

APA:

Vizueta Fernández, J. (2021). El castigo del concurso medial de delitos en el Código Penal español. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (35), 221-245. <https://doi.org/10.56176/rpcp.35.2021.91>.

EL CASTIGO DEL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ*

Recibido: 10.ENE.2022
Aprobado: 28.ENE.2022

SUMARIO

1. Introducción. 2. Principios que regulan la consecuencia jurídica del concurso medial de delitos. 3. Método de determinación de la pena. 3.1. Concreción de las penas propias de cada delito. 3.2. Elección de la pena de la infracción más grave. 3.3. Formación del marco penal del concurso medial. 3.4. Concreción de la pena dentro del marco penal del concurso medial. 3.5. Sujeción a los límites del art. 76 CP. Bibliografía.

TITLE: The punishment of “concurso medial de delitos” in the spanish penal code.

RESUMEN

El concurso medial de delitos ha sido castigado en España durante muchos años de igual manera que el concurso ideal de delitos. Esta inercia se rompe con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que prevé para el concurso medial un régimen penológico diferente. En este trabajo examinaremos el vigente contenido del apartado 3 del art. 77 del Código Penal español, analizaremos las posturas defendidas sobre el mismo y razonaremos acerca de la vía interpretativa que nos parece más correcta.

PALABRAS CLAVE: Determinación de la pena, concurso medial de delitos, acumulación simultánea, acumulación sucesiva absoluta y acumulación sucesiva limitada de las penas.

ABSTRACT

The so called “Concurso medial de delitos” has been applied in the same way as ideal concurrence of crimes in Spain for many years. The organic Law 1/2015 of March 30 that provides a different Regime of Punishment has broken this inertia. In the follow article we explore the valid content of third section of article 77 of Spanish Penal Code, also we analyze the points of view defended on it and we will reason about the Interpretation that seems most correct to us.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza (jovizu@unizar.es).

KEYWORDS: Sentence determination, concurso medial de delitos, concurrent accumulation, absolute subsequent accumulation, limited subsequent accumulation of Punishment.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el Código Penal español de 1848 hasta la redacción primigenia del Código Penal vigente de 1995, el tratamiento penológico del concurso medial de delitos ha sido el mismo que el del concurso ideal. En ambos concursos se aplicaba en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pudiera exceder de la representada por la suma de las que correspondía aplicar en caso de penar separadamente las infracciones, con la precisión final de que “cuando la pena así computada —pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior— exceda de este límite —el representado por la suma de las penas—, se sancionarán las infracciones por separado” (redacción original de los apartados 2 y 3 del art. 77 CP). Esta trayectoria común de ambos concursos quiebra con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que mantiene para el concurso ideal de delitos idéntica previsión (art. 77.2 CP) y otorga al apartado 3 de este precepto una nueva redacción, según la cual en el concurso medial de delitos “[...] se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

2. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS

El art. 73 CP dispone que “al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”. Este precepto, que alude al principio de la acumulación simultánea de las penas —criterio principal, frente al principio de la acumulación sucesiva (art. 75 CP), que se muestra subsidiario— va dirigido al responsable de dos o más delitos, y no puede dudarse de que el autor o partícipe de un concurso medial de delitos cumple con este requisito, el de ser responsable de dos o más delitos. Por tanto, si nos atenemos al tenor del art. 73 CP, el principio de la acumulación simultánea de las penas —cumplimiento simultáneo de las mismas cuando sea posible atendiendo a su natura-

leza y efectos— rige en principio para todo aquel que sea responsable de dos o más delitos, y, por tanto, no solo para el concurso real de delitos, sino también para los concursos medial e ideal. Esta idea inicial resulta reforzada por el apartado 1 del art. 77 CP, que excluye para estos dos últimos concursos únicamente lo dispuesto en los artículos 75 y 76 CP¹ —esto es, la acumulación sucesiva absoluta y la acumulación sucesiva limitada de las penas²—, pero no el contenido del art. 73 CP. En definitiva, la defensa del principio de la acumulación simultánea de las penas como criterio principal de resolución de la consecuencia jurídica del concurso medial de delitos es perfectamente compatible con el tenor de los artículos 73 y 77.1 CP y con una interpretación sistemática de ambos preceptos. Siempre que sea posible, las penas se cumplirán, por tanto, de forma simultánea^{3 4}. Cuando el cumplimiento simultáneo no sea viable, será de aplicación el objetable y controvertido art. 77.3 CP.

No es sencillo precisar el concreto principio regulativo contenido en este precepto. Ni el principio de la absorción, ni el de la exasperación, ni el de la acumulación sucesiva pueden explicar por sí solos la regla comprendida en el apartado 3 del art. 77 CP. La pena concreta que finalmente se impondrá al responsable de un concurso medial de delitos, como tendremos ocasión de comprobar más tarde, puede encontrarse dentro del marco penal —mitad inferior o superior— de una de las penas individuales concurrentes (principio de la absorción), puede superar el límite máximo de la pena individual concurrente más grave (principio de la exasperación) o puede alcanzar la suma de las penas concretas impuestas por cada uno de los

1 Luego veremos que esta afirmación debe ser matizada.

2 Sobre esta terminología, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., Régimen penológico, pp. 67 y 68.

3 Sobre las penas susceptibles de cumplimiento simultáneo, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., Régimen penológico, pp. 15-60.

4 En un hipotético concurso medial de dos delitos, castigado uno con pena de prisión y otro con pena de multa, al ser ambas penas susceptibles de cumplimiento simultáneo, debería procederse como si se tratara de un concurso real: concreción total de ambas penas atendiendo a las reglas de determinación de la pena que concurran en el caso concreto y cumplimiento simultáneo de las mismas. Vayamos ahora a uno de los supuestos de concurso medial que con mayor frecuencia conocen los tribunales: delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil —que en muchas ocasiones es continuado— y delito de estafa —también, a menudo, continuado— (véase, por todas, la STS 519/2017, de 6 de julio). El delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por particular está castigado en el art. 392.1 CP con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El delito de estafa, en su modalidad básica, se castiga en el párrafo primero del art. 249 CP con la pena de prisión de seis meses a tres años. Las dos penas de prisión no pueden cumplirse simultáneamente, por lo que sobre ellas habrá de aplicarse lo dispuesto en el art. 77.3 CP, que luego analizaremos. La pena de multa, al ser susceptible de cumplimiento simultáneo con la pena de prisión, escapa al ámbito de este precepto: se concretará atendiendo a las distintas reglas de determinación de la pena que concurran, y se cumplirá simultáneamente con la pena de prisión resultado del proceso de concreción contenido en el art. 77.3 CP.

delitos (principio de la acumulación sucesiva). El principio regulativo de la consecuencia jurídica del concurso medial de delitos cuando las penas no son susceptibles de cumplimiento simultáneo responde, pues, a una amalgama o mezcla de distintos componentes de varios principios, y en este sentido podríamos referirnos a él —por lo que tiene de combinar elementos diversos— como el principio de la mixtura o hibridación.

A continuación, trataremos de desarrollar el método que ha de seguirse para alcanzar una pena absolutamente determinada en un concurso medial de delitos.

3. MÉTODO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Las fases o etapas que hemos de recorrer en el proceso de determinación de la pena de un concurso medial de delitos pueden ser las siguientes:

3.1. Concreción de las penas propias de cada delito

En esta primera fase han de concretarse las penas de todos los delitos que integran el concurso medial, del mismo modo que si se tratase de un concurso real. Por tanto, en relación con cada delito se deben aplicar las distintas reglas de determinación de la pena que conforman la llamada concreción legal —reglas relativas al grado de realización del delito, tipo de participación, eximentes incompletas, agravantes, atenuantes, etc.— que en cada caso concurran, para proceder después a su individualización judicial^{5 6}.

5 Véanse CADENA SERRANO, F. A., *La aplicación judicial*, pp. 32 y 33; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español*, p. 790, en su propuesta de interpretación literal; y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, p. 601.

6 La individualización judicial deberá realizarse de manera motivada, atendiendo a las circunstancias del hecho y del sujeto relativas a lo injusto, culpabilidad y fines de la pena que todavía no hayan sido tenidas en cuenta en la formación de los marcos penales abstracto-concretos. En esta actuación, y tomando en consideración estos criterios, el juez o el tribunal podrá recorrer todo el marco penal resultado de la aplicación de las distintas reglas de determinación de la pena. Cabe la posibilidad, por supuesto, de concretar la pena en el límite mínimo o máximo del marco penal hasta ese momento alcanzado, pero este proceder no puede elevarse a la categoría de criterio general de actuación. Este es también, al parecer, el posicionamiento teórico de la STS 863/2015, de 30 de diciembre (Fundamento de Derecho Trigésimo Tercero). Sin embargo, hay sentencias que al resolver los supuestos particulares se van, sin explicación alguna y, por tanto, como si aplicasen una regla general, al límite mínimo —es el caso de las SSTS 543/2017, de 12 de julio (Fundamento de Derecho Segundo del recurso del Ministerio Fiscal); y 828/2017, de 15 de diciembre (Fundamento de Derecho Octavo)— o al máximo —así, las SSTS 36/2017, de 26 de enero (Fundamento de Derecho Primero); 519/2017, de 6 de julio (Fundamento de Derecho Décimo); y 566/2018, de 20 de noviembre (Fundamento de Derecho Cuarto)— del marco penal alcanzado tras la aplicación de las reglas de determinación de la pena concurrentes.

Hemos de alcanzar por cada delito una pena absolutamente concreta⁷. Veamos un ejemplo sencillo.

En la STS 92/2019, de 20 de febrero, se condena a un individuo como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.2 CP en concurso medial con un delito de homicidio del art. 138.1 CP en grado de tentativa, con la concurrencia en este último delito de las circunstancias agravantes de discriminación por razón de género (art. 22.4.^a CP) y parentesco (art. 23 CP)⁸. La pena del delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.2 CP —prisión de seis meses a un año— quedó individualizada en un año de prisión (su máximo)⁹, pena, en palabras del Tribunal Supremo, “proporcionada si se pondera que al acusado se le acababa de notificar la medida cautelar cuando de inmediato comenzó ya a incumplirla, contingencia que, tanto desde la perspectiva de la prevención general como, sobre todo, desde el criterio de la prevención especial justifica la cuantía de la pena impuesta”. En relación con el delito de homicidio, se descendió la pena dos grados por ser la tentativa inacabada —prisión de dos años y seis meses a cinco años menos un día (o, para otros, cuatro años, once meses y veintinueve días)—, concretando la pena, nuevamente, en su cuantía máxima, esto es, prisión de cinco años menos un día¹⁰. Tenemos ya por cada delito una pena absolutamente concreta: prisión de un año por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, y prisión de cinco años menos un día por el delito de homicidio en grado de tentativa.

De esta última opinión, LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, pp. 556 y 557.

- 7 Solo así será posible precisar los límites mínimo y máximo del marco penal del concurso medial al que se refiere el art. 77.3 CP.
- 8 Se le castiga, además, por un delito de amenazas con las dos circunstancias agravantes señaladas, dato este que ahora no nos importa.
- 9 Se trata de un delito consumado en el que no concurren atenuantes ni agravantes, por lo que el Tribunal debe aplicar la regla 6.^a del art. 66.1 CP.
- 10 En este caso, al decidir el Tribunal bajar la pena no uno sino dos grados por la tentativa, aunque concurren dos circunstancias agravantes, la regla del art. 66.1 CP que debe aplicarse no es la 3.^a —mitad superior— sino la 8.^a, que faculta a jueces y tribunales a aplicar la pena en toda su extensión. Aun así, el Tribunal decide imponer el límite máximo de la pena inferior en dos grados (prisión de cinco años menos un día) con la siguiente argumentación: “tales circunstancias agravantes justificaban la aplicación de la pena en su cuantía máxima, especialmente si se pondera que el Tribunal de instancia tuvo en cuenta también la insistencia del acusado en matar a la víctima después de conocer la medida de alejamiento y en el momento de ser detenido, instancia en el que manifestó de nuevo que la mataría cuando quedara en libertad. Ello revela un mal pronóstico desde la perspectiva de la función de la prevención especial de la pena que impide considerarla desproporcionada en el caso concreto”.

3.2. Elección de la pena de la infracción más grave

El art. 77.3 CP exige que se imponga una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, *por la infracción más grave*. Una vez concretadas totalmente las penas de todos los delitos que conforman el concurso medial, debemos elegir aquella que corresponda a la infracción más grave. Surge aquí la duda de a qué pena ha de atenderse para determinar la infracción más grave, si a la pena abstracta¹¹, a la pena abstracto-concreta¹² o a la pena totalmente determinada. La infracción más grave, por tanto, ¿es la que recoge la pena abstracta más grave, es la infracción de la que procede la pena abstracto-concreta más grave o es aquella de la que deriva la pena absolutamente determinada más grave? En muchas ocasiones, pena abstracta más grave, pena abstracto-concreta más grave y pena concreta más grave corresponden a la misma infracción penal. Pero no siempre ocurre así.

En el ejemplo al que nos hemos referido en el epígrafe anterior —autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.2 CP en concurso medial con un delito de homicidio del art. 138.1 CP en grado de tentativa, con la concurrencia en este último delito de las circunstancias agravantes de discriminación por razón de género (art. 22.4.^a CP) y parentesco (art. 23 CP)— no hay duda de que el homicidio es más grave que el delito de quebrantamiento de medida cautelar, se tome en consideración la pena abstracta, la pena abstracto-concreta o la pena concreta, pues en el supuesto que nos ocupa todas estas penas atinentes al delito de homicidio son de mayor gravedad que las respectivas del delito de quebrantamiento de medida cautelar. Pero, como ya hemos dicho, no siempre sucede lo mismo.

En la STS 863/2015, de 30 de diciembre, se condenó a los distintos imputados, entre otras infracciones, a un delito de detención ilegal del art. 163.1 CP en concurso medial con un delito de robo con violencia en casa habitada con utilización de medios peligrosos (art. 242.1, 2 y 3 CP), con la concurrencia en el delito de robo de las circunstancias agravantes de abuso de superioridad y disfraz. El delito de detención ilegal del art. 163.1 CP está castigado con una pena de prisión de cuatro a seis años. Al quedar consumado y no concurrir en él circunstancias agravantes ni atenuantes, el tribunal pudo recorrer al individualizar la pena todo el marco penal original: decidió concretarla en su límite mínimo, esto es, prisión de cuatro años. El art. 242.2 CP prevé para el robo con violencia en casa habitada la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años. Al cometerse con utilización de medios

11 Véase la STS 519/2017, de 6 de julio (Fundamento de Derecho Décimo). Esta parece ser también la opinión de la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 16.

12 Véanse DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO (dir.) / TRAPERO BARREALES / DURÁN SECO / ESCOBAR VÉLEZ, *Casos prácticos*, p. 83; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español*, p. 790; y GONZÁLEZ RUS / GONZÁLEZ TAPIA / PALMA HERRERA, *Aplicación retroactiva*, pp. 8 y 9.

peligrosos, esta pena debe imponerse en su mitad superior (art. 242.3 CP): prisión de cuatro años, tres meses y un día a cinco años. Esta es, pues, la pena abstracta que corresponde a un robo en casa habitada con utilización de medios peligrosos. Como concurren en el robo con violencia dos circunstancias agravantes, de acuerdo con el art. 66.1.3.^a CP debe imponerse esta última pena en su mitad superior: prisión de cuatro años, siete meses y dieciséis días a cinco años. El tribunal concretó la pena en cinco años, el máximo de este último marco penal, invocando como factor de individualización la “brutalidad del hecho”.

Pues bien, ¿cuál es, en este supuesto, la infracción más grave, el delito de detención ilegal o el robo con violencia en casa habitada con utilización de medios peligrosos? Si atendemos a sus penas abstractas diremos que el delito de detención ilegal —prisión de cuatro a seis años— es de mayor gravedad que el robo con violencia en casa habitada con utilización de medios peligrosos —prisión de cuatro años, tres meses y un día a cinco años—, pues el límite máximo de la primera pena supera en un año el límite máximo de la segunda. A la misma conclusión llegamos si lo que comparamos son sus penas abstracto-concretas¹³. Sin embargo, no podemos mantener la misma opinión si atendemos a las penas totalmente concretas, pues resulta evidente que una pena de prisión de cinco años (pena impuesta por el robo con violencia en casa habitada con utilización de medios peligrosos) es más grave que una pena de prisión de cuatro años (pena fijada para el delito de detención ilegal).

En nuestra opinión, en esta fase, en el momento de precisar cuál es la infracción más grave, debe atenderse a la pena absolutamente concreta. Dicho de otro modo, la infracción más grave será aquella de la que proceda la pena concreta más grave¹⁴. Si atendemos para determinar la infracción más grave a la comparación de penas abstractas o penas abstracto-concretas, podemos llegar en determinados supuestos a resultados difícilmente asumibles. El ejemplo que hemos propuesto es uno de estos supuestos.

Si se adopta como criterio decisivo el de la pena abstracta o el de la pena abstracto-concreta para decidir cuál es la infracción más grave, en el ejemplo del que hemos partido esta sería el delito de detención ilegal. Como veremos con más detenimiento en la siguiente fase, el art. 77.3 CP regula el modo de precisar los límites mínimo y máximo del marco penal del concurso medial, dentro del cual

13 En el caso del delito de detención ilegal, al dirigirse la pena al autor del delito consumado y no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la pena abstracto-concreta, esto es, la pena tras la fase de concreción legal, coincide con la pena abstracta.

14 Cuando las penas concretas sean homogéneas, el criterio determinante para elegir la pena más grave será el de su duración. En otros supuestos, el criterio de la duración debe ceder frente al de la intensidad y alcance de la afcción de los bienes jurídicos o derechos perjudicados por las penas que concurren; véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., Régimen penológico, pp. 62-66.

el juez o tribunal deberá concretar la pena con la que se castigue este concurso. El límite mínimo del marco penal del concurso medial es, según este precepto, “*una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave*”. Si la infracción más grave es el delito de detención ilegal, la pena que habría correspondido, en el caso concreto, por este delito es, como hemos visto, prisión de cuatro años. El límite mínimo del marco penal del concurso medial ha de ser una pena superior a esta, por tanto, en nuestro caso, cuatro años y un día de prisión. Esto implica que el tribunal, al concretar la pena del concurso medial de detención ilegal y robo con violencia, podría hacerlo a partir de cuatro años y un día de prisión, lo que supondría la posibilidad de castigar este concurso medial con una pena inferior que la que le habría correspondido por la sola comisión del robo con violencia en casa habitada con utilización de medios peligrosos (prisión de cinco años). De ser así, al imputado le ha traído cuenta añadir a la comisión del robo con violencia, el delito de detención ilegal.

Pongamos otro ejemplo para comprobar lo inadecuado de atender a las penas abstractas o abstracto-concretas en la elección de la infracción más grave. Un sujeto es condenado por un delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP en concurso medial con un delito de fraude de subvenciones del art. 308.2 CP¹⁵. El delito de falsedad documental del art. 392.1 CP está castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años. Al cometerse de manera continuada, esta pena deberá imponerse en su mitad superior (art. 74.1 CP)¹⁶; prisión de un año, nueve meses y un día a tres años. Pensemos que el tribunal, una vez observados los distintos criterios de individualización, concreta la pena en su límite mínimo, esto es, un año, nueve meses y un día de prisión. En cuanto al delito de fraude de subvenciones del art. 308.2 CP, castigado con una pena de prisión de uno a cinco años, el tribunal también adopta la decisión de individualizarla en su límite mínimo, por tanto, prisión de un año. La SAP de Barcelona, sección 6.ª, 825/2016, de 8 de noviembre (Fundamento de Derecho Cuarto), frente a un supuesto muy similar a este, como consecuencia de atender en la elección de la infracción más grave a la pena abstracta, estima que el delito más grave de los que concurren en el concurso medial es el de fraude de subvenciones. Al haber sido concretada la pena de este delito en un año de prisión, la Audiencia Provincial de Barcelona fija el límite mínimo del marco del concurso medial en un año y un día de prisión. Para formar el límite máximo de este marco penal suma a la pena concreta del delito de fraude de subvenciones —pri-

15 Vamos a prescindir de las penas de multa de ambos delitos y de la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social del delito de fraude de subvenciones. De acuerdo con la opinión defendida en nuestro trabajo, estas penas, una vez concretadas, se cumplirán de forma simultánea con la pena de prisión resultado de la aplicación del art. 77.3 CP.

16 Se podría incluso imponer la mitad inferior de la pena superior en grado.

sión de un año—, la pena concreta del delito de falsedad en documento mercantil —prisión de un año y nueve meses¹⁷—, que hace un total de dos años y nueve meses de prisión. El marco penal del concurso medial de estos dos delitos es, por tanto, prisión de un año y un día a dos años y nueve meses, que la Audiencia Provincial de Barcelona individualiza en prisión de un año y cinco meses. Esta es la pena que se impone al autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil del art. 392.1 CP en concurso medial con un delito de fraude de subvenciones del art. 308.2 CP, inferior, por tanto, a la pena que la propia Audiencia ha fijado para uno solo de los delitos, el de falsedad en documento mercantil. Esta es una de las razones por las que la STS 543/2017, de 12 de julio, casa la sentencia citada de la Audiencia Provincial de Barcelona con la siguiente argumentación (Fundamento de Derecho Segundo del recurso del Ministerio Fiscal): “si se tiene en cuenta que el delito continuado de falsedad de que aquí se trata tendría como pena mínima la de 1 año, 9 meses y 1 día, es un sinsentido que la adición al mismo de un delito de fraude de subvenciones, en régimen de concurso medial, pueda llevar al resultado de imponer una pena inferior a aquella”.

Si atendemos a la pena absolutamente concreta para la elección de la infracción más grave, estos problemas quedan resueltos. En el último ejemplo analizado, la infracción más grave es el delito de falsedad documental, cuya pena concreta es prisión de un año, nueve meses y un día, superior a la pena concreta —prisión de un año— del delito de fraude de subvenciones. La pena de referencia para construir el límite mínimo del marco penal del concurso medial es, por tanto, la prisión de un año, nueve meses y un día, a la que habrá que añadir un día de prisión para cumplir con el requisito del art. 77.3 CP de que la pena del concurso medial sea superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. De esta manera, en ningún caso podrá castigarse un concurso medial con una pena inferior o igual que la pena concreta de uno solo de los delitos que conforman ese concurso.

3.3. Formación del marco penal del concurso medial

El art. 77.3 CP habla de *límites*, dentro de los cuales el juez o tribunal deberá individualizar la pena del concurso medial. El primer inciso de este precepto se dirige a explicar cómo han de formarse tales límites —el mínimo y el máximo— del marco penal del concurso.

Por lo que respecta al límite mínimo, el apartado tercero del art. 77 CP dispone que “*se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso*

17 En rigor es prisión de un año, nueve meses y un día, por ser este el límite mínimo de la mitad superior de la pena de prisión de seis meses a tres años. Pero este detalle no importa ahora para el problema que estamos tratando.

concreto, por la infracción más grave". En el análisis de la fase anterior ya hemos adelantado, en términos generales, cómo se forma este límite mínimo del marco penal del concurso medial. Debemos acudir a la pena seleccionada en la fase segunda —pena concreta más grave— y añadirle su unidad penológica¹⁸. Si la pena concreta más grave es, por ejemplo, prisión de cuatro años, el límite mínimo del marco penal del concurso medial será prisión de cuatro años y un día. Si lo fuera, por poner otro ejemplo, una inhabilitación absoluta de seis años, el límite mínimo sería inhabilitación absoluta de seis años y un día. De esta forma se cumple con el requisito de que la pena del concurso medial sea *superior* a la de la infracción más grave¹⁹. En cuanto

- 18 Véanse BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones*, p. 139; GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, p. 601; MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Introducción*, p. 346; GUARDIOLA GARCÍA, J., *Concurso*, pp. 268 y 278; el mismo, *Reglas especiales*, p. 311; GALLEGO DÍAZ, M., *La determinación*, p. 8; GONZÁLEZ RUS / GONZÁLEZ TAPIA / PALMA HERRERA, *Aplicación retroactiva*, p. 9; GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho Penal*, p. 388; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., *Código Penal*, p. 598; JIMÉNEZ SEGADO, C., *Cómo se calcula*, p. 2; y las SsTS 863/2015, de 30 de diciembre (Fundamento de Derecho Trigésimo Primero); 28/2016, de 28 de enero (Fundamento de Derecho Décimo); 95/2016, de 17 de febrero (Fundamento de Derecho Cuarto); 444/2016, de 25 de mayo (Fundamento de Derecho Noveno); 688/2016, de 27 de julio (Fundamento de Derecho Sexto); 891/2016, de 25 de noviembre (Fundamento de Derecho Octavo); 998/2016, de 17 de enero (Fundamento de Derecho Cuarto); 519/2017, de 6 de julio (Fundamento de Derecho Décimo); 828/2017, de 15 de diciembre (Fundamento de Derecho Octavo); 320/2018, de 29 de junio (Fundamento de Derecho Séptimo); 566/2018, de 20 de noviembre (Fundamento de Derecho Cuarto); 92/2019, de 20 de febrero (Fundamento de Derecho Primero); y 863/2021, de 12 de noviembre (Fundamento de Derecho Cuarto).
- 19 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español*, pp. 791 y 792, con la finalidad de expresar de un modo más acertado la voluntad legal de aproximar la respuesta penal del concurso medial al concurso real, propone una interpretación alternativa, que él denomina interpretación sistemática. Según esta, el art. 77.3 CP alberga una regla principal y dos subsidiarias. La regla principal "prevé la imposición de la pena superior en grado a la prevista para la infracción más grave, en toda su extensión". La cuantía de la pena resultante no ha de exceder de la suma de las penas que se hubieran impuesto si se penaran separadamente las infracciones —primera regla subsidiaria— ni los límites establecidos en el art. 76 CP —segunda regla subsidiaria—. El juez o tribunal deberá comparar entre la pena concreta del marco penal superior en grado y la pena resultante de la suma de las penas de los marcos penales concurrentes —con respeto siempre a los límites del art. 76 CP—, y elegir la opción más favorable para el penado (de modo similar SUÁREZ LÓPEZ, J. M.^a, *Reglas especiales*, pp. 214 y 215; y ROLDÁN BARBERO, H., *Manual*, p. 254). Esta interpretación de Díez Ripollés, que resulta, en efecto, más eficaz a la hora de conseguir en el concurso medial de delitos un tratamiento penal intermedio entre el concurso ideal y el concurso real, no parece sin embargo posible *de lege lata*. El Código penal cuando pretende que una pena se eleve de grado utiliza de manera invariable la expresión *pena superior en grado*, no *pena superior*. Si la intención del legislador hubiera sido la de imponer aquí la pena superior en grado, habría asumido sin más las recomendaciones realizadas por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013 (p. 61) y el Dictamen 358/2013 del Consejo de Estado, coincidentes en que el apartado 3 del art. 77 CP previera "la imposición de la pena "superior en grado" a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no

al límite máximo, este queda definido por la exigencia contenida en el art. 77.3 CP según la cual la pena del concurso medial *no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos*. Por tanto, el límite máximo del marco penal del concurso medial se formará sumando las penas concretas alcanzadas en la primera fase²⁰.

Este proceso de formación de los límites mínimo y máximo del marco penal del concurso medial resulta sencillo cuando las penas concretas que derivan de los delitos que forman el concurso medial son penas homogéneas. En el ejemplo manejado al analizar la primera fase —delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.2 CP en concurso medial con un delito de homicidio del art. 138.1 CP en grado de tentativa, con la concurrencia en este último delito de las circunstancias agravantes de discriminación por razón de género y parentesco—, se alcanzaron las siguientes penas concretas: prisión de un año por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, y prisión de cinco años menos un día por el delito de homicidio en grado de tentativa. Al ser las dos penas homogéneas, la constitución de los límites mínimo y máximo del marco penal del concurso medial no presenta especiales dificultades. A la pena más grave —prisión de cinco años menos un día— se le añade su unidad penológica, y quedará formado el límite mínimo: prisión de cinco años. El límite máximo será la suma de las dos penas concretas, esto es, prisión de seis años menos un día. El marco penal del concurso medial es, por tanto, prisión de cinco

simplemente “una pena superior” —véanse la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 15; y CADENA SERRANO, F. A., *La aplicación judicial*, p. 32—. Por otra parte, la comparación que en la postura de *Diez Ripollés* debe hacer el tribunal entre dos opciones, la pena concreta del marco penal superior en grado, por un lado, y la pena resultante de la suma de las penas de los marcos penales concurrentes, por otro —con atención, siempre, a que no se superen en ningún caso los límites del art. 76 CP—, a los efectos de elegir la alternativa más favorable, tampoco se aviene bien con la exigencia del art. 77.3 CP de que el tribunal individualice la pena del concurso medial de delitos *dentro de unos límites*, esto es, dentro de un tramo de pena contenido entre un límite mínimo y un límite máximo, por más que esta actuación esté plagada de dificultades.

- 20 Véanse CADENA SERRANO, F. A., *La aplicación judicial*, p. 33; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones*, p. 139; ESCUCHURI AISA, E., *Comentarios*, p. 718; MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso*, p. 358; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, PG*, p. 525; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso*, p. 870; ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio*, p. 487; SANTANA VEGA, D., *Comentarios*, p. 304; GALLEGO DÍAZ, M., *La determinación*, p. 9; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, p. 556; DELGADO SANCHO, C. D., *Concurso*, p. 20; y las SsTS 863/2015, de 30 de diciembre (Fundamento de Derecho Trigésimo Primero); 28/2016, de 28 de enero (Fundamento de Derecho Décimo); 95/2016, de 17 de febrero (Fundamento de Derecho Cuarto); 444/2016, de 25 de mayo (Fundamento de Derecho Noveno); 688/2016, de 27 de julio (Fundamento de Derecho Sexto); 998/2016, de 17 de enero (Fundamento de Derecho Cuarto); y 320/2018, de 29 de junio (Fundamento de Derecho Séptimo).

años a seis años menos un día, o mejor, prisión de cinco años a cinco años, once meses y veintinueve días.

Defender, como es nuestro caso, el principio de la acumulación simultánea de las penas como criterio principal de resolución de la consecuencia jurídica del concurso medial de delitos, evita muchos de los problemas a los que habrán de enfrentarse los que no siguen este principio cuando tengan que conformar el marco penal del concurso medial de delitos²¹, pero no elimina por entero las dificultades, pues no todas las penas que no pueden cumplirse de forma simultánea son penas homogéneas. Son las penas heterogéneas no susceptibles de cumplimiento simultáneo las que presentan dificultades en la constitución del marco penal del concurso medial de delitos. Planteemos, para verlo, un ejemplo.

Se condena a una persona a un delito de prevaricación del art. 404 CP en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.3 a) CP²². El delito de prevaricación se castiga con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años. Las penas previstas para el delito de malversación de caudales públicos son prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Consideremos que el tribunal ha procedido a la siguiente individualización de las penas: por el delito de prevaricación, inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve años; y por el delito de malversación, prisión de cinco años e inhabilitación absoluta de once años. La pena de prisión de cinco años, al ser susceptible de cumplimiento simultáneo con las penas de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo²³, escapa en nuestra opinión al ámbito del art. 77.3 CP. Se cumplirá simultáneamente con la penalidad que resulte del proceso de concreción de este último precepto. Por su parte, las dos penas de inhabilitación especial —para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo— también son, entre ellas, susceptibles de cumplimiento simultáneo, pero no lo son respecto de la pena de inhabilitación absoluta²⁴. Sobre estas penas —inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, por un lado, e inhabilitación absoluta, por otro— habrá de aplicarse lo dispuesto en el art. 77.3 CP. Y es precisamente aquí, entre penas heterogéneas no susceptibles de cumplimiento simultáneo, donde surgen las dificultades.

21 Véase DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO (dir.) / TRAPERO BARREALES / DURÁN SECO / ESCOBAR VÉLEZ, *Casos prácticos*, pp. 83 y 84.

22 Un supuesto similar puede encontrarse en la STS 891/2016, de 25 de noviembre.

23 Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico*, pp. 22 y ss.

24 Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico*, pp. 34 y 36.

De acuerdo con el proceso de formación de los límites mínimo y máximo del marco penal del concurso medial al que nos hemos referido más arriba, la pena más grave de las que han de someterse al art. 77.3 CP es la inhabilitación absoluta de once años. A esta pena hay que añadirle su unidad penológica para formar el límite mínimo: inhabilitación absoluta de once años y un día. El límite máximo se constituirá sumando —si aquí podemos hablar de sumar— las penas concretas no susceptibles de cumplimiento simultáneo, es decir, inhabilitación absoluta de once años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve años. El supuesto marco penal del concurso medial que nos ocupa sería una pena de inhabilitación absoluta de once años y un día —límite mínimo— a inhabilitación absoluta de once años más inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve años —límite máximo—. No es difícil reparar en lo insólito de un marco penal en el que una de las penas (la inhabilitación absoluta) es mayor en su límite mínimo que en su límite máximo, y las otras (la inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo) forman parte del límite máximo pero no están presentes en el límite mínimo. En realidad, no podemos hablar aquí de un marco penal, de un tramo o porción de pena contenido entre dos extremos dentro de los cuales pueda desplazarse el juez en la individualización de la pena, sino más bien de dos alternativas penológicas: además de la pena de prisión de cinco años, que se aplicará en todo caso, el tribunal podrá imponer una pena de inhabilitación absoluta de once años y un día —primera alternativa— o inhabilitación absoluta de once años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de nueve años —segunda alternativa—. Como se ve, la operatividad del art. 77.3 CP en estos casos se muestra claramente deficiente²⁵.

3.4. Concreción de la pena dentro del marco penal del concurso medial

Dispone el segundo inciso del art. 77.3 CP que “dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66”. La finalidad de esta fase es alcanzar la pena concreta con la que se va a castigar el complejo concursal. Para ello, partiendo del marco penal alcanzado en la fase anterior, y con respeto a sus límites mínimo y máximo, se procederá a la individualización de la pena. En esta definitiva actuación, el juez o tribunal se apoyará en los

25 Todo ello pone de manifiesto que el legislador penal reguló el procedimiento de determinación de la pena del concurso medial pensando únicamente en una concurrencia de penas homogéneas, más concretamente, en penas de prisión.

criterios expresados en el art. 66. Probablemente sea este el aspecto más problemático de toda la determinación de la pena del concurso medial de delitos.

En la primera fase del proceso de determinación de la pena de este concurso se ha llevado a cabo, como se ha visto, una total concreción de las penas de cada uno de los delitos integrantes del concurso medial. Esto supone que por cada delito, aisladamente considerado, se ha aplicado aquella de las reglas del art. 66 CP concurrente en el caso concreto, hasta alcanzar tras la pertinente individualización judicial una pena, como decimos, absolutamente determinada. Genera problemas, por ello, que el art. 77.3 CP, con la finalidad de concretar la pena dentro del marco penal previamente formado con las penas individualizadas de cada delito, se remita nuevamente al art. 66 CP, al poder verse aquí una vulneración del principio *non bis in idem*²⁶.

La preocupación por salvar los evidentes riesgos que ofrece el art. 77.3 CP de caer en la prohibición de una doble valoración se deja notar en las distintas interpretaciones que se han realizado de este precepto. La Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado advierte que el art. 77.3 CP no se refiere a las *reglas* del art. 66 CP sino a sus “criterios o fórmulas de moderación equitativa”²⁷. Habrán de valorarse “la entidad y las circunstancias concurrentes en ambos delitos de modo que se abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero sin sujeción a las reglas del art. 66 CP, cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes. Habrán pues de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del art. 66.1.6.^a (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habría de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal”²⁸. En

26 Véanse ESCUCHURI AISA, E., *Comentarios*, p. 718; MIR PUIG, S., *Derecho penal, PG*, p. 679, nota 43; GUARDIOLA GARCÍA, J., *Concurso*, pp. 268 y 278; el mismo, *El concurso de delitos*, p. 124; el mismo, *Reglas especiales*, p. 311; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., *Código Penal*, p. 598; y las SsTS 863/2015, de 30 de diciembre (Fundamento de Derecho Trigésimo Primero); 28/2016, de 28 de enero (Fundamento de Derecho Décimo); 95/2016, de 17 de febrero (Fundamento de Derecho Cuarto); 444/2016, de 25 de mayo (Fundamento de Derecho Noveno); 688/2016, de 27 de julio (Fundamento de Derecho Sexto); 998/2016, de 17 de enero (Fundamento de Derecho Cuarto); y 828/2017, de 15 de diciembre (Fundamento de Derecho Octavo).

27 Así también las SsTS 863/2015, de 30 de diciembre (Fundamento de Derecho Trigésimo Primero); 28/2016, de 28 de enero (Fundamento de Derecho Décimo); 95/2016, de 17 de febrero (Fundamento de Derecho Cuarto); 444/2016, de 25 de mayo (Fundamento de Derecho Noveno); 688/2016, de 27 de julio (Fundamento de Derecho Sexto); 998/2016, de 17 de enero (Fundamento de Derecho Cuarto); y 828/2017, de 15 de diciembre (Fundamento de Derecho Octavo). En la doctrina, véase GALLEGU DÍAZ, M., *La determinación*, p. 9.

28 Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, pp. 17 y 18.

sentido similar, *Cadena Serrano* también repara en que el “legislador habla de sujeción a los criterios del artículo 66 y no a sus reglas”, y que “esos criterios del artículo 66 CP han de ser los relativos a la gravedad del hecho en su conjunto concursal y a la personalidad del autor que no hubieran sido ya valorados en la individualización de pena de los delitos medio y fin”²⁹. Este autor es consciente de la dificultad de encontrar criterios que no se hayan tenido en cuenta previamente, pero “pueden hallarse en el número de delitos medio y en la gravedad del concurso y de la personalidad del autor desde esa óptica”³⁰.

Una opinión distinta defiende *García Albero*³¹. De acuerdo con este autor, no puede obviarse que el art. 77.3 CP se remite al art. 66 CP para concretar el marco penal del concurso medial de delitos. La interpretación que del art. 77.3 CP hace la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado “conduce a una *interpretatio abrogans* de la regla del art. 77 CP, que remite inequívocamente a los “criterios” expresados en el art. 66 CP y no expresamente al previsto en su ordinal sexto (ausencia de circunstancias), que es como decir nada —pena en la extensión que se estime adecuada atendidas las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho—”³². La utilización por partida doble de las circunstancias genéricas concurrentes en el caso concreto es contraria al principio de *prohibición de doble valoración*, como garantía del principio *non bis in idem* material. No obstante, aquel principio “puede admitir excepciones *in favor rei*, pero nunca en contra del reo”³³. En consecuencia, *García Albero* defiende valorar doblemente las circunstancias atenuantes genéricas y elementos de signo favorable, pero rechaza la doble valoración de las circunstancias agravantes genéricas y los elementos de individualización judicial desfavorables. Concluye de esta forma: “El sistema de determinación de pena, adicionalmente, supone una inversión de principios bien asentados, como el de inherencia, al resultar obligado la doble valoración de los elementos que atenúan la pena, tanto para la determinación del límite mínimo y máximo del marco penal, como para la concreción de dicho marco de acuerdo con las reglas del art. 66 CP. Queda excluida la doble utilización de elementos que lo agravan, pues el principio de doble valoración opera como garantía del ciudadano frente a la realización del *ius puniendi*”³⁴. No es de extrañar, por ello, que con este

29 CADENA SERRANO, F. A., *La aplicación judicial*, p. 33. Véanse también BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones*, p. 139; y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Lecciones*, pp. 440 y 441.

30 CADENA SERRANO, F. A., *La aplicación judicial*, p. 33.

31 GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, pp. 601-606.

32 GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, p. 602.

33 GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, p. 603.

34 GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, p. 606.

planteamiento se alcancen penas de menor rigor que las que se obtendrían de aplicar las reglas del concurso ideal.

La regulación del art. 77.3 CP surgida de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un retroceso en el complejo ámbito de la determinación de la pena en los concursos de delitos. Ni siquiera la pretensión del legislador de alcanzar en el concurso medial una respuesta penal más rigurosa que la del concurso ideal, va a estar siempre garantizada³⁵. Se empeña el legislador de forma contumaz en ofrecer regulaciones sin el análisis y consensos necesarios, que acaban por propiciar variadas interpretaciones que en nada contribuyen a otorgar a esta materia la necesaria seguridad jurídica. Que la regulación actual del art. 77.3 CP es manifiestamente mejorable, no puede ponerse en duda. En esto sí parece haber consenso. Y el elemento de la regulación más controvertido, como ya hemos señalado más arriba, es quizá la remisión al art. 66 CP a efectos de concretar la pena dentro del marco penal del concurso medial previamente alcanzado. Pero a pesar de las dificultades, hay que tratar de ofrecer una interpretación que sea respetuosa con el tenor del art. 77.3 CP y que permita alcanzar resultados moderadamente satisfactorios.

Coincidimos con las opiniones analizadas más arriba en que la aplicación de las reglas del art. 66 CP en la concreción de la pena dentro del marco penal del concurso medial una vez tenidas en cuenta en la determinación de la pena de cada delito aisladamente considerado, supone una violación del principio de prohibición del *bis in idem*³⁶. No somos partidarios de excepcionar aquí tal principio en relación con las circunstancias atenuantes genéricas y elementos de individualización judicial favorables, pues podría llevarnos en algunos casos a soluciones difícilmente asumibles. No tenemos más que pensar, por ejemplo, en el caso de que concurran dos atenuantes ordinarias o una muy cualificada en los delitos que conforman el concurso medial. Si al concretar la pena de cada delito bajamos uno o dos grados (art. 66.1.2.^a CP), y después, sobre el marco penal del concurso medial construido, volvemos a descender uno o dos grados, la pena definitiva del concurso medial va a resultar inferior que la pena concreta de uno solo de los delitos que integran el concurso. Rechazamos, pues, la postura defendida por *García Albero*.

La distinción que realiza la Fiscalía General del Estado, entre *reglas* y *criterios* del art. 66 CP, puede parecer *a priori* artificiosa, pero el legislador deja aquí poco

35 Véanse CADENA SERRANO, F. A., *La aplicación judicial*, p. 32; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones*, p. 139; ESCUCHURI AISA, E., *Comentarios*, p. 718; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Lecciones*, p. 442; SANZ MORÁN, A. J., *Un creciente embrollo*, p. 2; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, p. 556; GONZÁLEZ RUS / GONZÁLEZ TAPIA / PALMA HERRERA, *Aplicación retroactiva*, p. 10; y la STS 688/2016, de 27 de julio (Fundamento de Derecho Sexto).

36 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español*, p. 792.

margen para la brillantez. Los *criterios* relativos a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho (art. 66.1.6.^a CP) propios de cada delito³⁷, y en consecuencia ya utilizados en el proceso de concreción de su respectiva pena, no pueden ser nuevamente tenidos en cuenta en la determinación de la pena del marco concursal, si no se quiere incurrir en un *bis in idem*. Pero estos *criterios* del art. 66 CP a los que se remite el art. 77.3 CP —circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho— pueden y deben ser referenciales de aspectos o elementos propios del complejo concursal, que ayudarán a concretar la pena dentro del marco penal del concurso medial.

La mayor parte de la doctrina coincide en señalar que el rasgo distintivo del concurso medial es la conexión teleológica entre los delitos que lo conforman. En las regulaciones anteriores a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se veía en esta conexión la razón que explicaba que el tratamiento punitivo del concurso medial, aun siendo este un supuesto de concurso real, fuera idéntico al del concurso ideal³⁸. La doctrina ha discutido en profundidad acerca de la determinación de cuándo o cómo uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro, aspecto este que, como señala *Escuchuri Aisa*, es el elemento problemático en la concreción del supuesto de hecho del concurso medial³⁹. No es intención nuestra exponer aquí las variadas y notables aportaciones de la doctrina al respecto, unas más exigentes que otras a la hora de dotar de contenido al requisito de la *necesidad medial*⁴⁰. Pero sí nos interesa mostrar que esta conexión teleológica entre los delitos en concurso, una vez alcanzado el umbral exigido por cada autor para encontrarnos frente a un concurso medial, puede ser mayor o menor, por ser aquella un requisito susceptible de graduación. Si en la regulación anterior la conexión teleológica entre los delitos servía para explicar que el concurso medial se castigara del mismo modo que el concurso ideal, ahora, de una forma más sofisticada, el mayor o menor vínculo o engarce entre los delitos puede servir de elemento orientador en la determinación de la pena dentro del marco del concurso medial. Se podría decir, entonces, que la medida de la pena del concurso medial y la conexión entre los delitos que lo integran se encuentran en una relación inversamente proporcional.

Aunque hay autores que entienden que los supuestos de coincidencia parcial del proceso ejecutivo de dos delitos son casos de concurso ideal⁴¹, buena parte de la

37 Sobre estos criterios, véase GALLEGO DÍAZ, M., *La aplicación de la pena*, pp. 459 y ss.

38 Véanse SANZ MORÁN, A. J., *El concurso*, p. 217; y ESCUCHURI AISA, E., *Teoría*, p. 440.

39 ESCUCHURI AISA, E., *Teoría*, p. 441.

40 Véanse CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios*, pp. 362-364; GUINARTE CABADA, G., *El concurso medial*, pp. 188 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Comentarios*, pp. 1034-1038; y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, pp. 591 y 592.

41 Así SANZ MORÁN, A. J., *El concurso*, pp. 218 y 219; y CUERDA RIEZU, A., *Anteproyecto de*

doctrina, creemos que con razón, considera que son supuestos de concurso medial⁴², a los que hay que añadir aquellos otros en los que los delitos en concurso no tienen coincidencias típicas, ni siquiera parciales, siempre, claro está, que se dé entre ellos la necesaria relación medial. Pues bien, desde este planteamiento, la ausencia o existencia en el caso concreto de una identidad parcial del hecho, que se traduce, respectivamente, en un mayor o menor injusto del complejo concursal en su conjunto, puede ser otro de los criterios utilizado por el juez o tribunal en la concreción de la pena del marco del concurso medial⁴³. Merecen también atención ahora los supuestos de conexiones mediales encadenadas, que se presentan cuando un delito sirve de medio para cometer un segundo delito, que a su vez es medio para cometer un tercer delito, con posibilidad de añadir a la cadena nuevas infracciones penales. Tampoco hay acuerdo en la doctrina en cómo resolver estos supuestos⁴⁴. En su momento, *Córdoba Roda*, tras analizar las posibles soluciones, prefirió apreciar aquí un concurso medial de todos los delitos en conexión⁴⁵. Parte de la doctrina se opuso a esta forma de resolver estos supuestos con el argumento de que suponía la impunidad de los delitos que excedían de dos⁴⁶. Este argumento, que estaba lejos de ser concluyente respecto de la regulación anterior —pues otro tanto ocurría con los concursos ideales de más de dos delitos, y estos supuestos estaban admitidos expresamente por el Código Penal⁴⁷—, con la regulación actual ha perdido toda validez. Por ello, la postura que en su día defendió *Córdoba Roda* es perfectamente sostenible hoy. Y de seguirse, no cabe duda de que el número de delitos que integran el correspondiente concurso

Código penal de 1992, p. 312.

42 Véanse CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios*, pp. 358 y 359; GUINARTE CABADA, G., *El concurso medial*, p. 163; CEREZO MIR, J., *Curso...III*, pp. 304 y 305, nota 5; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Comentarios*, pp.1020-1023; ESCUCHURI AISA, E., *Teoría*, p. 443; y DÍEZ RIPO-LLÉS, J. L., *Derecho Penal Español*, p. 604.

43 Resulta criticable, por ello, que con la actual regulación quede abierta la posibilidad de que el concurso medial sea castigado con menor pena que el concurso ideal. Sin embargo, nada impide que jueces y tribunales, en la determinación de la pena dentro del marco penal del concurso medial, utilicen como un criterio orientativo adicional la pena que le habría correspondido al sujeto en caso de que el concurso, en lugar de medial, fuese ideal, con el deseable propósito de que aquel, por regla general, no sea castigado con menor pena que este. Así, la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado, p. 19.

44 Sobre las distintas aportaciones de los autores, véase por todos ESCUCHURI AISA, E., *Teoría*, pp. 444 y 445.

45 CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios*, pp. 367 y 368. De la misma opinión, CUELLO CONTRERAS, J., *La frontera...I*, p. 67; y GONZÁLEZ RUS, J. J., *Comentarios*, p. 1041.

46 Véanse MIR PUIG, S., *Adiciones*, p. 1022; SANZ MORÁN, A. J., *El concurso*, p. 220; GUINARTE CABADA, G., *El concurso medial*, p. 200; y CEREZO MIR, J., *Curso...III*, p. 306, nota 10.

47 Véanse GONZÁLEZ RUS, J. J., *Comentarios*, p. 1041; y GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, p. 596.

medial puede ser otro de los criterios que orienten al juez o tribunal en su labor de concretar la pena dentro del marco penal previamente alcanzado.

No cabe duda de que doctrina y jurisprudencia irán descubriendo otros elementos conectados con la mayor o menor gravedad del complejo concursal y con las circunstancias personales del delincuente que servirán para individualizar la pena dentro del marco penal del concurso medial. Como puede verse no son criterios rígidos que obliguen a imponer la pena dentro de un determinado tramo de este marco penal, sino meros elementos orientadores de la labor del juez en la individualización de la pena del concurso medial de delitos.

En otro orden de cosas, atención especial merece aquí la singular situación que en el ámbito de esta fase puede surgir de la pena de prisión permanente revisable. Su naturaleza de pena temporalmente indeterminada va a condicionar el tratamiento penal del concurso medial de delitos cuando concorra con otras penas privativas de libertad. Partamos, una vez más, de un sencillo ejemplo. Una persona ha sido condenada por un delito de allanamiento de morada del art. 202.1 CP en concurso medial con un delito de asesinato agravado del art. 140.1.1.^a CP. El tribunal ha concretado la pena de ambos delitos: un año de prisión por el delito de allanamiento de morada, y prisión permanente revisable por el delito de asesinato agravado. Si seguimos el método de constitución del marco penal del concurso medial expuesto en la fase anterior, su límite mínimo sería prisión permanente revisable —la pena más grave de las dos que confluyen— y un día de prisión⁴⁸, y el límite máximo, prisión permanente revisable más prisión de un año. El tribunal, con arreglo al inciso segundo del art. 77.3 CP, debería individualizar la pena dentro de estos límites. El resultado sería la imposición de una pena de prisión permanente revisable junto con otra pena de prisión —que podría ir desde un día hasta un año— con la finalidad de proceder a un cumplimiento sucesivo de las mismas. Pero la naturaleza de la pena de prisión permanente revisable, su propia lógica interna, imposibilita la acumulación sucesiva de una pena de prisión permanente revisable y otra u otras penas privativas de libertad⁴⁹. Existe una imposibilidad material de hacer efectiva la previsión del art. 77.3 CP⁵⁰. Como ocurre en el concurso real⁵¹ y en el concurso ideal, las penas privativas de libertad que se imponen junto a la prisión permanente revisable no se acumulan a esta, únicamente pueden influir en las condiciones de su

48 Aunque la prisión permanente revisable sea una pena temporalmente indeterminada, consideramos que su unidad penológica sigue siendo el día.

49 Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico*, pp. 18 y 19.

50 Véase GUARDIOLA GARCÍA, J., *Reglas especiales*, p. 314.

51 Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico*, pp. 18 y 19.

ejecución (art. 78 bis CP). También aquí la pena de prisión permanente revisable absorbe las restantes penas privativas de libertad que con ella concurren⁵².

3.5. Sujeción a los límites del art. 76 CP

El último inciso del art. 77.3 CP dispone que la “pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”⁵³. Por tanto, la pena concreta con la que se va a castigar el concurso medial, además de respetar los límites mínimo y máximo del marco penal formado en la fase tercera, no puede superar los límites —en plural— contenidos en el art. 76 CP⁵⁴.

Acoge este precepto, en primer lugar, el denominado límite relativo⁵⁵. El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable en ningún caso podrá superar el triple del tiempo de la pena más grave impuesta. Esta no es otra que la pena seleccionada en la fase segunda —pena concreta más grave—, y que nos ha servido de referencia para precisar el límite mínimo del marco penal del concurso medial. La aplicación de este límite relativo va a ser de eficacia reducida, pues para que pueda desplegar sus efectos es necesario que las infracciones que integran el concurso medial sean al menos cuatro, lo que será altamente improbable.

Junto a este límite relativo, el art. 76 CP recoge un límite de 20 años —límite absoluto ordinario—, que, excepcionalmente, cuando concurren los requisitos mencionados en las letras a), b), c) y d) del art. 76.1 CP, será de 25, 30 o 40 años —límites absolutos extraordinarios o excepcionales—⁵⁶. En otro trabajo analiza-

52 Algo semejante sucede cuando concurren varias penas de privación de la patria potestad, o una de estas penas y otra u otras penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, y no quepa una acumulación simultánea de las mismas por haberse acordado respecto del mismo o mismos hijos del penado. Una de las penas de privación de la patria potestad absorbe a las restantes penas de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad que con aquella concurren.

53 El art. 77 CP es un ejemplo de pésima técnica legislativa. Comienza su apartado 1 excluyendo del concurso medial la aplicación de lo dispuesto en los artículos 75 y 76 CP, y acaba imponiendo en su apartado 3 la aplicación para este concurso de los límites contenidos en el art. 76 CP —véase GALLEGO DÍAZ, M., *La determinación*, p. 9, para quien “mayor contradicción y falta de lógica, imposible”—. Por otro lado, alude al límite de duración previsto en el art. 76 CP, cuando este precepto recoge varios límites de cumplimiento máximo efectivo; véase, al respecto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso*, pp. 870 y 871.

54 Los Anteproyectos de Código Penal de julio y octubre de 2012 no incluían el último inciso de lo que hoy es el art. 77.3 CP. La referencia a los límites del art. 76 CP aparece en el Anteproyecto de Código Penal de 3 de abril de 2013.

55 Sobre este límite, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico*, pp. 69-72.

56 No cabe duda de que el margen de aplicación de todos estos límites absolutos en el ámbito del concurso medial es notablemente inferior al del concurso real.

mos con detenimiento estos límites absolutos⁵⁷, por lo que no creemos necesario reproducir ahora de forma pormenorizada el estudio allí realizado. Será suficiente recordar alguna de las conclusiones alcanzadas. El límite absoluto ordinario de 20 años no solo es aplicable a la pena de prisión, sino a cualquier pena de cumplimiento sucesivo. Por el contrario, los límites absolutos excepcionales de 25, 30 o 40 años solo afectan a las penas de prisión. Por otro lado, a la hora de verificar la existencia de los requisitos necesarios para que el límite absoluto ordinario de 20 años deje paso a los límites excepcionales de 25, 30 o 40 años⁵⁸, debe atenderse a la pena legal abstracto-concreta, esto es, debe tomarse en consideración el marco penal final previo a la fase de individualización judicial, dentro de cuyos límites el juez o tribunal ha alcanzado la pena absolutamente concreta de la primera fase. Analicemos, para finalizar, el siguiente ejemplo: autor de un delito de allanamiento de morada del art. 202.2 CP con la circunstancia agravante de reincidencia y con una atenuante por analogía a una eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica en concurso medial con un homicidio agravado del art. 138.2 a) CP en el que concurre la misma circunstancia atenuante.

El delito de allanamiento de morada del art. 202.2 CP está castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. Al concurrir en este delito una circunstancia agravante y otra atenuante, debe aplicarse la regla 7.^a del art. 66.1 CP, según la cual el tribunal deberá valorar y compensar racionalmente ambas circunstancias para la individualización de la pena. Consideremos que en esta operación de concreción se alcanza la pena de prisión de tres años y multa de nueve meses. En cuanto al homicidio agravado, la pena prevista para este delito en el art. 138.2 a) CP es prisión de quince años y un día a veintidós años y seis meses, que deberá imponerse, por concurrir una circunstancia atenuante (art. 66.1.1.^a CP), en su mitad inferior: prisión de quince años y un día a dieciocho años y nueve meses. Pensemos que el tribunal, tras la oportuna individualización, concreta la pena de prisión en dieciocho años. Si nos atenemos a las pautas ofrecidas en la fase tercera, el marco penal del concurso medial en el ejemplo que nos ocupa es prisión de dieciocho años y un día a veintidós años⁵⁹. Llegados a este punto, el tribunal debe concretar la pena dentro de este marco penal, pero atendiendo siempre a los límites contenidos en el

57 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico*, pp. 72-81.

58 El sujeto ha de haber sido condenado por dos o más delitos —en el caso de la letra d) del art. 76.1 CP, referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II— y alguno —letras a), b) y d)— o, al menos, dos de ellos —letra c)— esté o estén castigados por la ley con pena de prisión de hasta —letra a)— o superior a —letras b), c) y d)— 20 años. Por tanto, uno o varios, según los casos, de los delitos en concurso deben estar *castigados por la ley* con pena de prisión de hasta o superior a 20 años.

59 La pena de multa de nueve meses del delito de allanamiento de morada se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión resultado de la aplicación del art. 77.3 CP.

art. 76.1 CP por si alguno de ellos fuera aplicable al caso. Y en efecto, en nuestra opinión, es de obligada aplicación aquí el límite de los veinte años⁶⁰, por lo que en rigor el marco penal dentro del cual el tribunal deberá concretar la pena correspondiente al concurso medial tiene un límite mínimo de dieciocho años y un día, y un límite máximo de veinte años⁶¹.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLDOVA PASAMAR, M. / GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, M. (2016). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- CADENA SERRANO, F. (2015). La aplicación judicial de la pena. Reglas generales y especiales. Novedades de la LO 1/2015. *Revista del Ministerio Fiscal*, (0), 7-34.
- CEREZO MIR, J. (2001). *Curso de Derecho Penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito/2*. (Tomo III). Editorial Tecnos.
- CÓRDOBA RODA, J. (1972). *Comentarios al Código Penal*. (Tomo II). Ediciones Ariel.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1979). La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32(1), 45-92.
- CUERDA RIEZU, A. (1993). La regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código Penal de 1992. En: *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas.

60 Como hemos señalado, en la comprobación de la existencia de los requisitos necesarios para que el límite absoluto ordinario de 20 años deje paso a los límites excepcionales de 25, 30 o 40 años, debe atenderse, no a la pena abstracta, sino al marco penal final previo a la fase de individualización judicial. En nuestro ejemplo, la pena abstracta del delito de homicidio agravado es prisión de quince años y un día a veintidós años y seis meses. Pero no es esta la pena que hay que tomar en consideración, sino la pena abstracto-concreta, esto es, la pena de prisión de quince años y un día a dieciocho años y nueve meses, que al no llegar a —ni superar— los veinte años, el límite absoluto que rige, no es ninguno de los excepcionales, sino el ordinario de 20 años.

61 Por esta razón, el examen de si concurren en el caso concreto los límites albergados en el art. 76.1 CP, al que nosotros hemos querido singularizar creando una quinta y última fase, podría incluirse sin problemas dentro de la fase cuarta.

- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Teoría del delito*. (2ª ed., Tomo II). En: DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.). Iustel.
- DELGADO SANCHO, C. (2016). Concurso de normas y concurso de delitos: la prisión permanente revisable y la punición del concurso medial. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (44), 199-229.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M. / TRAPERO BARREALES, M. / DURÁN SECO, I. / ESCOBAR VÉLEZ, S. (2015). *Casos prácticos de Derecho Penal 1. Introducción y consecuencias jurídicas del delito*. (2ª ed.). Eolas ediciones.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2020). *Derecho Penal español. Parte general*. (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- ESCUCHURI AISA, E. (2004). *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*. Comares.
- ESCUCHURI AISA, E. (2015). Artículos 73 a 79: reglas especiales para la aplicación de las penas. En: GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte general*. (Tomo I). Aranzadi.
- GALLEGO DÍAZ, M. (2010). La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, (87), 431-467.
- GALLEGO DÍAZ, M. (2015). *La determinación de la pena en la reforma del Código Penal de 2015. La Ley Penal*, (117).
- GARCÍA ALBERO, R. (2016). *Comentarios al Código Penal español*. (7ª ed., Tomo I) Thomson Aranzadi.
- GONZÁLEZ CAMPO, E. (2015). *Derecho Penal. Parte general*. La Ley.
- GONZÁLEZ RUS, J. (2000). *Comentarios al Código Penal*. (Tomo III). Edersa.
- GONZÁLEZ RUS, J. / GONZÁLEZ TAPIA, M. / PALMA HERRERA, J. (2017). Aplicación retroactiva de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal a supuestos de concurso medial de delitos. *Diario La Ley*, (8960).
- GUARDIOLA GARCÍA, J. (2013). Concurso de delitos: arts. 74, 76 y 77 CP. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. (Dir.) / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch.
- GUARDIOLA GARCÍA, J. (2013). El concurso de delitos en el proyecto de reforma del Código Penal: análisis crítico. *ReCrim*, (10), 113-126. <http://www.uv.es/recrim>.

- GUARDIOLA GARCÍA, J. (2015). Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones (arts. 76 y ss.). En: GONZÁLEZ CUSSAC, J. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tirant lo Blanch.
- GUINARTE CABADA, G. (1988). El concurso medial de delitos. *Estudios Penales y Criminológicos*, (13), 153-206. <http://hdl.handle.net/10347/4211>.
- JIMÉNEZ SEGADO, C. (2016). ¿Cómo se calcula la pena con la nueva regla del concurso medial de delitos? *La Ley Penal*, (119).
- LANDECHO VELASCO, C. / MOLINA BLÁZQUEZ, C. (2020). *Derecho Penal español. Parte general*. (11ª ed.). Tecnos.
- MAPELLI CAFFARENA, B. / CUELLO CONTRERAS, J. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (3ª ed.). Tecnos.
- MIR PUIG, S. (1981). *Adiciones de Derecho español a la obra de H-H. Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (Vol. II.). Bosch.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. (10.ª ed.). Editorial Reppertor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2015). *Introducción al Derecho penal*. (2ª ed.). En: LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. (Coord.). Civitas.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (10ª ed.). Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Dykinson.
- ORTS BERENQUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. (2019). *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. (8ª ed.). Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. (2017). *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*. En: RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.). La Ley.
- ROLDÁN BARBERO, H. (2016). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (2ª ed.). Comares.
- SANTANA VEGA, D. (2015). *Comentarios al Código Penal*. En: CORCOY BIDA-SOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.). Tirant lo Blanch.
- SANZ MORÁN, A. (1986). *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Universidad de Valladolid.
- SANZ MORÁN, A. (2016). Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (44), 15-18.

- SUÁREZ LÓPEZ, J. (2015). *Reglas especiales de aplicación de las penas, en Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dykinson.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2020). *Régimen penológico del concurso real de delitos*. Editorial Reus.