atiende, sin embargo, a la meta subjetiva perseguida por el autor. Muy por el contrario, Mayer parte de la naturaleza específicamente jurídico-penal de este par de conceptos, a los que da un contenido material. En este sentido, reconoce una unidad natural de acción cuando ésta tiene su origen en una decisión unitaria, incluso cuando la misma se forme durante la ejecución. Lo esencial no es la meta subjetiva del autor sino la valoración del acontecimiento real desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico. Una decisión volitiva es sólo independiente cuando la valoración de la culpabilidad desde el Ordenamiento jurídico posee un significado autónomo. De esta manera, obtiene Mayer, frente

(35) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 249.

(36) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 249 ss.

al resto de la doctrina, una definición positiva del concepto «pluralidad de acciones». Una objeción fundamental debe hacerse a esta posición: con la «valoración de la culpabilidad» sólo se caracteriza de manera incompleta el contenido de este par de conceptos (37).

Desde otro punto de vista, intenta K. Peters hallar el buscado sentido de los conceptos, esta vez en el terreno de la medición de la pena. Consecuente con su punto de partida, rechazará Geerds esta posición, por cuanto delimita en demasía el problema al campo de la consecuencia jurídica, confundiendo con ello resultados y presupuestos (38).

Para Geerds, pues, el par de conceptos unidad de acción-pluralidad de acciones es de naturaleza jurídica, habiendo de ser extraídos además de las normas reguladoras del concurso (39): «Unidad y pluralidad de acciones sólo son aprehensibles desde el sentido de la concurrencia auténtica de la mano de la regla vigente, que distingue en las consecuencias entre concurrencia ideal y real. Si en la concurrencia auténtica se trata de regular la forma y manera de aplicar conjuntamente una pluralidad de amenazas penales sobre el delincuente, es claro que unidad y pluralidad de acciones como tipos legales de estas formas concursales, en conexión con las cuales nuestra ley diferencia en los parágrafos 73 y 74 en las consecuencias jurídicas, son conceptos jurídicos».

Especial importancia en Geerds para la caracterización de los conceptos en cuestión tiene la distinción *Verbrechenseinheit-Verbrechensmehrheit*, con la que hace referencia al hecho de que en el concurso ideal de delitos estamos ante un caso de «*kombinierten Strafanwendungseinheit*», es decir, una pluralidad de amenazas penales aparecen unidas como consecuencia del precepto concursal. Con ello ubica Geerds consecuentemente los conceptos de unidad y pluralidad de acciones en el marco de la teoría del tipo. Veamos como expone su opinión de mano de la figura llamada «*tatbestandliche Handlungseinheit*» (40): «Según nuestra opinión, el contenido de los conceptos unidad y pluralidad de acciones hay que verlo, lo que hasta ahora no ha sido suficientemente reconocido, en que se trata de dos casos diferenciados de aplicación de la pena, es decir, de la forma y manera de combinación de las amenazas penales a aplicar, conforme a la representación más o menos consciente del legislador y de la doctrina dominante. Si sólo tenemos una única unidad de delito que abarque la totalidad de lo ocurrido realmente, no hay ninguna dificultad para aplicar la correspondiente amenaza penal. Aquí, el juez puede tomar del marco penal del precepto en cuestión la clase de pena y la medida que le parezca justa. En este caso preferiríamos hablar de una simple unidad de aplicación penal, en la que sólo surgen pro-

(37) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 250-251.

(38) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 251-252.

(39) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 252.

(40) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 256-257.

blemas de medición de la pena dentro del marco determinado legalmente. Distintos, sin embargo, son los casos de concurrencia auténtica. Aquí hay que aplicar varias leyes penales, o la misma varias veces, para combinar una pluralidad de amenazas penales. Si nuestra Ley persigue en el § 73 en cierta manera una aplicación unitaria de las consecuencias penales remitiéndose a la más grave de las leyes a aplicar, mientras que en el § 74 y ss., partiendo de cada una de las penas —según su clase—, las reúne de una forma o de otra, entonces parece correcto hablar de unidad o pluralidad en la aplicación de la pena, en lugar de unidad o pluralidad de acciones. En este sentido, la unidad de acción del § 73, en oposición a la simple unidad de aplicación de la pena de una unidad de delito, habrá de ser concebida como unidad combinada de aplicación de la pena, porque aquí una pluralidad de amenazas penales son agrupadas como unidad especial mediante el precepto concursal».

Mayor interés aún tiene la opinión de Geerds al confrontarse con nuestra problemática de «lege ferenda» en la última parte de su extensa obra. Las dificultades de delimitar los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones no son motivo suficiente para prescindir de los mismos: «Colocados en el punto de vista aquí defendido, apenas se podrá decir, en relación con las dificultades existentes en la aplicación de los tipos abstractos a la realidad de la vida, que estas objeciones exceden el límite tolerado por la seguridad jurídica. Conforme a ello, es sólo condicionalmente correcto que Höpfner diga que una delimitación rigurosa entre unidad y pluralidad de acciones no existe, y que trazar una delimitación precisa sería lo mismo que intentar la solución de la cuadratura del círculo. Si la delimitación unidad-pluralidad de acciones trae necesariamente una serie de cuestiones discutibles y dudosas, que son objetables para la aplicación práctica y con ello, a nuestro parecer, para la seguridad jurídica, sin embargo no se puede negar que la diferenciación entre unidad y pluralidad de acciones tiene un contenido de sentido muy determinado bajo la idea de aplicación de la pena. Las dificultades de diferenciación, diferenciación que se debería mantener también 'de lege ferenda', no exceden de la medida que aceptamos en otras materias de Derecho penal —por ejemplo, en la teoría de la tentativa—» (41).

Muy por el contrario, la razón señalada por Geerds a los efectos de superar la distinción va a residir en el hecho de que mientras nuestros ordenamientos legales del tipo permiten la dislocación de un determinado comportamiento humano para su ubicación en uno o varios tipos, dicho comportamiento se presenta en la realidad como unidad irreductible, que por tanto debe ser unitariamente enjuiciado, no debiendo depender de hechos tan accidentales como que el legislador haya previsto un solo tipo

(41) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 424.

que lo abarque en su totalidad o en cambio sea necesaria una pluralidad de aquéllos para aprehenderlo en toda su extensión.

Geerds argumenta de la siguiente forma. Por aplicación de la ley penal en la concurrencia auténtica se entiende la forma y medida en que han de producir sus efectos las diversas amenazas penales de los preceptos realmente concurrentes. Toda esta problemática se basa en la realidad de la función, más que en la cuestión teórica de si un precepto penal ha de aplicarse formal y materialmente. Por eso nunca podemos perder de vista la figura del delincuente y su actuar, que pertenecen a la realidad de la vida. De la misma forma que éstos no pueden ser descompuestos, asimismo su punición ha de ser concebida como una realidad. Por esa razón, hemos de tener serias reservas ante distinciones como las de unidad de aplicación de la pena (*Strafanwendungseinheit*) y pluralidad de las mismas (*Strafanwendungsmehrheit*). Estas reservas tienen dos fundamentos: Si en la concurrencia conectamos con la unidad de delito (*Verbrechenseinheit*) sólo cabe una de estas dos soluciones opuestas. O bien hemos de partir de una pluralidad de preceptos penales a aplicar, dada la pluralidad de presunciones penales o unidades de delito que la concurrencia auténtica presupone. O bien reunir la pluralidad de las leyes penales a aplicar en una unidad, en atención a la realidad de la punición sobre la persona del delincuente. Por supuesto que estamos ante una pluralidad de delitos, pero hemos de ver la manera de reducirlos a unidad, «unidad» no entendida en este caso como contrapuesta a «pluralidad», sino presuponiéndola. Sobre este punto, desgraciadamente, no se ha pronunciado el legislador (42).

Por todas las razones indicadas, tiene que concluir Geerds (43) lógica y consecuentemente rechazando la idoneidad de la diferenciación unidad de acción-pluralidad de acciones en materia concursal: «El Derecho vigente y la doctrina actual sobre el concurso son, en nuestra opinión, rechazables, porque distinguen entre unidad y pluralidad de acciones como formas distintas de aparición de la concurrencia auténtica. El desarrollo de la voluntad de un único delincuente, que ha de ser contemplado psicológicamente y en atención a la pluralidad de realizaciones típicas como pluralidad en la concurrencia auténtica, se presenta —mirado circunstancialmente— de manera más o menos evidente como un comportamiento que discurre continuo, lo que en la punición de este hombre ha de ser valorado politicocriminalmente como una unidad. En la medida en que ésta no resulta de la unidad totalizadora del delito, es decir, en todos los casos de concurrencia auténtica, no puede distinguirse en la eficacia conjunta de las varias leyes penales entre unidad y pluralidad, sino que han de reunirse las amenazas penales conectadas con los tipos abstractos en una

(42) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 429-431.

(43) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 440.

unidad combinada de aplicación de la pena (*kombinierte Strafanwendungseinheit*)».

Poco nos vamos a detener en este momento sobre la investigación de Rudolf Schmitt, cuyo interés se pondrá de manifiesto en su lugar adecuado. En esta ocasión, sin embargo, y para evitar extendernos demasiado, sólo vamos a ver su posición ante la propuesta de Geerds de prescindir de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, cuyos argumentos ya conocemos. Para R. Schmitt, dos son en lo fundamental las razones que abogan por el mantenimiento de la distinción señalada, pese a suscribir la conveniencia del sistema de la *pena única* para todas las modalidades del concurso (este es el segundo pilar de la teoría de concurso, del que nos ocuparemos en el apartado siguiente).

El primer argumento, presupuesta la pena única, consiste en prevenir de los peligros que supondría el hecho de que el juez no se viese obligado a recoger en su resolución el tenor de los preceptos de la Parte especial aplicados y determinantes de la solución concursal seguida, es decir, la relación entre los preceptos penales conculcados: «Ya desde el ángulo del Derecho material surgen aquí objeciones importantes. Arriba hemos podido atajar el reproche de que la pena única conduzca a constataciones insuficientes del tipo con la indicación de que cada delito subyacente al enjuiciamiento y su relación mutua deberán ser recogidos en el tenor. Pero si se renuncia a la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, entonces deberán ser indicados en el tenor los tipos realizados, pero no su relación mutua ni (en el caso de realización homogénea) su número. Con ello surge un peligro tan grande de constatación sumaria del tipo como en el delito continuado» (44).

El segundo, íntimamente relacionado con el anterior, hace referencia a la falta de seguridad jurídica que de tal proceder se deriva en el momento de determinar la pena, ya que no viéndose el juez en la obligación de motivar su resolución en base a los preceptos penales aplicados, desaparecerá el mejor argumento de los tribunales de instancia para casar las sentencias pronunciadas por los tribunales inferiores. Contra este peligro operaría el mantenimiento de los conceptos en discusión, pese al reconocimiento de la pena única para todo el concurso: «Mayores son los peligros en el terreno de la medición de la pena. Incluso bajo el sistema de la pena única, el número de acciones a enjuiciar permanece como un factor importante de determinación, quizá el más importante. Si se le quita al juez este factor, aumenta el peligro existente en la pena única de la penetración de puntos de vista extraños de determinación de la pena. Ello no ha pasado desapercibido a Geerds, y por eso se ha esforzado en mantener este factor de medición. La medición de la pena ha de conectar en primera línea con la pluralidad de tipos penales realizados,

(44) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 214.

pero en segundo lugar ha de considerar también si existen 'varios actos externamente diferenciados'. Con seguridad es posible por este camino una medición satisfactoria de la pena. Pero, al margen de que con ello introduce Geerds la distinción por él rechazada, no se trata de hacer posible por el camino indicado una medición de la pena irreprochable, sino de garantizarla. Con ello puede decirse que sin la distinción entre unidad y pluralidad de acciones los peligros de una determinación insuficiente de la pena son mayores, y las posibilidades de control de los tribunales de instancia menores, que con la introducción de la pena única bajo el mantenimiento de aquella distinción» (45).

El estudio del par de conceptos acabado de hacer es de especial importancia para cualquier tema concursal, por muy concreto que éste sea. Si bien la problemática a que se refiere parece estar referida primera y fundamentalmente a señalar la frontera entre el concurso ideal y real de delitos (supuestos de la llamada concurrencia auténtica), sin embargo, reducir su ámbito de esa manera significaría una simplificación del problema. De las varias razones que justifican el estudio de este tema en un trabajo sobre la distinción del concurso de leyes y el ideal de delitos, destacan dos fundamentalmente. La primera de ellas es que en nuestro Derecho uno de los supuestos que en el concurso juega un papel crítico fundamental, nos estamos refiriendo al *delito continuado*, se someta al tratamiento del concurso de leyes, para evitar tener que aplicar el sistema de sanciones correspondiente al concurso real de delitos, a cuyo ámbito pertenece el tema por naturaleza (46). En Alemania no ha ocurrido así, sino que con la misma finalidad atenuatoria se le ha ubicado en el concurso ideal de delitos, por lo que un problema cuyo estudio se reduce fundamentalmente a la estimación de la unidad o pluralidad de acciones no se sacaba del concurso ideal; por eso, la cuestión de la distinción unidad-pluralidad de acciones se limita al concurso ideal y real de delitos. Si en Alemania se hubiera ubicado el delito continuado en el concurso aparente, habría sido necesario introducir esta modalidad concursal en la distinción fundamental entre los conceptos de unidad y pluralidad de acciones.

Pero es que, además, como segunda razón, puede verse claramente que en la misma doctrina alemana existen determinados casos en los que en puridad estamos ante una pluralidad de acciones resueltas conforme al concurso de leyes. Prueba evidente de ello son los *actos previos y posteriores impunes*, en relación con la acción principal (47); o, en general, todos los supuestos de

(45) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 214-215.

(46) Véase, por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, página 369: "Dabei handelt es sich um einer Konstruktion, die vor allem die sonst nach § 53 (concurso real) erforderliche Bildung einer Gesamtstrafe vermeiden soll".

(47) Dentro del concurso de leyes, estudia SAMSON estas figuras como formas de la relación de *consumción*: SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, págs. 378-379.

la llamada *unidad natural de acción* (48). Y no digamos los supuestos de *unidad típica de acción* (49). Precisamente estas razones de índole técnica, junto con otras de política criminal (derivadas de la nocividad de aplicar una pena excesivamente larga) (50), son las que han llevado a Geerds en definitiva a rechazar los conceptos de unidad y pluralidad de acciones como criterios sobre los que asentar las modalidades del concurso. La verdad es que el balance sobre las ventajas de operar con dichos conceptos se revela muy pobre. Basarse para su mantenimiento en la existencia entre nosotros de un Derecho penal del tipo es harto discutible, si bien es acertado sostener que de ahí se derivan los problemas concursales. Pero precisamente por eso, la solución ha de estar necesariamente en el tipo, y no en la acción como se pretendía (51).

Un hecho sintomático de lo que acabamos de decir nos lo muestran las conclusiones a que llega R. Schmitt, y que con anterioridad recogimos. Para Rudolf Schmitt, como se recordará, lo importante en definitiva es conseguir que los problemas concursales se resuelvan de una forma racional y justa, además en el campo de la pena, donde, en realidad, se manifiestan los efectos de las normas concursales. La mejor solución para ello: llevar al Código la idea de «pena única» para ambas modalidades de la concurrencia auténtica (sobre este tema hablaremos exhaustivamente a continuación, en el siguiente epígrafe), es decir, establecer un marco común de la pena para ambas modalidades. Esta idea es aceptada mayoritariamente por la doctrina alemana que se ha ocupado del tema (52). Entre los defensores más firmes de esta idea se encuentra R. Schmitt. Ahora bien, el mantenimiento de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones está llamado a jugar un papel relevante; pues, con buen criterio, el marco unitario señalado para el concurso sólo nos indica el margen, más

(48) La doctrina alemana rechaza esta figura. Ver, por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, págs. 366-367.

(49) Sobre las distintas constelaciones de supuestos que constituyen esta categoría concursal, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, páginas 367-369.

(50) Ver *infra*, págs. 19-28.

(51) Como muy acertadamente pone de relieve STRATENWERTH, sólo dos extremos de la distinción unidad-pluralidad de acciones no admiten discusión: donde el comportamiento penalmente relevante se exterioriza en una sola decisión de voluntad y un único acto de ejecución (aunque los resultados sean varios) sólo puede estimarse unidad de acción. Donde una pluralidad de actos sólo tienen en común la unidad de autor y de proceso puede hablarse de pluralidad de acciones. STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 326. En el mismo sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, pág. 365.

(52) Sobre la discusión en este punto, con motivo de la reforma, véase R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 193-196. Es curioso observar cómo mientras la totalidad de la doctrina se pronunció en favor de la *pena única*, un sector considerable de los representantes del mundo de la 'praxis' lo hizo en favor de mantener el criterio diferenciador.

amplio que el correspondiente a cualquier tipo de la Parte especial, dentro del cual puede moverse el juez. Sin que ello suponga que éste pueda hacerlo a su libre arbitrio, sin necesidad de tener que justificar su decisión. Muy por el contrario, tendrá que hacerlo, y su inobservancia debe dar lugar a la posibilidad de casación. Pues en su quehacer el juez obra vinculado a Derecho, en este caso la pena a señalar; pero no en base a la unidad o pluralidad de acciones, inoperante como Geerds ha expuesto convincentemente, pese al criterio y la intención de R. Schmitt, que nos parecen justos, sino en base a los tipos en cuestión, pues su realización y la pena señalada en ellos son los criterios a que debe asirse el juez para justificar la pena impuesta en base a la norma concursal. Así, pues, *los tipos realizados y no la unidad o pluralidad de acciones es el criterio fundamental a que acudir para la solución de los problemas concursales.*

Con ello, sin embargo, no se resuelven todos nuestros problemas, pues dejando de momento el tema pluralidad de acciones-concurso ideal, y ciñéndonos al concepto unidad de acción, dentro del cual se plantean los problemas delimitativos que en este trabajo nos hemos propuesto analizar, surgen un par de cuestiones a considerar en este momento. La primera de ellas de la mano de la distinción acuñada por la doctrina entre los conceptos *einheitdelikt* y *Mehrheitdelikt* (53), que sirven de base para el estudio del concurso ideal. Sabido de todos es que la doctrina distingue dos modalidades del concurso ideal: *gleichartige Idealkonkurrenz* y *ungleichartige Idealkonkurrenz* (54). Sin embargo, mientras la doctrina dominante quiere estima en ambas modalidades los mismos efectos, una minoría de autores, entre los que se encuentra Geerds, sólo quiere ver un concurso ideal de delitos en la *ungleichartige Idealkonkurrenz*, pues sólo en ella se aplica una pluralidad de normas penales (*Strafanwendungsmehrheit*), que en definitiva era el criterio con que Geerds quería superar la distinción en base a los conceptos unidad y pluralidad de acciones de los distintos supuestos del concurso (55). Dicho de otra manera mientras que en la muerte de varias personas ocasionada por el lanzamiento de una granada la doctrina dominante estima un concurso ideal homogéneo de tantos homicidios (o asesinatos) como víctimas, un sector minoritario considera un solo delito de homicidio, pues la norma del homicidio (o la del asesinato) es la única aplicada (56). Y todavía hay un tercer sector, más minoritario aún que el anterior, que quiere ver en este caso un concurso real de

(53) Una exposición muy completa sobre esta discusión teórica puede verse en GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 322-327, con indicaciones bibliográficas.

(54) Véase, por todo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3. Aufl., Berlin 1978, pág. 588.

(55) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 271-274. En contra, con argumentos convincentes, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 184-186.

(56) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 273.

delitos (57). Sobre este extremo del concurso ideal se entabló hace algún tiempo una polémica entre defensores de la *Einheitstheorie* y defensores de la *mehrheitstheorie* (58). El problema venía condicionado en parte por la antigua redacción del StGB. Prueba de ello es que quienes querían someter este grupo de casos a la norma del concurso ideal de delitos estimaban la aplicación del antiguo § 73 por analogía. Quienes sostenían la teoría del concurso real de delitos, como entre nosotros ha hecho recientemente Mir Puig (59), sin embargo, difícilmente podrían encontrar apoyo en la redacción legal, siendo su criterio de interpretación «contra legem» y en perjuicio del reo (60). Como ya apuntábamos, la situación se ha aclarado, creemos que definitivamente, en la redacción del nuevo StGB, que prevé expresamente en el § 52 la hipótesis de la *gleichartige Idealkonkurrenz*, con los mismos efectos del concurso ideal homogéneo: «Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmal, so wird nur auf eine Strafe erkannt».

Este criterio de considerar como auténtico concurso ideal los casos de *gleichartige Idealkonkurrenz* creo que, aparte de ser el más armonizable con la letra de la Ley, es el que mejor satisface las exigencias de una «teoría de la medición de la pena racional». Jescheck se ha pronunciado sobre este extremo de una forma que compartimos en su totalidad: «Para mí es decisivo el punto de vista práctico de que la agravación del máximo de la pena debe producirse si el autor mata con una granada de mano a veinte personas, en una carta injuria a varios individuos o en una ocasión abusa deshonestamente de varios niños. Por lo demás, tengo por defendible esta conclusión desde el punto de vista de la *Einheitstheorie*, pues de esa forma puedo imaginarme una única acción que experimenta su tratamiento jurídico total sólo mediante la aplicación múltiple de un mismo tipo» (61). No es este el lugar de ocuparnos de si el criterio expuesto puede ser aplicado a cualquier grupo de delitos, o sólo a aquéllos que protegen bienes personalísimos. Ahora sólo nos interesa resaltar que el concurso ideal de delitos se extiende a supuestos de identidad de norma penal violada, y que los problemas delimitativos que en este caso se plantean podrán referirse, como un amplio sector de la doctrina señalada, a la frontera entre el concurso ideal y el de leyes, y nunca al concurso real de delitos, como afirma Mir

(57) Ver GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 273, nota (173) "in fine".

(58) Estos conceptos se corresponden con los de *Einheitsdelikt* y *Mehrheitsdelikt*. Ver *supra*, nota (53).

(59) MIR PUIG, S., *El delito de coacciones en el Código penal*, ANUARIO, 1977, págs. 269-306. Ver págs. 302-304. Ya con anterioridad, en el mismo sentido: J. CÓRDOBA RODA, *El delito de detenciones ilegales en el Código penal español*, ANUARIO, 1965, págs. 28-31.

(60) En el mismo sentido, para el Derecho alemán, se pronunció GEERDS. Ver nota (57).

(61) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 547.

Puig para la unidad de acción con pluralidad de coaccionados. Aquí vemos cómo el concepto unidad de acción produce el efecto de impedir estimar concurso real de delitos. Y ello aunque pueda parecer que no hay diferencia de gravedad entre matar a una pluralidad de personas mediante el lanzamiento de una granada o mediante disparos sucesivos (62). Pese a ello, la Ley parece clara en este extremo de hacer incompatible la unidad de acción con el concurso real de delitos (63). Incluso, además, con un criterio de política criminal, de etiología criminal, puede encontrarse base para justificar la diferencia de tratamiento. Una actuación del autor reiterada y sucesiva manifiesta un «animus» o permanencia en su actitud antisocial más grave que la de quien actúa «de una vez». La misma cantidad de dinero hurtada en una ocasión manifiesta una actitud delictiva menos grave que la de quien se apodera de aquella cantidad en actuaciones sucesivas. lo que debe trascender a la hora de determinar la pena (64).

En segundo lugar, nos interesa resaltar una peculiaridad de la regulación del concurso ideal de delitos en nuestro Derecho. Concretamente nos estamos refiriendo al párrafo primero del artículo 71 «in fine» que extiende los efectos del concurso ideal de delitos a los supuestos de la *relación medio-fin*. No es este el lugar de ocuparnos «in extenso» de este tema, que afecta de lleno al concurso ideal, del que forma una modalidad y que tan penetrantemente ha sido tratado por Córdoba Roda (65). No obstante, no podemos dejar de hacer aquí algunas consideraciones, de la mano, además, del autor aludido. Para Córdoba Roda, esta modalidad del concurso ideal suele estar formada por dos grupos de casos. Bien puede ocurrir que uno de los extremos del nexo, o ambos, esté constituido por un delito continuado (serie de falsedades y estafas en concurso individualmente entre sí; concurso de dos delitos continuados: uno de estafa y otro de falsedades, unificados por la común finalidad defraudatoria; serie de falsedades como continuidad delictiva para la estafa unitaria). Bien, en cambio, que el delito medio o el delito fin estén formados por una pluralidad de infracciones (dos falsedades distintas encaminadas a la comisión de una estafa; uso de nombre indebido del artículo 322 una pluralidad de veces para producir varias estafas). Todavía señala Córdoba, en conexión con el último grupo, un supuesto de varias relaciones mediales encadenadas entre sí:

(62) MIR PUIG, *El delito de coacciones*, pág. 303.

(63) La situación en nuestro Derecho es prácticamente la misma que en Alemania con anterioridad a la reforma, careciendo el artículo 71 del Código de una referencia expresa al concurso ideal homogéneo. No creo que haya de acudirse a una interpretación analógica para incluir los supuestos del llamado concurso ideal homogéneo en el tenor del artículo 71.

(64) En cuanto a la conveniencia de acercar el delito continuado al tratamiento penal del concurso real de delitos, véase *infra*, pág. 45, nota. (150 bis).

(65) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, art. 71, págs. 350-375.

como puede ser el allanamiento de morada para causar lesiones, que a su vez se ocasionan para violar (66).

Para Córdoba Roda, después de analizar las posibles fórmulas de solución del arduo problema planteado por estos casos tan complejos, parece necesario llegar a la conclusión de que siempre habrá que estimar un único concurso ideal de delitos (67), evitándose de este modo tener que aplicar la modalidad más grave del concurso real. Esta actitud interpretativa nos parece encomiable.

No obstante, creemos necesario hacer algunas consideraciones que refuercen y limiten la solución propuesta. Un análisis minucioso de los supuestos jurisprudenciales citados por Córdoba Roda pone de manifiesto que en todos ellos las acciones delictivas se superponen al menor en parte (en la doctrina alemana se habla en estos casos de *Teilidentität*, para diferenciarlos de aquéllos en que la pluralidad de tipos se realiza mediante la misma acción o *Vollidentität*, como ocurre, por ejemplo, con el yacimiento, que realiza al mismo tiempo los tipos de incesto y adulterio) (68); o bien, nos encontramos ante dos tipos que no tienen entre sí directamente nada en común, pero aparecen unidos por un tercer tipo mediante el que se realizan en un acto idéntico de ejecución (en este caso se habla de *Verklammerung*) (69). Un ejemplo de «*Teilidentität*» lo tenemos en el uso de un documento falso que a su vez constituye el primer acto de un delito de estafa, sin que a ello obste que el delito medio o el delito fin esté constituido por un delito continuado (70).

En todos los casos estudiados por Córdoba, estamos ante supuestos de este tipo, salvo en el último que es un auténtico caso de «*Verklammerung*» ya que aparecen conectados tres delitos, de los cuales dos no tienen nada en común (lesiones y violación), salvo que ambos se realizan en «*Teilidentität*» con un delito de allanamiento de morada. Por esa razón hay que estimar un único concurso ideal de delitos, llegándose a la misma solución que propone Córdoba.

Resulta interesante descubrir que los grupos de casos observados constituyen las diversas posibilidades del concurso ideal elaboradas por la doctrina alemana, pese a que el StGB no contiene un precepto semejante al que ha dado lugar a esta exposición. Tan sólo queda indicar que el recurso de la «*Verklammerung*» encuentra un límite en aquellos casos en que los delitos «comprendidos» por el delito común sean ambos de mayor gravedad que éste, desapareciendo la solución del concurso ideal, ya que no existe más remedio que acudir a las penas señaladas en cada uno de los tipos realizados, estando ante un concurso real

(66) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, págs. 366-367.

(67) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, págs. 368.

(68) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 47.

(69) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 48.

(70) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 47.

de delitos (71). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de los delitos de homicidio imprudente y tentativa de homicidio unidos por el común delito de omisión del deber de socorro (72). La norma del concurso real, y no la del ideal de delitos, habrá de aplicarse. Pese a sus impugnadores (73), este criterio nos parece muy acertado desde todos los puntos de vista, sobre todo de justicia material, ya que sería absurdo otorgar un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el simple hecho de que «además» hayan sido realizados en unión de otro menos grave, desapareciendo entonces (y no siempre, como pretende un sector de la doctrina) (74) la razón que justifica el régimen menos severo del concurso ideal de delitos. En el tratamiento de este clásico problema concursal vemos una prueba más de lo que inicialmente nos parecía la función de la normativa concursal, y que hemos tenido ocasión de reiterar muchas veces. Es la configuración de los tipos de la Parte especial en conjunto la que en definitiva nos permite obtener una solución concursal u otra de las ofrecidas al intérprete por la ley. Que en dicha operación juega un papel interpretativo fundamental la pena asignada por el legislador a cada uno de los tipos en conflicto, salta a la vista en el último supuesto de «Verklammerung» analizado, donde es en base a la pena como se decide que la modalidad concursal a estimar sea la del concurso ideal o la del real de delitos.

Pocos temas han preocupado tanto a la doctrina que ha estudiado la normativa concursal como el *delito continuado*, por su frecuente aparición en la práctica y por su difícil solución dogmática. Aún en la actualidad no se ha hecho de él un concepto pacífico (75). Tan sólo un aspecto parece claro: su estimación está encaminada a evitar los efectos del concurso real de delitos (76). De aspectos esenciales del tema, como los requisitos o la conveniencia de su regulación legal, no nos ocuparemos en esta ocasión. Ahora sólo queremos llamar la atención sobre dos extremos: lo primero que nos ha sorprendido es que para evitar siempre los efectos del concurso real de delitos, la doctrina española no ha querido ver en el delito continuado un problema concursal, sino un único delito de estafa, por ejemplo (77); mientras que en

(71) STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, págs. 26-29. Véase *infra*, III *in fine*.

(72) El delito de homicidio (art. 407) y el homicidio imprudente (artículos 565, I y V, 407) son sancionados en nuestro Derecho con penas más graves que la omisión del deber de socorro (art. 489 bis, III).

(73) Véase SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, págs. 382-383.

(74) Esta es la argumentación de R. SCHMITT para rechazar el concepto: R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 48.

(75) Véase SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, pág. 369.

(76) Sobre las desventajas que esta actitud trae consigo advierte JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 582-583.

(77) Véase, por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, pág. 317: "Por último, en virtud de la institución del delito continuado, vigente en nuestro Derecho positivo extra-legal, se entiende que la comisión de una plu-

la doctrina alemana (78) se habla de *Handlungseinheit* en el sentido del concurso ideal de delitos, en tanto que pluralidad de actos externamente perceptibles a enjuiciar unitariamente. En este sentido, señala Geerds (79): «Conforme al Derecho actual, en este punto praxis y doctrina están totalmente de acuerdo, hay que estimar unidad de acción en casos que no forman una unidad típica ni natural en el sentido ya indicado. Por contra, aquí han de existir varias manifestaciones de voluntad exteriorizadas que infringen la misma norma penal o, en determinadas circunstancias, distintas normas; en estos casos, cada acto no ha de ser particularmente considerado, sino que como *fortgesetzte Tat* forman una unidad».

En segundo lugar, y en íntima conexión con el problema anterior, hemos de estudiar la determinación de la pena en el delito continuado, atendiendo al efecto peculiar que se produce en nuestro Ordenamiento de que dicha figura favorece unas veces y perjudica otra al inculpado, como consecuencia de nuestro anacrónico sistema de penas (80) (una vez más el estudio de un tema

ralidad de hechos, efectuada con concurrencia de los requisitos que seguidamente se examinarán, integran una sola infracción punible».

(78) STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 326.

(79) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 294.

(80) Llegados a este punto, es necesario llamar la atención sobre una figura delictiva que ha atraído en los últimos tiempos la atención de muchos de nuestros penalistas, sobre todo a raíz del artículo de SÁINZ TANTERO en ANUARIO 1971, págs. 649-675. Nos estamos refiriendo al llamado *delito masa*. A mi manera de ver, esta figura sólo ha servido para oscurecer y dificultar el estudio del delito continuado, con el que sólo aparentemente tiene algo que ver. El hecho de que los "perjudicados" por un delito de estafa sean una pluralidad de personas es totalmente irrelevante. No consigo imaginarme la pretensión de querer ver tantos delitos de robo como personas tengan su dinero depositado en el banco asaltado. Que en estos casos estamos ante un único delito que abarca la totalidad de lo robado o estafado no puede ser puesto en dudas. Cuestión distinta es la del requisito del sujeto pasivo único en el delito continuado. Ahí sí puede tener sentido distinguir entre bienes jurídicos personalísimos y los restantes, para exigir la unidad de sujeto pasivo en el delito continuado contra los primeros y no en cambio en el segundo caso (¡pese a lo cual no vemos cómo poder argumentar contra la idea de que también el patrimonio es un bien jurídico personalísimo!). Aquí, sin embargo, hay una pluralidad de actos constitutivos de delito cada uno de ellos. Por eso se habla de *delito continuado* como una ficción encaminada a evitar los efectos del concurso real de delitos. Por todas estas razones podemos decir que mientras el propio *delito masa* no es un problema concursal (muy acertada nos parece la intención de REOL de diferenciar el sujeto pasivo masa en el delito continuado y el sujeto pasivo masa en el simple delito de estafa: REOL SUÁREZ, A. *El sujeto pasivo masa en los delitos continuados y únicos de estafa*, ANUARIO 1958, págs. 21-32), el delito continuado con diversidad de sujetos pasivos es un problema concursal independientemente de que pueda hablarse de unidad de acción (ficticia) y por tanto concurso ideal de delitos (por ejemplo en los delitos contra el patrimonio) o se rompa la *continuidad* pese a la concurrencia de los restantes requisitos (dado lo personalísimo del bien jurídico atacado: la honestidad, por ejemplo), en cuyo caso habrá que aplicar la norma sancionadora del concurso real. En la literatura española sobre

concurral nos remite a la interpretación de los tipos de la Parte especial); pues la determinación de la pena en el delito continuado pone de manifiesto, al igual que ocurre en otros temas, lo insatisfactorio del sistema de determinación de la pena en el concurso seguido por nuestro legislador. Mientras que la determinación de la pena en el concurso real de delitos, con la posibilidad de triplicar la pena del delito más grave cometido, es excesivamente severo, el límite de la pena correspondiente al delito más grave del artículo 71 para el concurso ideal es excesivamente benigno para adecuar la pena a la gravedad de los hechos en esta modalidad concursal del delito continuado. Así, pues, de la mano de este tema podemos pasar al estudio genérico de la pena en el concurso, de «lege lata» y de «lege ferenda», problema que junto con el de unidad y pluralidad de acciones ya estudiado, constituye la base de todo el concurso, por cuya razón hemos dedicado este extenso apartado de nuestro estudio: «Presupuestos», al análisis de estos dos temas. Pero antes permítasenos un par de consideraciones sobre el delito continuado en el Derecho español.

A mi manera de ver, estimando correcta la solución del concurso ideal de delitos sostenida por la doctrina alemana para el delito continuado, el error en que han podido caer la doctrina y la jurisprudencia españolas de no ver en esta figura una cuestión concursal sino un único delito se deriva fundamentalmente de la regulación del Código penal español de determinados grupos de delitos, concretamente la mayoría de los delitos contra el patrimonio, de su defectuosa técnica de determinación de la pena en base a la cuantía del resultado producido. Este hecho puede verse claramente si se contemplan los efectos penales del delito continuado según que estemos ante un caso de determinación de la «pena por la suma de las diversas infracciones» o «por uno sólo de los delitos cometidos», como ha puesto de relieve Castiñeira (81). Para el primer grupo de casos, se sostiene, habrá que aplicar únicamente la pena correspondiente a la totalidad de lo sustraído; es decir, en este caso es lo mismo apoderarse de una sola vez de la cantidad de 55.000 pesetas que en tres actos sucesivos de apoderamiento (concurriendo, claro está, los restantes requisitos de esta figura del delito continuado). Con este criterio de acumular la cuantía, doctrina y jurisprudencia se dan por satisfechas (82). Para alguno, incluso ello ya supone ir demasiado lejos,

el llamado *delito masa*, véanse recientemente, aparte de las obras citadas: A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre delincuencia económica*, Barcelona 1978, págs. 47-55; y G. LANDROVE DÍAZ, *Fraudes colectivos*, Barcelona 1978, págs. 27-31 y 61-71, y en general toda la obra (¡muy clarificador!).

(81) M. T. CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, Barcelona 1977, páginas 194-200.

(82) El desastroso sistema de determinación de la pena del Código penal español da lugar a la paradoja de que la sumisión de los actos constitutivos del delito continuado al régimen del concurso real de delitos (la norma más severa de nuestro Código, que permite casi triplicar la

pues se basa en una interpretación extralegal en perjuicio del reo (83). A esta corriente de opinión, dominante entre nosotros, no solamente se oculta en esta constelación de supuestos que estamos ante una pluralidad de acciones, sino que además estamos ante una pluralidad de infracciones (por el contrario, parece que estemos ante una única infracción: la norma del delito de estafa

pena correspondiente al delito cometido) produzca un efecto más atenuado que la incriminación de quien produce el mismo resultado lesivo en una ocasión (conducta menos grave que la de actuar en varias ocasiones). Esa ha sido la razón fundamental que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia españolas a ver un único delito (evitando con ello un privilegio absurdo e injusto). De ahí se ha derivado también el efecto peculiar de que la figura del delito continuado produzca en nuestro Derecho unas veces un efecto atenuatorio y otras un efecto agravatorio (cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentario II*, pág. 325). Sobre el delito continuado en el Derecho español, véanse, además de las obras citadas: J. ANTÓN ONECA, *Voz "Delito continuado"*, NEJ VI, 1954, págs. 448-465; J. DEL ROSAL, *Sobre el delito continuado (Hurto)*, en "Estudios penales", Madrid 1948, págs. 135-177; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Barcelona 1951.

(83) Tal es el caso de RODRÍGUEZ DEVESAS "Frente a esta tendencia jurisprudencial a saltar la barrera que para el delito continuado representa el perjuicio del reo, hay que recordar con toda insistencia, que sólo la ley es fuente del Derecho penal en lo que concierne al establecimiento de la responsabilidad criminal, y, por tanto, ninguna construcción puede utilizarse para, contra la voluntad de la ley, elevar a la categoría de delito una falta, o de delito más grave una infracción de menor gravedad. Ya es discutible que se emplee la teoría del delito continuado para 'favorecer', pero en modo alguno es admisible cuando perjudica frente a una aplicación estricta de la ley. Si ésta no se considera justa, modifíquese, pero respétese mientras tanto" (RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, pág. 697, nota (47) "in fine"). Reproches como éste carecen en absoluto de fundamento. No es la vía de una "pretendida" interpretación estricta de lo que la ley unívocamente dice (tales conceptos no existen en el mundo del Derecho sino en muy contadas ocasiones) lo que resuelve difíciles problemas interpretativos como el presente. Sólo en conexión con los restantes preceptos penales puede encontrarse una solución satisfactoria y justa (véase ANUARIO 1978, pág. 36, nota 2). La norma del concurso real de delitos (que se desea aplicar dado su aparente efecto atenuatorio en este caso) no puede ser aislada del contexto legal en que se encuentra, y donde aparece como la modalidad más severamente castigada. Las razones de su mayor gravedad han sido puestas de relieve hasta la saciedad: pluralidad de acciones y pluralidad de normas penales lesionadas. En el concurso ideal de delitos estamos también ante una pluralidad de normas penales violadas, y por tanto de delitos; sin embargo, los efectos no son tan graves, dado que el autor sólo actuó en una ocasión (lo que es menos grave para el Derecho aunque el efecto o daño producido sea el mismo). Por otra parte, la unidad de delito (y por tanto ausencia de cuestión concursal) incorpora la idea de unidad de acción (salvo aquellos casos, claro está, donde el tipo en cuestión exige o tolera la pluralidad de acciones), por lo que en los casos de pluralidad de acciones habrá que castigar más severamente que en los de unidad de acción (aunque el daño producido, repetimos, sea el mismo). Por esa razón, es la norma del concurso ideal la que más se adecúa a los casos recogidos entre nosotros bajo el delito continuado. La norma concursal en este caso es más norma de *medición* de la pena que de *determinación*.

que establece la pena X cuando la cantidad de dinero estafado sea Y); la norma concursal aparece así eludida.

La solución propuesta, no parece, sin embargo, extensible al segundo supuesto, donde los tipos no parten de una punición fraccionada atendiendo al efecto cuantitativo del resultado producido. El delito de abusos deshonestos no permite ser fraccionado, según que la víctima haya sido objeto de actos libidinosos en una o siete ocasiones. El marco de la pena del delito de violación no está basado en criterios cuantitativos. Extender a estos supuestos la solución del delito continuado significaría en definitiva no conceder importancia al hecho de que la víctima no fue violada en una ocasión sino en siete. Naturalmente, la tesis de un único delito parece a todas luces insuficiente en esta ocasión, poniendo de relieve lo limitado del concepto de delito continuado acuñado por la doctrina y la jurisprudencia española (84).

Esta y otras razones obligan a cuestionar si es exigida y razonable la solución dada entre nosotros al delito continuado. Que no es legalmente exigida resulta evidente, dada la inexistencia en nuestro Derecho de un precepto sancionador de esta figura, de creación jurisprudencial (85). Sobre lo razonable de una solución u otra, habría mucho que discutir. Lo primero de todo es la cuestión de política criminal, de búsqueda de criterios de medición de la pena racionales y justos. ¿Es lo mismo apoderarse de la misma cantidad de dinero de una sola vez que en una pluralidad de ocasiones? Por supuesto, es esta una pregunta muy compleja que trasciende los límites del Derecho penal y necesita de un estudio de etiología criminal. En cualquier caso, hemos de reconocer que en principio no es lo mismo (86), que el comportamiento reiterado manifiesta una actitud antisocial y predisposición al delito más grave; justificando en este caso un tratamiento penal más severo, salvo en aquellas ocasiones (que, por supuesto, pueden darse) en que dicho comportamiento sólo manifiesta una debilidad caracteriológica, que en ningún caso debe ser objeto de un tratamiento más riguroso. Todo lo cual pone de manifiesto cómo el Derecho penal ha de disponer de unos instrumentos que permitan adaptar la pena conforme a estos criterios de prevención general y espe-

(84) No creemos que la solución al problema del delito continuado esté en su regulación legal. Eso sería un error de miopía. Hay que ir a la raíz del problema, y prescindir de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones (única diferencia conceptual entre el concurso ideal y real de delitos), sometiendo ambas modalidades al mismo tratamiento penal. Sólo después, a la hora de medir la pena dentro del marco común, se atenderá el hecho de la unidad o pluralidad de acciones, donde la pluralidad tendrá un efecto agravatorio en el sentido del que hablábamos en la nota anterior. Previamente a todo, por supuesto, hay que acabar con el arcaico sistema de penas de nuestro Derecho penal patrimonial en base a la cuantía del daño ocasionado.

(85) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, pág. 325.

(86) Sobre este extremo ha insistido GEERDS hasta la saciedad. Para más detalle véase *infra*, págs. 26-28.

cial (87). Por estas razones, y otras que podrían aducirse, somos partidarios de someter la figura del delito continuado al tratamiento penal correspondiente al concurso ideal de delitos, sin que a ello quepa objetar razones técnicas, ni de justicia material. Muy por el contrario, el hecho de poder llegar hasta el grado máximo de la infracción cometida, o la más grave en caso de pluralidad, permite adaptar la pena, al menos mejor que la tesis del delito único, a la realidad criminológica subyacente.

Todavía la solución del concurso ideal de delitos no resuelve todos los problemas del delito continuado, si bien al menos nos permite insertar esta figura dentro del tema concursal, pese al criterio de la doctrina y la jurisprudencia españolas. En efecto, cada vez son más las voces que se alzan en Alemania contra la solución del concurso ideal, e incluso contra la supervivencia de la figura del delito continuado (88). Comoquiera que estos problemas se derivan directamente del criterio seguido por la ley para la determinación de la pena en el concurso ideal de delitos, que tanto en España como en Alemania no puede exceder de la correspondiente a la pena de la infracción más grave cometida, y del hecho de que ambos Ordenamientos establezcan un tratamiento penal diferenciado para el concurso ideal y real de delitos (excesivamente atenuado en el primero y demasiado severo en el segundo) en base al criterio, harto dudoso y suficientemente criticado más arriba, de la unidad o pluralidad de acciones, será el estudio de la determinación de la pena en la llamada «concurrency auténtica» el que nos permita proponer soluciones de «lege lata» y «ferenda» para éste y otros problemas concursales. Así, pues, pasemos al análisis del segundo de los pilares fundamentales de la teoría del concurso: la medición de la pena en el concurso ideal y real de delitos.

B) *La determinación de la pena en las distintas modalidades del concurso.*

Correlato de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones o, mejor dicho, infracción de una pluralidad de normas penales mediante una única acción o mediante varias, es la diferenciación en el tratamiento penal, los distintos criterios a que acudir para determinar la pena en uno y otro caso. En nuestro Derecho, los artículos en cuestión son el 71 del Código penal, que establece la manera de determinar la pena en el concurso ideal

(87) Sobre la determinación y medición de la pena en el concurso, GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 327-381; 460-481. Ver también *infra*, págs. 26-28. En general, sobre la medición de la pena en base a sus fines, recientemente, ZIPF, H., *Die Strafzumessung, eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Karlsruhe 1977, págs. 63-75: "Die Ermittlung und Bewertung der Strafzumessungsfaktoren".

(88) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 583.

de delitos, y los artículos 69 y 70 para el concurso real (89). Los supuestos de «conurrencia inauténtica» están recogidos en el artículo 68, con una lacónica referencia al delito que establezca mayor pena como excluyente de la aplicación de los demás tipos concurrentes (90). Lo más señalado de nuestro Ordenamiento es que mantenga un régimen diferenciado para los distintos concursos, a semejanza del Derecho alemán, que presenta en este aspecto un parentesco muy estrecho con nuestro Código penal, y a diferencia de otros ordenamientos más avanzados, como los de Suiza y Austria, que tienen superada la distinción como asimismo la propia doctrina científica más competente, partidaria de la *pena única* para ambas modalidades del concurso. Esta doctrina ha visto frustradas sus esperanzas en Alemania con la más reciente reforma del StGB, que ha seguido el criterio tan objetable de continuar diferenciando como hasta ahora (91). A continuación nos ocuparemos de estudiar esta corriente de opinión, por nosotros totalmente compartida, favorable a la superación de seguir sistemas diferentes de determinación de la pena en el concurso ideal y real de delitos, en qué consiste la «pena única» que se propugna y las razones que han llevado a su defensa. Finalmente, estudiaremos la regulación vigente, evitando en lo posible los defectos que la aquejan, derivados sobre todo de una aplicación mecánica de las normas sancionadoras en cuestión.

(89) Art. 71: "Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite se sancionarán los delitos por separado".

Artículo 69: "Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible por la naturaleza y efecto de las mismas".

Art. 70: "Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes: 1) En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido... 2) No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiera la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubran el máximo del tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años...".

(90) Art. 68: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos".

(91) Sobre la discusión en torno a este punto en la reforma del StGB, véase, por todos, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 193-196, que dedica toda la segunda parte de su artículo (págs. 196-219) a defender la tesis de diferenciar legalmente entre unidad y pluralidad de acciones, pero no en el tratamiento del concurso ideal y real de delitos (pág. 219).

El artículo 69 establece la pena correspondiente a la suma de las señaladas para todos los tipos realizados. En este sentido se habla de *pena total* (en Alemania se emplea el término «Gesamtstrafe», con el que se alude a la determinación de la pena en el concurso real), si bien en el artículo 69 se establecen una serie de criterios correctores de la pena así señalada, cuales son el triple de la correspondiente a la sanción de la infracción más grave cometida y el límite general de treinta años. En cambio, el artículo 71 no permite sobrepasar el límite superior de la pena correspondiente a la infracción más grave cometida. Pese a ser varias las infracciones, la pena a aplicar no podrá exceder del límite máximo de una de ellas, la más grave, excluyéndose en este sentido las demás infracciones realizadas. Por esta razón, se habla de *pena única* («Einheitstrafe»). Pues bien, se trata de introducir en el concurso real de delitos el mismo sistema de la «pena única» vigente en el concurso ideal de delitos, aunque con algunas correcciones. Veamos someramente algunas de las razones que han llevado a tratar de hacer desaparecer la diferencia de tratamiento.

Para seguir un cierto orden, empezaremos por aquellas razones de tipo dogmático conforme a las cuales se sentó la diferencia entre el concurso ideal y real de delitos. En este punto, todo está muy claro, habiendo llegado a la conclusión de que no tiene sentido el esfuerzo por distinguir los conceptos unidad de acción-pluralidad de acciones, cae por tierra el fundamento dogmático sobre el que se hacía descansar el tratamiento diferenciado de una y otra modalidad concursal. En este sentido, sería lamentable extraer consecuencias tan graves para el destino de las personas, como es la determinación de la pena, de criterios tan formales e irrealizables como los de unidad y pluralidad de acciones, basados en la más recalcitrante *jurisprudencia de conceptos* (92). Lógicamente, al caer por tierra la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, tenía que hacerlo al mismo tiempo la distinción entre concurso ideal y real de delitos (y por ende el tratamiento penal diferenciado). Como ya hemos tenido ocasión de ver alguna vez, hay casos excepcionales en que la infracción de una pluralidad de normas mediante una serie de actos (unidad de acción) es tan grave como la pluralidad de acciones, en cuyo caso sería absurdo castigar más severamente el concurso real que el ideal. Por supuesto que no siempre será así, pero puesto que estos casos pueden darse el legislador ha de proporcionar al intérprete una norma suficientemente flexible como para poder adaptarla a la gravedad de los hechos, concretamente en el concurso: la *pena única* (93).

Pero, además, existen otras razones distintas a la posibilidad de distinguir los criterios establecidos para una y otra norma con-

(92) Ver *supra*, págs. 28-29.

(93) Esta es la única forma de solucionar el problema del *delito continuado*.

cursal, sobre todo contrarias al sistema de la *pena total*. El camino que parte de cada una de las penas individuales para desembocar en la pena total obliga a una operación de contabilidad formalista y superficial, totalmente incomprensible para quien la ve desde fuera, en la que la pena total «parece» estar en relación con la suma de cada una de las penas en particular (94). No es el camino de la simple suma de las penas correspondientes a las infracciones cometidas, de «aritmética penal», en frase feliz de Maurach (95), el más adecuado a los fines de la pena. Muy por el contrario, sólo una valoración de la culpabilidad del autor, manifestada en sus actos (aunque se trate de una pluralidad) permitirá obtener una pena racional y politicocriminalmente ajustada: «En la concurrencia real se trata precisamente de obtener una valoración correcta de la total personalidad del autor: ante una pluralidad de hechos punibles ha de preguntarse el juez en primer lugar dónde se encuentra el defecto en la personalidad del delincuente que le hace reincidir. No tiene sentido oscurecer esta cuestión esencial mediante la medición de cada pena en particular, incorrecta cada una en sí misma y que sólo en la pena total son corregidas» (96). Y enseguida concluye Jescheck (97): «En lo fundamental es el pensamiento de la culpabilidad material el que reclama igual tratamiento en la medición de la pena para ambas modalidades del concurso; esta idea subyacía también al Proyecto Radbruch y a todos los que le siguieron. No tengo por correcto retroceder de este nivel alcanzado en larga tradición de una medición de la pena ajustada a la personalidad, y conectar de nuevo con los Proyectos anteriores a la pasada guerra mundial».

Geerds ha sintentizado con gran brillantez la tensión entre los dos polos de la relación cursal. Los dos pilares sobre los que se hacía descansar todo el concurso aparecen bastante maltrechos: «Por eso no se parte en el Derecho actual de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones, sino que se les determina de la mano de las diferentes consecuencias penales establecidas para el concurso real e ideal. Este camino en el que el resultado se convierte en presupuesto, que a su vez debe o puede influir negativamente en los resultados, es erróneo politicocriminalmente. El jurista no puede negar formalmente, de la mano de criterios externos, la continuidad del acontecer de la vida y su unidad condicionada por la persona del delincuente, lo que ocurre con la constitución de la 'Strafanwendungsmehrheit'. Ya Beling concibió mediante la 'Einheit des Bildes' la esencia de esta manifestación continuada de la voluntad. Pero, sobre todo, hay que recordar las oportunas palabras de Radbruch: «Das Leben und der Mensch sind so wenig aus einzelnen Handlungen zusammengesetzt, wie das

(94) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 543.

(95) MAURACH/GOSSEL, *Strafrecht*, A. T. II, pág. 344.

(96) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 543.

(97) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 544.

Meer aus Wellen». Sólo una consideración superficial puede dejar de ver la continuidad de los hechos que fundamentan la unidad para el Derecho de la persona del delincuente, lo que debe conducir a tratar el comportamiento delictivo total de un único autor como una unidad. Aquí tiene sentido el concepto de Unidad, porque tenemos ante nosotros una pluralidad de delitos que, sin embargo, valoraremos como unidad en la punición del delincuente» (98).

Dos objeciones, fundamentalmente, se han hecho a esta concepción (99). En primer lugar, que existe el peligro de que el juez no se preocupe demasiado de constatar la realización de cada uno de los tipos («Ungenauigkeit in der tatbestandlichen Feststellung»). En segundo lugar, se señala la incidencia en un «derecho penal de autor» (*Täterstrafrecht*). Reconociendo los efectivos peligros que dichas objeciones encierran, hay que repetir que el juez no tiene por qué caer en los indicados defectos. Téngase en cuenta que en el concurso ideal el juez siempre tendrá que justificar la pena en base a la constatación de los tipos realizados y sus relaciones entre sí. Como acertadamente señala R. Schmitt (100), de este peligro tampoco está libre el sistema actualmente imperante. Con la exigencia señalada, de constatación de los tipos realizados, se evitan las consecuencias de las objeciones hechas. Lo que sí ocurre con el sistema de la «pena única» es que se amplía el marco dentro del cual puede moverse el juez, sin que por otra parte se le fijen unos criterios estrictos (como ocurre en la actualidad) conforme a los que determinar la pena (101). Salvados los peligros de atender a factores irracionales en la medición de la pena, no tenemos nada que objetar a la ampliación del ámbito de movimiento del juez; muy por el contrario, se posibilita una medición de la pena más racional, permitiéndose la solución de una serie de problemas que afectan a la materia concursal, como el espinoso tema del delito continuado (sobre este extremo hemos de volver) (102), que hoy por hoy son irresolubles conforme a las normas reguladoras del concurso.

Analizando los criterios que la doctrina alemana estima que han de ser tenidos en cuenta para el establecimiento de la *pena única*, pueden hacerse dos observaciones. La primera, cómo con este sistema se obtienen mejores resultados en la solución de los múltiples problemas que el concurso ha creado en la interpretación de la ley y que, conforme al sistema actualmente vigente, carecen de solución adecuada. En segundo lugar, con ello se perfecciona un sistema ya seguido por la jurisprudencia alemana para evitar los efectos a que una aplicación estricta de la ley conduce. Que se trate de una figura del llamado *Richterrecht* o que

(98) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 433-434.

(99) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 197-199.

(100) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 198.

(101) Véase *infra*, págs. 39-41.

(102) Véase *infra*, pág. 26.

no sea más que un producto de la operación de «concreción» de la ley, es decir, dentro de los márgenes de la misma, no interesa en este lugar (103). Lo que sí es importante es el esfuerzo de «lege lata» para obtener soluciones satisfactorias. Veámos esto más explícitamente. Según Jescheck, aunque se sea partidario de mantener una pena distinta para el concurso ideal y real de delitos, no obstante la del primero debería establecerse de la siguiente forma, conforme al modelo del § 39 del Proyecto de 1913, o del § 32 del de 1919: «Si se ha de aplicar una pluralidad de normas penales sobre el mismo hecho, la pena ha de ser determinada conforme a la Ley que amenaza con la pena más grave y, en caso de diversidad de las mismas, con la categoría más severa; sin embargo, no podrá estimarse una pena menos grave o una categoría más leve que alguna de las establecidas en las restantes normas aplicables. Deberán o podrán estimarse penas accesorias, consecuencias secundarias y medidas de corrección y seguridad, aunque sólo estén previstas en alguna de las leyes aplicables» (104). Y señala a continuación: «Con ello se formularía la regla que entretanto ha encontrado el § 73 mediante el *Derecho de creación judicial* y que, como ya se indicó, sólo se distingue en dos puntos del § 74 (concurso real): en la forma y manera de determinar la pena principal y en el límite máximo de la pena resultante». Si a dicha regulación se añade la elevación de la pena más allá de la correspondiente al delito más grave, se habrá obtenido una solución al concurso ideal de delitos muy satisfactoria, pese a mantenerse la diferencia de tratamiento con el concurso real (105).

La solución propuesta por Jescheck y ya practicada por la jurisprudencia alemana, salvo en lo que se refiere a la pena máxima, en cuyo extremo el StGB es estricto, es de gran importancia y la que mejor se amolda a nuestra concepción de la función concursal. Dicho con otras palabras: la pena correspondiente al concurso ideal de delitos no será exactamente la del delito más grave en su grado máximo, como podría derivarse de una interpretación estricta de nuestro artículo 71, sino una pena cuyo marco estaría constituido por el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave, y el mínimo por una pena que no fuese más leve que ninguna de las correspondientes a los preceptos penales violados restantes (*criterio de la combinación*) (106); solución que,

(103) Ver *infra*, b.

(104) JESCHECK, *Konkurrenz*, págs. 541-542.

(105) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 546.

(106) Véase por todos SAMSON, *Systematischer Kommentar*, pág. 364: «El principio de la combinación lleva a una unificación de las sanciones correspondientes a los distintos tipos realizados por el autor. La Ley sigue el principio de la combinación tanto en la unidad de acción (§ 52, II-IV) como en la pluralidad de acciones del § 53, III. Así, en el caso de la lesión de varios preceptos mediante una acción la pena ha de ser tomada de la Ley que establezca la sanción más grave, pero sin que pueda rebasar el límite inferior de las restantes penas. Según el § 52, IV, hay que atender también a la amenaza de penas accesorias, consecuen-

por otra parte, no choca con la lógica ni con los criterios racionales de determinación de la pena. Dentro de ese marco, más amplio del que se presenta en un supuesto normal, el juez puede moverse con libertad. Así, pues, *en el concurso ideal de delitos el juez no tiene necesariamente que castigar en el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave*. La norma del concurso aparece, pues, flexibilizada (107).

Para completar la panorámica, veámos, aunque sólo sea esquemáticamente, cómo se ha propuesto la regulación de la pena única para ambos concursos. Ante todo, hay que señalar que la pena única no hace necesariamente superflua la distinción entre ambas modalidades concursales, pues siempre será significativo para determinar la pena dentro del amplio marco señalado con anterioridad, el hecho de que el autor haya realizado distintos tipos penales mediante una o varias acciones (108).

En cuanto al límite máximo de la «pena única», se estima conveniente establecerlo más allá del máximo de la pena correspondiente al delito más grave. Por lo que se refiere al *concurso real*, no hay nada que añadir sino que con el sistema de la pena única se rompe el *principio de la asperación* (que se corresponde con la *pena total*) (109). La pena única significa una atenuación del severo y criticado régimen de la *pena suma*, y su adaptación a la idea de «Fines de la pena» y de una «política criminal racional». Sin embargo, por lo que se refiere al *concurso ideal de delitos*, representa un régimen más severo que el actual, ya que permite ir más allá del grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave. Dicha solución es muy satisfactoria, pues precisamente el régimen actual no permite atender a muchas de las exigencias de política criminal que aparecen en alguno de los casos que caen en

cias penales y medidas previstas en las restantes normas. Al principio de la combinación subyace la idea de que un autor no puede beneficiarse, mediante la lesión de una norma más grave, del límite inferior de la pena o de una pena accesoria, etc., contenidas en otras de las normas violadas”.

(107) Ver *infra*, III, especialmente la nota (241).

(108) Con ello se pone de relieve la proximidad de las posiciones de GEERDS y R. SCHMITT. Si GEERDS cuestiona la conveniencia de distinguir entre unidad y pluralidad de acciones, lo hace para poder criticar el sistema actualmente vigente de diferenciar a la hora de determinar la pena en el concurso ideal y real de delitos. Aceptada la idea de la pena única para ambas modalidades, no habrá inconveniente en atender a la unidad y pluralidad de acciones en el momento de la medición de la pena.

(109) Ver por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar*, pág. 364: “El *principio de la asperación* lo desarrolla la Ley en el § 53 para la lesión de varias normas mediante una pluralidad de acciones. Según aquél se establece una pena especial para cada lesión. La pena a aplicar en definitiva no consiste sin embargo en la suma de cada pena así establecida. Por el contrario, se elevará la más alta de las penas así establecidas (§ 54, I, 1). La pena total hallada no puede alcanzar la suma de todas las penas individuales (§ 54, II, 2). También ha unido la Ley este principio con el de la combinación, cuando en el § 53, II, con la remisión al § 52, IV, ordena la consideración de las penas accesorias, consecuencias y medidas establecidas en las restantes normas.

su ámbito. Piénsese, por ejemplo, en quien de un disparo lesiona a dos personas. En este caso, la pena sólo podrá alcanzar el grado máximo de la correspondiente a un único delito de lesiones, pese a ser dos las víctimas; es decir, la misma pena de quien sólo lesiona a una persona concurriendo alguna circunstancia agravante. Otro tanto podría decirse del delito continuado (110).

Por lo que se refiere al indicado límite máximo, se señala por unos en el doble de la pena correspondiente a la del delito más grave (111), mientras que para otros es suficiente con la mitad (112). En cualquier caso, como es lógico, dicho límite máximo no podrá sobrepasar del correspondiente a la suma de las penas individuales ni, en su totalidad, de quince años (ambos límites referidos a las penas privativas de libertad). Como puede verse, se trata de un régimen menos severo que el establecido en nuestro artículo 69, que cifra el máximo en el tripo y en treinta años de reclusión, lo que resulta excesivo (nuestro Código penal sigue el *principio de la asperación y la acumulación*) (113).

Desgraciadamente no podemos detenernos en otros puntos muy interesantes de las reformas propuestas, como los relativos a la medición de las penas distintas a las privativas de libertad (multa) o de las medidas de seguridad, como asimismo las consecuencias procesales que se derivarían de la pena única (114). Tan sólo queremos hacer referencia a una cuestión procesal en íntima conexión con la materia estudiada. Se trata del juicio de revisión, o mejor, de los efectos de la *Cosa juzgada* en el concurso.

Cortés Domínguez (115) ha estudiado el efecto de la Cosa juzgada en las modalidades concursales del delito continuado y del concurso ideal de delitos. La solución propuesta por este autor es la siguiente: hay que rechazar la opinión doctrinal que parte

(110) Ver *supra*, págs. 24-29, notas (80), (82), (83) y (84).

(111) Como, por ejemplo, JESCHECK, pág. 546.

(112) Entre otros, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 194.

(113) Por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar*, págs. 363-364: "Según el llamado *principio de la acumulación*, se establece una pena independiente para cada lesión; las penas resultantes se suman. La Ley (con excepción de la pena de cadena perpetua en los casos de pluralidad de acciones) no sigue este principio. El rechazo del principio de la acumulación reside en las siguientes consideraciones: En las penas privativas de libertad la medida del padecimiento no aumenta lineal a medida que crece la duración, sino progresivamente. Un año de privación de libertad, ejecutada inmediatamente después del cumplimiento de otra pena privativa de libertad durante dos años, pesa sobre el inculpaado más duramente que la ejecución aislada de una pena privativa de libertad durante un año. Además, la adición de múltiples penas de prisión temporal llevaría en muchos casos prácticamente a una pena de cadena perpetua, y con ello a una pena cualitativamente diferente. La adición de penas individuales subyacentes al principio de la acumulación sería más duro para el inculpaado de lo que corresponde a una pura adición".

(114) Sobre estos extremos, exhaustivamente, GERDS, *Konkurrenz*, págs. 342-422.

(115) V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, págs. 134-142.

del carácter ficticio del delito continuado, como consecuencia de lo cual «cada hecho constitutivo de esta modalidad delictiva necesitará para ser acusado de una nueva acción procesal»; lo que significa «la posibilidad de proceder y condenar por hechos cometidos antes de la sentencia, cuyo conocimiento ha sido posterior a ella». Por contra, señala, el delito continuado constituye una «unidad jurídica» por la que se insertarán en la Cosa juzgada «todos los hechos, aunque no se hubieran acusado y se hubieran descubierto con posterioridad» (116). Para Valentín Cortés son abarcados por el efecto de la Cosa juzgada «los hechos acusados y aquéllos que podían haberlo sido y no lo fueron, y que entran dentro del contexto temporal que va desde el primer hecho hasta el momento de la acusación» (117).

Por lo que se refiere al concurso ideal, el razonamiento de Cortés Domínguez es que «existiendo identidad al menos parcial de los hechos típicos de ejecución existe identidad de hechos, no cabe duda de que procesalmente estaremos ante el mismo hecho». El punto de partida, que parece corresponderse con el de «unidad de acción», no es válido a los efectos de la Cosa juzgada, ya que «el problema en el concurso ideal se presenta de otra manera, pues en él estamos ante dos hechos distintos (?); la acción iniciada del Ministerio fiscal por la muerte de una persona, no abarca el hecho de las lesiones a otra aunque estas lesiones se hayan cometido por la misma acción» (118). Para Cortés Domínguez, hay que distinguir dos aspectos de la acción penal (procesal) a los efectos del concurso ideal. Por una parte, no hay inconveniente en que acusado un sujeto por un delito de homicidio sea condenado por dos homicidios, ya que la acción penal es la misma y «no ha podido producir indefensión a la parte acusada el que ahora se le acuse por otro delito». Por otra, sin embargo, el efecto de la Cosa juzgada, que impide volver a acusar a aquél por un delito de asesinato (en lugar del homicidio por el que ya ha sido condenado), no afecta al hecho de si acusado «por un delito de homicidio en la persona de A, se pueda acusar nuevamente, por el mismo hecho, en concurso ideal, por la muerte de B, no negando que se haya producido la muerte del primero» (119).

La solución de este problema está condicionada por la correcta delimitación de qué se entienda por *hecho procesal*, independientemente de que éste se haga coincidir o no con el de hecho material. Así, por ejemplo, para Geerds el interés a los efectos de estimar la Cosa juzgada no ha de recaer sobre el objeto procesal mediante la acusación (120).

El significado de este criterio elaborado por Geerds como reacción frente a la doctrina dominante en Alemania tendente a iden-

(116) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, pág. 136.

(117) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, pág. 137.

(118) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, págs. 140-141.

(119) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, págs. 141-142.

(120) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 400-409.

tificar el concepto de «unidad de acción material» con el efecto de la Cosa juzgada (*Rechtskraft*), reside en que con él parece evitarse el conflicto entre la idea de seguridad jurídica a que, en definitiva, sirve la institución de la Cosa juzgada (121), con la idea de justicia material, que puede verse deteriorada con un entendimiento del problema como el realizado por la doctrina dominante. El significado de la distinción establecida puede verse en los siguientes ejemplos: sería absurdo acudir a la Cosa juzgada para impedir el posterior procesamiento del autor de un homicidio por haber sido acusado ya y condenado por un delito de inhumación ilegal; o del inductor a un delito de asesinato por haber sido ya procesado por el delito de omisión de denunciar la comisión de aquel asesinato, y del que fue absuelto (122). Como argumenta Geerds (123): «Según nuestra opinión, el homicidio en el caso señalado representa un nuevo tipo a los efectos procesales, que con su propio contenido de injusto se desgaja del marco de la anterior acusación, por la que fue objeto de aquel proceso. No se produce el efecto de Cosa juzgada, siendo posible un nuevo proceso, pues las circunstancias que corporizan jurídicamente el homicidio eran desconocidas por aquel tribunal, no pudiendo ser tratada al no haber sido recogidas en la acusación y, por tanto, en la apertura del proceso».

El acusado que ha sido condenado por un delito de robo (ya que portaba un arma que llegó a disparar) no podrá volver a ser acusado por un delito de tentativa de homicidio, pues el tribunal debió analizar las circunstancias conocidas del primer proceso que vuelven a ser objeto de la acusación que por segunda vez se intenta, y que choca con el impedimento de la Cosa juzgada (124). No, en cambio, quien habiendo sido condenado por una infracción en materia de caza es acusado con posterioridad de haber causado dolosamente la muerte de su padre con uno de aquellos disparos, pues aquí surgen nuevas circunstancias desconocidas con anterioridad (125). Este ejemplo es similar al propuesto por Cortés Domínguez para el concurso ideal: la solución dada por Geerds, la misma. Hasta aquí el aspecto material del problema. Cuestión distinta es la de la viabilidad procesal.

Desde el punto de vista procesal, difícilmente podrá conseguirse lo que Geerds pretende en el Derecho alemán y Cortés Domínguez en el español. Ambos Ordenamientos procesales carecen de los medios adecuados a esta finalidad. En el Derecho alemán sólo excepcionalmente está permitida la revisión en perjuicio del reo, y en el español en ningún caso. Una vía para salir de este callejón sería la de no considerar idénticos los conceptos de hecho procesal y hecho material, por lo que la Cosa juzgada sólo afec-

(121) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 397.

(122) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 410.

(123) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 411.

(124) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 412.

(125) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 413.

taría al tema que ha sido incluido en el hecho procesal ya enjuiciado, pero no a uno nuevo, aunque el hecho material (*Strafttat*) sea el mismo. No es este el lugar de estudiar el concepto de «*Strafttat*» a efectos procesales, que en ningún caso puede estar tan desvinculado del hecho material como pretenden ambos autores. Lo que sí puede afirmarse rotundamente en este momento es que un nuevo proceso en los casos del concurso ideal y de leyes traería más daño que utilidad, y resultaría flagrantemente vulnerado el principio *ne bis in idem* de predominante carácter procesal, pese a lo que puedan impresionar las razones de justicia material que traslucen los ejemplos expuestos más arriba.

Conforme al criterio señalado, y con el que hemos analizado diversos supuestos de «unidad natural y psicológica de acción», hay que tratar las restantes modalidades concursales. Por eso, hay que negar el efecto de Cosa juzgada en el delito continuado, como lo entiende Cortés Domínguez, de extender la ficción del delito continuado a la Cosa juzgada. El efecto de la Cosa juzgada no se extiende a los distintos actos que lo componen, «aunque no se hubieran acusado y se hubieran descubierto con posterioridad». Un nuevo procedimiento por estos actos, siempre que sean relevantes para el injusto (afecten en definitiva a la determinación de la pena) y no se oponga a ello el principio de oportunidad (126), es posible, no operándose sobre ellos el efecto de Cosa juzgada. «Ha de rechazarse el efecto de Cosa juzgada sobre los actos desconocidos del delito continuado. Los actos particulares han de ser considerados, en las circunstancias señaladas, como procesalmente independientes, pudiendo ser por ello objeto de un nuevo proceso penal» (127).

Lo mismo puede decirse del concurso real de delitos y de los casos de *Klammerwirkung*, donde una pluralidad de acciones (Derecho material) pueden ser objeto de un único acto procesal, pero no a la inversa, pues según veíamos, una unidad material de acción no puede ser objeto de una pluralidad de actos procesales: «Desde nuestro punto de vista, podemos suponer una pluralidad de acciones independientes como una unidad procesal (*Prozessgegenstand*), cuyo ámbito aparezca diferenciado del objeto designado e individualizado en la acusación y en la apertura del proceso, y que por tanto es independiente de los conceptos de Derecho material y del de unidad de acción» (128).

Pero volvamos al tema de nuestro estudio, el marco y la determinación de la pena en el concurso. Como hemos apuntado con anterioridad, la idea que ha dirigido el esfuerzo doctrinal en la determinación de la pena ha sido la de «pena única», que se exige de «*lege ferenda*» y a la que tratamos de aproximarnos de «*lege lata*». A esta meta han estado encaminadas doctrinas y ju-

(126) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 413-420.

(127) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 420.

(128) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 420-421.

risprudencia en Alemania. En este lugar, no obstante, hemos de ocuparnos del trato diferencial para ambas modalidades de la concurrencia, aunque sólo sea para señalar lo inadecuado de mantener la diferencia de trato penal (129).

Partiendo de la verdadera caracterización de la norma del concurso ideal de delitos (art. 71 Código penal) como pluralidad de infracciones, hay que atender a la totalidad de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas. En este sentido, la alusión del texto legal a la «pena correspondiente a la infracción más grave en su grado máximo» sólo sirve para señalar el límite superior hasta donde puede llegar el juez en la determinación de la pena. Ello, sin embargo, no quiere decir que aquél haya de aplicar única y exclusivamente la pena correspondiente a dicho límite. Así, pues, queda por determinar el límite mínimo del marco de la pena correspondiente al concurso ideal y los criterios que puedan ser tenidos en cuenta por el juez para determinar la pena en concreto, dentro del marco situado entre el límite máximo y mínimo a que ya hemos aludido. No es el *principio de la absorción*, sino el de la *combinación*, el que subyace a la esencia del concurso ideal de delitos (130).

Sobre cuál haya de ser la pena a estimar como la más grave no vamos a detener en esta ocasión (131): sí, en cambio, nos interesa repetir que la pena en concreto no será única y exclusivamente aquélla. «El marco de la infracción más grave así elaborado y decisivo para el concurso ideal según el § 73, no determina única y definitivamente las consecuencias jurídicas, sino en general sólo la clase y el límite máximo de la pena principal. Junto a él actúan también las restantes leyes infringidas» (132).

Ahora bien, la pena concretizada dentro del marco correspondiente a la infracción más grave no puede dar por resultado que de hecho se aplique una pena situada por debajo de la correspondiente a la pena principal prevista en las restantes normas penales que concurren idealmente, ya que en ese caso el delincuente resultaría absurdamente privilegiado, lo que contradice la voluntad de la ley. A este espíritu responde con gran precisión el artículo 50 de nuestro Código penal (133).

(129) *In extenso*, GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 327-344 y 460-481.

(130) SAMSON, *Systematischer Kommentar*, pág. 364: “Según el *principio de la absorción*, sólo se impone una pena: la correspondiente a la amenaza penal más severa. Si se infringe varias veces la misma norma, el Tribunal impondrá asimismo una pena, dentro del marco de la Ley penal violada. El principio de la absorción se desarrolla en el § 52 para el caso de la pluralidad de lesiones de la misma Ley mediante una única acción. Para la lesión de una pluralidad de normas diferentes mediante una única acción rige el principio de la combinación”. *Supra*, pág. 22, nota (106).

(131) Véase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 327-333.

(132) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 331.

(133) El art. 50 Código penal, situado en el mismo Capítulo que regula las normas del concurso (Cap. V: “De la medición de las penas”), es una norma *correctora* de la concursal, por lo que no puede ser aisla-

Finalmente, hay que afirmar cómo el juez puede estimar otras penas accesorias, consecuencias secundarias o medidas de seguridad, siempre que estén previstas en alguna de las normas concurrentes. A los efectos de la reincidencia, por supuesto, operan todas las infracciones cometidas, pues sería absurdo negar la realización de una infracción por el simple hecho de haberse cometido junto con otras más graves (134).

Pasemos al concurso real. El legislador español ha tenido el acierto de no hablar en el artículo 69 de pluralidad de acciones para caracterizar el concurso real. Conforme con la crítica realizada al concepto de pluralidad y unidad de acción, se refiere mejor al de pluralidad de delitos. En relación con el artículo 71, puede decirse que el concurso real prevé supuestos de pluralidad de infracciones penales mediante una pluralidad de acciones independientes o «actos» (a diferencia del concurso ideal, caracterizado a su vez por la pluralidad de infracciones y la unidad de «hecho»). En su seno se incluyen tanto el concurso real heterogéneo (las infracciones cometidas son distintas) como el homogéneo (los diversos hechos representan la lesión de la misma norma penal) (135).

Sobre los aspectos procesales del concurso real (136) no podemos ocuparnos en esta ocasión. La característica fundamental del concurso real, por lo que se refiere a la pena, es que no se procede a la imposición de una pena única, sino la resultante de sumar las

damente interpretada. Veamos su función, de la mano de un ejemplo. Concretamente del estudiado por GIMBERNAT ORDEIG en *Estudios de Derecho penal*, págs. 153-162, ya citado. El delito que empieza en asesinato y acaba en homicidio es un problema concursal. Las normas implicadas son las sacionadoras de la tentativa de asesinato y del homicidio consumado. La solución propuesta por GIMBERNAT es la de castigar por el delito consumado de homicidio en su grado máximo, en virtud de la aplicación de la norma del concurso ideal de delitos. La solución a que llega GIMBERNAT es la correcta. La aplicación del art. 71, sin embargo, no. La aplicación del art. 71 exige tomar la pena del marco correspondiente al delito más grave. El delito más grave en este caso es indudablemente el asesinato y no el homicidio como estima GIMBERNAT. Por las razones que después veremos (*infra*, III), el art. 71 amplía el marco de la pena concreta correspondiente al delito cometido. Ello quiere decir que en un caso como el presente la Ley no obliga al juez a imponer la pena inferior en uno o dos grados al delito consumado (arts. 51 y 53, delito intentado y frustrado), sino que excepcionalmente, para tener en cuenta que el autor junto con ese delito ha infringido otras normas, le permite recorrer toda la escala del delito en cuestión, en este caso la del asesinato consumado. Es entonces, para evitar una consecuencia tan grave como la de equiparar el asesinato intentado al consumado, cuando interviene la norma del art. 50, I, que *obliga* a aplicar la pena correspondiente al delito menos grave (homicidio consumado en este caso) en su grado máximo; o sea, que el juez no podrá moverse en toda la escala correspondiente al homicidio, sino que estará obligado a aplicar el grado máximo del homicidio consumado. Por esta razón hemos afirmado que el artículo 50 es una manifestación legal de lo que en la doctrina alemana se llama "Sperrwirkung des mildereren Gesetzes".

(134) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 332.

(135) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 335.

(136) Exhaustivamente, GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 353-422.

correspondientes a todas y cada una de las infracciones cometidas (*Gesamtstrafe*), si bien con precisas limitaciones.

Es de subrayar, en primer lugar, que a diferencia de lo que ocurría en el concurso ideal, la pena se formará mediante el aumento de la correspondiente al delito más grave, cuyo límite máximo puede rebasarse. Para la formación de la pena, se ha de proceder en primer lugar a indicar cada una de las correspondientes a los hechos realizados, determinándose su marco. La determinación de la pena más grave no se distingue de la correspondiente de concurso ideal de delitos. Una vez determinada la misma, se pasa a la formación del marco del concurso real. Sobre la pena más grave establecida, se procederá a la suma de las penas correspondientes a las restantes infracciones. La adición en cuestión tiene dos límites máximos, según el párrafo 2 del artículo 70: el triple del tiempo de la pena base, por un lado; y treinta años por otro. Por lo que se refiere al límite mínimo, que no aparece expresamente señalado en la Ley, hay que subrayar de manera semejante a como hacíamos con el concurso ideal que está constituido por el límite máximo del marco de la pena correspondiente a la infracción más grave cometida (*Einsatzstrafe*), ya que la pena del concurso real ha de ser superior a cada una de las penas particulares de las infracciones cometidas. Con los límites máximo y mínimo tenemos determinado el marco de la pena del concurso real.

Todavía se refiere la doctrina a un marco *relativo* del concurso real, que estaría constituido en su límite máximo por la suma total de las penas correspondientes a cada una de las infracciones cometidas (pues la pena del concurso real ha de formar una unidad) y el mínimo por una pena superior al límite máximo de la *Einsatzstrafe*. Con mejor criterio, considera Geerds (137) a estos límites como «reglas de determinación de la pena» (*Strafzumessungsregel*) que no han sido fijados por el legislador (sí, en cambio, en nuestro Derecho para el concurso ideal: art. 71, II y III Código penal) y que vinculan al juez tras la determinación de cada una de las penas particulares. De cualquier forma, el juez ha de respetar dichos límites.

Por lo que se refiere a la concreta medición de la pena dentro de los límites señalados para el concurso ideal y real, hay que atender a los siguientes criterios que someramente pasamos a exponer. En cuanto al concurso ideal, hay que tener en cuenta las distintas normas idealmente concurrentes que aumentarán la pena dentro de los límites de la clase y marco del delito más grave. Si bien el juez no está obligado a ello, su decisión no será correcta si infundadamente deja de tener en cuenta las diversas normas concurrentes (138). Como ya hemos señalado, la agravación o atenuación estará condicionada por las particularidades concurrentes en el caso, a cuyo servicio ha permitido el legislador el amplio margen de mo-

(137) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 338-339.

(138) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 372-373.

vimiento del juez. Un caso particular de lo que decimos es el *delito continuado*, donde la pluralidad de manifestaciones volitivas pondrá frecuentemente de manifiesto una mayor intensidad delictiva, determinante de la agravación de la pena; salvo en aquellos casos en que la conducta reiterada obedezca a una debilidad caracteriológica de ánimo, en cuyo caso la pena habrá de atenuarse. En uno y otro caso, el juez aplica la ley actualizando los criterios de medición de la pena habilitados por el legislador para adecuar aquélla al caso particular (139), y no de creación del Derecho al margen de la ley.

«Genéricamente, habrá de atender el juez para determinar la severidad de la pena en el concurso real, sobre todo a las siguientes circunstancias: 1) Las relaciones mutuas de las infracciones legales, es decir, su contenido de injusto como tal; 2) Su conexión; con otras palabras: su mayor o menor autonomía; 3) La culpabilidad del acusado, tanto en la intensidad delictiva del acto particular y de la totalidad, como de las circunstancias determinantes de la personalidad del delincuente; 4) El comportamiento personal del autor, su situación familiar y económica, su educación y sus precedentes; 5) La influencia que la pena a determinar puede tener sobre el delincuente, en atención sobre todo a la clase de pena a imponer y su duración» (140). Es de subrayar que los criterios indicados para la determinación de la pena en el concurso real están basados en una consideración que requiere una valoración global y total de los hechos en la que naturalmente determinadas circunstancias pueden indicar una agravación compensada por lo indicado en otras, de tal manera que unos criterios se hallan intercomunicados con otros. Por tal razón, para evitar una valoración doble, que infringiría el «ne bis in idem», se hace aconsejable distinguir dos grupos de factores de determinación de la pena: referido uno a la determinación de la pena en particular (*Einzelstrafe*) (gravedad del hecho aislado, motivos especiales del autor y grado de culpabilidad) que pueden variar de un hecho a otro; y el otro que no puede ser apreciado en base a cada hecho aislado, necesitando de un análisis global de la totalidad de lo realizado (unidad interna de los diversos hechos delictivos realizados y significado de la culpabilidad del autor manifestada en el conjunto de sus actos) (141).

Para terminar la parte analítica de nuestro trabajo, y al igual que hacíamos con los conceptos de unidad y pluralidad de acciones, es conveniente completar el estudio sobre la pena única, tema al que ya hemos aludido, y sus características en una futura modificación del Código, que acabaría con la injustificada diferencia de trato, para las diversas modalidades concursales, de la

(139) Ver *infra*, b.

(140) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 375.

(141) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 376.

mano, además, de la crítica a los principios y criterios en que se asienta la regulación actual.

Como ya se ha puesto de relieve, el *principio de la acumulación* no se ha seguido en ningún momento, ni siquiera para el concurso real, y ello por su desacierto politicocriminal, ya que una pura adición de penas que llevaría a resultados desaconsejados desde todos los puntos de vista. Muy por el contrario, se da preferencia al *principio de la asperación*. La pluralidad del concurso real de delitos no se corresponde con una consideración aislada de cada uno de los hechos que lo constituyen, ni desde el punto de vista del devenir de los hechos ni de la personalidad del autor. Así, pues, el principio de la acumulación no se adecúa ni al concurso real ni al ideal (142).

Por otra parte, tampoco el *principio de la asperación* parece está libre de objeción, y ello porque no se basa tanto en la culpabilidad del autor como en el hecho de que solamente va a ser condenada una persona, lo que dificulta las posibilidades de punición. Según Geerds (143), el fundamento del *principio de la asperación* está en el progresivo aumento del padecimiento que la pena supone, lo que no ha sido ni será demostrado. Lo que Geerds critica es el hacer de esta valoración una regla, pues dicha valoración depende de circunstancias muy concretas como la edad o la salud. El progresivo aumento a que se alude no es sino un proceso subjetivo del delincuente que no puede ser elevado a norma general: «Todas éstas son cuestiones que afectan a la medición de la pena, pero no legalmente generalizable y que afecte a la forma y manera en que varias amenazas penales producen sus efectos» (144). Muy por el contrario, y atendiendo a la valoración totalizadora de la culpabilidad, el comportamiento reiterativo del autor habrá de ser analizado de una manera particularizada, lo que nos permitirá comprobar si aquél es manifestación de una actitud fría y una mayor intensidad delictiva que lógicamente debe agravar la pena o, en cambio, es producto de una debilidad caracteriológica a tener en cuenta en beneficio del autor. Lo que no es aceptable es elevar la atenuación a norma y privilegiar incluso al primer caso (145).

Por las razones señaladas, parece que es el *principio de la combinación* el que mejor se adecúa al sistema de la *pena única* (*Einheitsstrafe*) para las diversas modalidades del concurso (146), de la forma en que ya hoy se patrocina para el concurso ideal, pues de una parte permite partir de la persecución de todas las infracciones realizadas, cuyas sanciones han de ser aplicadas; reconociéndose, de otra parte, que dicha «tendencia» sólo puede

(142) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 453.

(143) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 454.

(144) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 455.

(145) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 456.

(146) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 460.

ser satisfecha mediante una *pena única* para un *único delincuente* (147). Todo lo cual pone de manifiesto lo inadecuado que es distinguir entre el concurso ideal y real de delitos (148). Partiendo de la imposibilidad de distinguir a nivel de principios, puede seguirse la de todo intento de hacerlo en el marco de la pena (149) y en el de su medición (150), (150 bis).

(147) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 458-460.

(148) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 460.

(149) Véase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 460-465.

(150) Véase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 465-481.

(150 bis) Para completar la panorámica del estudio de GEERDS sobre el concurso, permítasenos un breve resumen de la opinión de este autor sobre cómo habría de regularse esta materia de "lege ferenda". Se trataría de un sistema que podríamos caracterizar genéricamente como el de la pena unitaria (GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 483-526). El punto de partida sería la renuncia a la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, y la extensión a todas las modalidades del concurso de la pena unitaria, como hoy ocurre con el concurso ideal. El principio de la combinación, pues, habría de seguirse. Precedente de la regulación propuesta es el Proyecto Radbruch de 1922. Para RADBRUCH, tanto en el caso de la unidad como en el de la pluralidad de acciones, el juez habrá de determinar la pena, dentro de un marco más amplio que el normal, en atención al contenido de culpabilidad del comportamiento del autor (GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 489-490). En toda esta cuestión hay que tener en cuenta dos aspectos: 1) que sólo va a ser castigado un sujeto; y 2) que dicho sujeto ha infringido una pluralidad de normas, o la misma varias veces. La pluralidad de infracciones no sólo será tenida en cuenta a la hora de *determinar* el marco de la pena para el concurso, sino también en el momento de medirla dentro del marco establecido. De esa manera se atiende sobradamente a los dos aspectos del concurso que hemos puesto de relieve: el de la unidad personal y el de la pluralidad de infracciones (págs. 496-497). Así, pues, la ampliación del marco de la pena en el concurso no puede ser motivo de objeción, sino que, al contrario, ha de ser saludada como el camino más adecuado para la solución del problema en cuestión (pág. 498). Por lo que se refiere al *marco de la pena única*, hay que señalar que en principio se procederá de la misma forma como en la actualidad se hace con el concurso ideal, por lo que se refiere a la determinación de la pena más grave, como asimismo respecto al efecto limitativo operado por las penas correspondientes a los restantes infracciones. Una corrección importante respecto al concurso ideal es la del límite, que debe poder rebasar el límite superior de la infracción más grave. GEERDS aconseja que éste pueda ser elevado hasta el doble, para de esa forma poder dar cumplida cuenta de los supuestos excepcionalmente graves que puedan presentarse. Contra un límite tan amplio no tenemos nada que objetar si, como GEERDS subraya, el máximo señalado, ni siquiera el límite máximo del delito más grave, vincula preceptivamente al juez, que puede optar por una duración o cuantía inferior, a tenor de las circunstancias del hecho (pág. 501). De especial significado, a tenor de lo ya expuesto, es la medición de la pena en el concurso (*Zumessung der Einheitstrafe*). Para GEERDS, el *concurso ideal homogéneo* tampoco de "lege ferenda" será un problema concursal, por lo que podrá ser tenido en cuenta de forma agravante, pero dentro del marco de la infracción en cuestión. Con esta opinión no podemos estar de acuerdo. Quien con una acción lesiona o mata a dos personas debe o puede ser castigado con una pena más grave que la correspondiente a un único delito de lesiones u homicidio. Por lo que se refiere al *concurso ideal heterogéneo*, la pluralidad de infracciones debe ser castigada más seve-

Al final de la exposición, hemos de concluir con Geerds (151): «Estos resultados no pueden sorprendernos, pues confirman nuestra opinión. Aquéllos son la consecuencia necesaria de partir de premisas falsas, como la errónea distinción entre unidad y pluralidad de acciones en las que hoy se basa la concurrencia. La diferencia de tratamiento entre el concurso ideal y el real, en correspondencia con aquel par de conceptos, ha de conducir necesariamente a una regulación oscura, contradictoria y en gran medida falsa. El lacónico juicio de Binding se muestra correcto: la distinción entre concurrencia ideal y real se basa en su totalidad

ramente que la de una de las infracciones cometidas. Lo mismo cabe decir, según GEERDS, del concurso *real* (homogéneo y heterogéneo) y del delito continuado, cuyo tratamiento ha de ser equiparado al concurso real de delitos, ya que no existe diferencia entre ellos (pág. 507). En los casos de pluralidad de acciones (concurso real y delito continuado) hay que atender a la unidad o pluralidad de decisiones, pues ésta nos indica la intensidad delictiva, lo que es relevante para la medición de la pena. Criterios criminológicos sobre la motivación del comportamiento humano pueden ser de gran interés para atenuar o agravar la pena (pág. 509). Sintéticamente, ha elaborado GEERDS (pág. 510) el siguiente esquema: “Si el delincuente ha infringido varias normas o la misma norma una pluralidad de veces, en principio habrá que agravar la pena. 1) El contenido de injusto de las infracciones que no van a ser tenidas en cuenta para determinar el marco de la pena en la concurrencia habrá de ser puesto en relación con la que sí va a serlo para ser considerado adecuadamente en la medición de la pena. 2) En la medición de la pena habrá que dar cuenta de si el delincuente cometió él solo la infracción. De manera agravatoria operará el hecho de que la repetición de infracciones u otras circunstancias manifiesten una actitud del autor especialmente antisocial o de hostilidad contra el ordenamiento jurídico”. Por supuesto que los criterios expuestos sólo son indiciarios, aunque el juez habrá de dar cuenta de ellos. Por lo general, operarán de la siguiente forma: en el concurso ideal heterogéneo la regla 1) indicará una agravación; el concurso real homogéneo y el delito continuado habrán de agravar, sobre todo en base a la regla segunda; puesto que las reglas 1) y 2) indican sendas agravaciones, el concurso real heterogéneo habrá de ser valorado la mayoría de las veces como especialmente grave. Además, en todos estos casos la posición antisocial del autor operará de forma agravatoria conforme a la regla 3) (pág. 510). Finalmente, propone GEERDS la siguiente regulación legal en la que, como puede verse, no renuncia a tipificar el concurso de leyes: “*Zusammentreffen von Strafgesetzen*. § a Ein Strafgesetz ist neben einem anderen anwendbar, wenn aus seinem Wortlaut, seinem Verhältnis zu dem anzuwendenden Gesetz oder aus den Umständen des Falles nach der Lebenserfahrung zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber den Verstoß im Strafrahmen des anderen Gesetzes berücksichtigt hat. § b Hat jemand gegen mehrere Gesetze oder mehrfach gegen dasselbe Gesetz verstossen, so ist auf eine Strafe zu erkennen. Die Strafe ist nach dem schwersten anzuwendenden Gesetz zu bestimmen und darf das Doppelte des in ihm vorgesehenen Höchstmasses nicht überschreiten und die in einem der anderen Gesetze vorgesehene Mindeststrafe weder der Art noch dem Masse nach unterschreiten. Auf eine weitere Strafe, auf Geldstrafe, Nebenstrafen, Nebenfolgen oder Massregeln der Sicherung und Besserung darf oder muss —auf gleichartige jedoch einheitlich —erkannt werden, wenn dieses in einem der anzuwendenden Gesetze bestimmt ist” (págs. 525-526).

(151) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 483.

en un criterio erróneamente ideado, y por eso insuficientemente constatable por la Ciencia, cuya influencia sobre el contenido de la concurrencia determina que ésta sea falsamente valorizada y con ello injustamente regulada». Y poco antes (1952): «Las reglas de los parágrafos 73 y siguientes (diversas modalidades del concurso), con sus contradictorios principios apenas diferenciables —especialmente en la concurrencia real—, aparecen como un ejemplo ideal de jurisprudencia conceptual».

(152) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 482.