

Unidad de hecho y concurso medial de delitos

UJALA JOSHI JUBERT

Profesora titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona

I

1. El concurso de delitos y el concurso de leyes son temas que plantean numerosos problemas: desde la misma terminología, pasando por la ubicación sistemática, hasta llegar a su naturaleza, son algunos de los aspectos vivamente discutidos por la doctrina. En lo que sigue me ocuparé únicamente de algunas de estas cuestiones. Los principales objetivos que me propongo son, en primer lugar, determinar el concepto de unidad de hecho que mejor se aviene con nuestra legislación, y que parece también más adecuado dogmáticamente. En segundo lugar, se examinará el ámbito de aplicación del llamado por la doctrina concurso medial.

2. Es clásico empezar la discusión sobre estos temas por el análisis del concepto de acción, pues la existencia de una clase u otra de concurso se hace depender mayoritariamente de la existencia e inexistencia de unidad de acción. Existe cierta unanimidad acerca del *criterio* que debe manejarse para definir el concepto de ACCION en este ámbito (1). Puede decirse que reina un relativo acuerdo en entender que la presencia o

(1) Actualmente es opinión dominante la que entiende que el concepto de acción de la teoría del concurso no coincide con el concepto general de acción -como presupuesto general del delito-: S/S (Schönke/Schröde, Strafgesetzbuch Kommentar, 23 ed. 1988)-STREE, ante # 52, Nr. 10; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal II*, trad. y notas Mir Puig/Muñoz Conde, 1981; p. 996; PUPPE, *Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenzen*, GA 1982, p. 146; SK (Systematischer Kommentar, 1985)-SAMSON, ante # 52, Nr. 15; LK (Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 ed. 1978, a cargo de Jescheck/Russ/Willms)-VOGLER, ante # 52, Nr. 7; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos, Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 146; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 12. Tampoco coincide, según la doctrina alemana, con el concepto de hecho utilizado en Derecho procesal: LK (9 ed. 1970, a cargo de

no de unidad de acción dependerá en último término de una valoración, y más concretamente de una valoración jurídica, que únicamente puede proporcionar el sentido de los tipos legales (2). A partir de este punto común la doctrina se divide. Se discute qué elementos del tipo importa considerar para la unidad de acción.

3. A) La doctrina casi absolutamente mayoritaria entiende que hay ante todo unidad de acción «siempre que un acto de voluntad se transforma en un movimiento corporal» (3) (*unidad de acción en sentido natural*). Que la manifestación de voluntad, como una unidad de conducta interno-externa (4), forma parte del tipo y, por lo tanto, de la unidad de acción, no hay duda. Más dudoso le parece a un sector de la doctrina (5) el que se deba comprender dentro de esta unidad al resultado material. Desde esta perspectiva, lo importante es determinar el número de manifestaciones de voluntad típicas que han tenido lugar. Cada mani-

Baldus/Willms)-Mösel, # 73, Nr. 10; HRUSCHKA, *Der Begriff der Tat im Straferfahrensrecht*, JZ 1966, p. 700; HERZBERG, *Ne bis in idem - Die Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils*, JuS 1972, p. 177 ss; LK-VOGLER, # 52 Nr. 11; JESCHECK, *Tratado II*, p. 995 y not. 5 con más bibliografía. También en este sentido STS 29 septiembre 1987.

(2) JESCHECK, *Tratado II*, p. 997; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 3 ed. 1990, p. 721; GEERDS, *Zur lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 249; R. SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, ZStW 75 (1963), 46 ss; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 22; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 15; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 21.

No faltan autores, por ejemplo MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Córdoba Roda, 1962, II, p. 419, que ponen de relieve, acertadamente, las dificultades de acudir a un criterio valorativo similar, poniendo de relieve que «no son los tipos como complejos fenómenos jurídicos, los que dan lugar a esta descomposición del suceso en particulares unidades de acción, sino las acciones contenidas en cada tipo y que sirven de fundamento al mismo».

La doctrina dominante rechaza el llamado concepto de unidad de acción según la concepción natural de la vida, utilizado por la jurisprudencia, y que no debe confundirse con la unidad de acción natural: SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 20 ss; MAIWALD, *Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung*, NJW 1978, p. 300; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 9 ss; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, # 52 Nr. 2 a; S/S-STREE ante # 52, Nr. 24 ss; JESCHECK, *Tratado II*, p. 926; GEERDS, *Konkurrenz*, p. 242 ss; HAFT, *Strafrecht*, AT, 3 ed. 1987, p. 286; KINDHÄUSER, *Normverstoss und natürliche Handlungseinheit-BGH*, NJW 1984, 1568, JuS 1985, p. 105 ss. Cfr. no obstante, WARDA, *Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit*, Oehler-FS, p. 24.

(3) SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 146. La doctrina alemana habla en estos casos de *Handlungseinheit im natürlichen Sinne* que no debe confundirse con la figura rechazable y rechazada de *Natürliche Handlungseinheit*: S/S-STREE; ante # 52, Nr. 11; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 17; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 8.

(4) Sobre este concepto ver MIR PUIG, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato* (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987), ADPCP 1988, pp. 664 ss.

(5) CÓRDOBA RODA, *Comentario al Código penal*, II, 1972, p. 351; EL MISMO, *Anotaciones al Tratado de Maurach*, not. 2, p. 422; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 147; JESCHECK, *Tratado II*, p. 996; MAURACH, *Tratado II*, p. 421; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, ante # 52, Nr. 3; DREHER/TRÖNDLE, ante # 52, Nr. 6; LK-VOGLER, # 52, Nr. 7; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 11; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 17; también STS 29 septiembre 1987.

festación de voluntad típica constituirá una unidad de acción, con independencia de los resultados materiales que origine. Así pues, por ejemplo, —por citar los casos más usuales en la doctrina— si un sujeto mata con una bomba —una sola manifestación de voluntad— a 10 individuos —10 resultados materiales de muerte— realizará un sólo hecho (caso 1). De lo contrario, si mata a cada individuo con un disparo distinto ejecutará tantos hechos como disparos hayan tenido lugar (caso 2). Esta parece ser además en ocasiones la opinión del T. S. Según la STS 29 septiembre 1987, el concepto básico es el de la unidad de acción, que considera equiparable a «hecho», el cual, viene determinado por la identidad, al menos parcial, de los actos de ejecución correspondientes a los tipos de delito concurrentes, sin que pierda su unidad sustancial por la pluralidad de resultados y de bienes jurídicos lesionados.

B) Otra es, en cambio, la posición que sostiene el sector doctrinal minoritario que incluye dentro del concepto de hecho al resultado material (6). Para ellos el tipo penal no expresa tan sólo una manifestación de voluntad, es decir, el tipo no contiene sólo la conducta prohibida, sino que —por lo menos en los delitos dolosos de resultado— también pertenece a la unidad típica el resultado. De este modo, en los dos casos antes propuestos se llegará a la misma conclusión de que existen en ambos 10 hechos de homicidio. Esta posición será discutida más adelante. Por ahora, analizaremos la doctrina mayoritaria, según la cual, recordemos, unidad de acción equivale a manifestación de voluntad típica.

4. A) Con independencia de que la unidad de hecho equivalga a unidad de acción o a unidad de acción más resultado material, surge en ambos casos otro problema, a saber, si realmente cada manifestación de voluntad dará lugar a una acción. ¿Cada uno de los golpes que Juan da a Luis integra un delito de lesiones? ¿Cada fajo de billetes que Juan sustrae de la caja fuerte es un delito de robo? ¿Cada agresión sexual que Juan realiza sobre María es un delito de agresión sexual? Pues, cada golpe, o la sustracción de cada fajo de billetes, o cada agresión pueden integrar por sí solos delitos de lesiones, de robo o de agresiones sexuales respectivamente (6a). Y aún hay más, si un sujeto lesiona y se apodera de la cartera de otro, ¿debe entrar en juego la plantilla del tipo de hurto más el de lesiones, o quizá el de robo con violencia o intimidación en las

(6) MIR PUIG, DP, PG, p. 722 ss; GUINARTE CABADA, *El concurso medial de delitos*, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 163; COBO/VIVES, *Derecho penal*, Parte General, 2 ed. 1987, p. 536; VIVES ANTON, *La estructura*, p. 11.

(6a) Ver la interesante STS 9-4-1992 que analiza un caso de agresiones sexuales y violaciones. Según ésta, «cada penetración de otro cuerpo (por cualquier vía y con cualquier instrumento) requieren una nueva decisión del autor y un movimiento corporal diferenciado, lo que determina que cada penetración comporta una acción independiente en sentido natural». En cuanto a la relación entres ambos delitos —agresiones sexuales y violación— estima la sentencia que no pueden «constituir una unidad valorativa con la violación desde el punto de vista jurídico penal».

personas? Si un sujeto durante la utilización ilegítima de un vehículo a motor, se detiene unas horas en la carretera y luego reemprende la marcha, ¿debe aplicarse una sola vez el tipo de utilización ilegítima de vehículos a motor o quizás dos veces? Con estos pocos ejemplos parece quedar claro que el criterio manejado por la doctrina, según el cual hay que averiguar cuántas manifestaciones de voluntad han habido para saber si concurre o no unidad de acción debe concretarse más. Esto lo ha intentado un sector de la doctrina alemana del modo que a continuación se expone.

B) La doctrina rechaza unánimamente en estos casos la pluralidad de acciones (7), aunque incluso de la mano de los tipos penales sea posible afirmarla. Para evitar un consecuencia tan indeseada se recurre a un concepto de unidad de acción esencialmente valorativo. Según ello, junto al concepto de acción natural se postulan los conceptos de *unidad de acción típica* (8), que abarcará a la unidad de acción típica en sentido estricto y a la unidad de acción típica en sentido amplio, y de *unidad de acción en sentido jurídico* (9).

Se entiende que concurre unidad de acción típica en sentido estricto en los siguientes casos (10): a) en la realización de los requisitos mínimos del tipo legal, aunque el comportamiento físico pueda descomponerse en varios actos parciales desde el punto de vista fenomenológico (11); b) delitos de varios actos, en las tres modalidades estructurales que puede presentar: que el tipo contemple la realización de una u otra acción (12), que la realización de una acción tenga como objetivo conseguir determinada finalidad, o que el tipo imponga la realización de más de una acción típica (13), pero esta vez en sentido amplio en los siguientes supuestos: a) realización progresiva del tipo, c) unidad de acción por efecto abrazadera; finalmente constituirá un supuesto de unidad de acción en sentido jurídico el delito continuado. En consecuencia, en todos estos ca-

(7) SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 16, 22; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3 ed. 1981, Nr. 1214; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 15, 29; JESCHECK, *Tratado II*, pp. 997 ss; COBO/VIVES, DP, PG, p. 545, nota 16; LACKNER, ante # 52, Nr. 5; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 16; SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, AT, 2 ed., p. 433; WARDA, *Oehler-Fs*, p. 257, que para remediarlo recurre al concepto de acción según el sentido natural de la vida; ya así, LK-MÖSEL, ante # 73, Nr. 10; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 3 ed. 1988, p. 359.

(8) LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 15 ss, 30 ss; JESCHECK, *Tratado II*, pp. 997 ss; SK-SAMSON, ante # 52, nr. 22 ss; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 13 ss; HAFT, AT, p. 286; MIR PUIG, DP, p. 724; LACKNER, ante # 52, Nr. 10; GEERDS, *Konkurrenz*, p. 264; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 46.

(9) Ver por todos, JESCHECK, *Tratado II*, p. 996 y ss; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 30 ss.

(10) Ver por todos, LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 15 ss.

(11) JESCHECK, *Tratado II*, p. 997.

(12) Aquí se planteará, como señala HAFT, AT, p. 287, un problema de concurrencia interna.

(13) Ver por todos, LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 30 ss.

sos estimarán o bien un solo delito, o bien concurso ideal, y aplicarán las reglas penológicas más benévolas.

5. Todo este planteamiento me parece sumamente discutible. En primer lugar, es dudoso que, por lo menos en nuestro Derecho, el término clave sea el de *unidad de acción*. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, me parece rechazable, por inexacto, referirse a un sentido amplio y a otro estricto de unidad de acción, incluso si se interpreta como unidad de acción típica.

En este punto del comentario creo conveniente detenernos unos instantes a fin de comparar brevemente la regulación alemana (14) con la nuestra, pues muchos de los conflictos provienen de una traslación acrítica de los resultados alcanzados por ellos a nuestra realidad. Basta con una somera lectura de la doctrina alemana para advertir que muchos de los criterios utilizados por nuestra doctrina provienen de aquel país. Poner de relieve las diferencias legales, aunque a veces sólo sean terminológicas, aclarará algunas cuestiones.

El Código penal alemán regula en los §§ 52 y siguientes de forma parcial e incompleta cuestiones referidas al concurso. El § 52 dispone, entre otras cosas, que (1) Si la misma acción lesiona más leyes penales o la misma ley varias veces... Y el § 53: 1) Si alguien ha cometido más de un delito... El Código penal español se refiere a los problemas concursales en los artículos 68 y siguientes. Señalaremos también a continuación los aspectos de la regulación que nos parecen, en este momento, importantes. El art. 68 comienza con las siguientes palabras: «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos...». El 69 se refiere solo «al culpable de dos o más delitos o faltas» y a «diversas infracciones». De acuerdo con el 69 bis es posible realizar «una pluralidad de acciones y omisiones...» y existir un hecho. Finalmente, el art. 71 habla del caso «de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro».

Puede observarse que existen diversas diferenciadas entre lo dispuesto en el Código penal alemán y el español. Primero, en el StGB no se menciona en la parte general el concurso de leyes. Tampoco hay una figura paralela a la que establece el art. 71.1,2 CP (concurso medial). El delito continuado no está regulado, siendo criticada por la doctrina de este país su utilización (15). El § 52, que según la doctrina alemana regula el concurso ideal de delitos, habla de *una acción*. En cambio, el art. 71, que también según una interpretación mayoritaria se contiene el concurso ideal (16), utiliza la expresión *hecho*. También se refieren al *hecho* los artículos 68 y 69 bis. En cuanto al concurso real, que se entiende comprendido en el § 53 StGB y en el art. 69 CP, en ambos países es necesaria la

(14) Sobre la regulación del concurso en Derecho comparado ver, SANZ MORÁN, *El concurso*, pp. 56 ss.

(15) Ver por todos, JESCHECK, *Tratado II*, p. 1001.

(16) De otra opinión, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal, Parte General*, 13 ed. 1991, p. 854: el Código penal «se limita a establecer unas reglas de aplicación de la pena».

comisión de más de un delito. (Pero ésta —la comisión de un delito— no es ni mucho menos una peculiaridad de esta clase de concurso). Como veremos a continuación, la utilización en el texto legal alemán del concepto *una acción*, y la inexistencia del concurso medial hace que muchas veces resulte poco recomendable la traslación de sus conclusiones a la interpretación de nuestra legislación.

6. Efectivamente, nuestro Código penal en los artículos 68 y siguientes, no habla en ningún momento de unidad de acción, sino de *un hecho* o del hecho. De la lectura atenta de estos preceptos, sobre todo del art. 69 bis CP, se llega más bien a una conclusión contraria: un sólo hecho puede estar constituido por diversas acciones u omisiones (17). Pues, de acuerdo con dicho precepto un sujeto puede realizar «una pluralidad de acciones y omisiones» y existir, en cambio, un solo hecho. De este modo, no tenemos que acudir a la artificiosa construcción de unidad de acción en sentido amplio y en sentido estricto, pues en ambos casos y con independencia de los distintos movimientos corporales existentes, del número de acciones y omisiones que haya realizado el sujeto estaremos frente a un solo hecho porque así lo dice el tipo legal. Por ejemplo, en el supuesto de robo con toma de rehenes no hace falta, para considerarlo como una única unidad, entender que hay una sola acción, cuando desde cualquier punto de vista está claro que hay por lo menos dos actividades bien diferenciadas: el apoderamiento y la toma de rehenes. Basta con decir que hay un solo hecho.

Además, no hay que olvidar que lo que la teoría del concurso pretende averiguar es cuántos tipos penales van a entrar en juego y de qué manera. De esta forma, se va a ocupar de sucesos ya pasados. No estamos aquí en un tema de injusto en donde la perspectiva *ex-ante* resulta ser la más idónea. Sino en cuestiones en las cuales la perspectiva de análisis es forzosamente *ex-post*. Por ello también es más adecuado el término hecho, que refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone más el acento en lo que se está haciendo, denota más la actividad.

En conclusión, aunque la doctrina alemana esté forzada, debido a la regulación legal de este país, a distinguir entre concepto amplio y estricto de unidad de acción típica, para no llegar a consecuencias indeseadas, nosotros, al utilizar nuestro Código penal el concepto más amplio de hecho, no tenemos porque recurrir a una construcción artificial. Así pues, será importante, aunque no determinante, para delimitar el concurso ideal del real, saber cuándo concurre un solo hecho, que no una unidad o pluralidad de acciones u omisiones (18).

(17) En este sentido en relación al art. 86 Proyecto 1980, MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck II*, p. 1006, not. 7.

(18) COBO/VIVES, DP, PG, 1987, p. 545, not. 16 entiende que «la contemplación de la problemática concursal desde la perspectiva fragmentaria de la acción en sentido es-

7. Esta primera afirmación, sin embargo, no resuelve todavía qué elementos del tipo penal deben formar parte del hecho. Sólo sabemos que por lo menos las acciones u omisiones descritas en un determinado tipo integran el concepto de unidad de hecho. Pero, ¿sólo las acciones u omisiones típicas? Decíamos más arriba que un sector doctrinal minoritario incluía en el hecho al resultado material. Un primer argumento que se esgrime en favor de esta inclusión consiste en poner de relieve el dato de que los tipos penales no sólo describen conductas, sino que, por lo menos en los delitos dolosos de resultado, éste forma parte también del tipo penal (19). Una, también, primera objeción que recibe este planteamiento es el de ser subjetivista (20). Se entiende que es subjetivista porque el número de hechos aumenta por la sola razón de que el sujeto subjetivamente ha querido producir más de un resultado. Esta objeción es, sin embargo, fácilmente refutable. Veamos de qué modo.

La razón de que el resultado forme parte del concepto de hecho no es una puramente subjetiva, ni tampoco otra absolutamente objetiva. Me explico. No se incluye el resultado exclusivamente porque el sujeto ha dirigido hacia él su dolo, ni únicamente porque el resultado material sea algo que se ha dado efectivamente. Mucho más, estimo que el resultado forma parte del hecho porque el sujeto lo ha abarcado con su acción y porque finalmente ha tenido lugar. Es sólo de este modo que, en mi opinión, el resultado entra a formar parte del tipo penal de los delitos dolosos.

8. Se objeta también a las tesis que analizamos el confundir el «resultado material» con el «resultado jurídico» o lesión jurí-

trico puede llevar a conclusiones erróneas en la determinación del carácter unitario o plural del objeto valorado, pues una pluralidad de acciones puede constituir un único objeto de la valoración, cual sucede en el caso de los actos copenados y, a la inversa, de una acción única pueden surgir diversos substratos naturalísticos que sirvan de objeto a valoraciones distintas».

(19) MIR PUIG, DP, PG, p. 723; EL MISMO, *Adiciones II*, p. 1006; EL MISMO, El delito de coacciones en el Código penal, ADPCP 1977, pp. 269 y ss.

Entienden también que el resultado material debe formar parte del concepto de *unidad de hecho*: COBO/VIVES, DP, PG, 1987, p. 536; CÓRDOBA RODA, *El delito de detenciones ilegales*, ADPCP 1965, p. 28 ss; GUINARTE CABADA, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, 163; VIVES ANTÓN, *La estructura*, p. 11.

(20) CORDOBA RODA, *Comentarios II*, p. 352: la interpretación subjetivista debe ser rechazada: «en los casos de voluntad orientada a pluralidad de eventos, en los que la referida interpretación rechaza la unidad del hecho, la voluntad en rigor continúa siendo unitaria, pues no se producen multiplicidad de decisiones, sino una sola aunque extendida a varios resultados»; JESCHECK, *Tratado*, p. 998; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 11; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 15; MAURACH, *Tratado II*, p. 422.

Cfr. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal II*, 1947, p. 301, para el cual es decisivo para distinguir el concurso real del ideal el hecho de que la conducta del sujeto vaya dirigida a la penetración de dos o más resultados, o sólo de uno.

dica (21). Esta cuestión merece ser examinada más detenidamente, pues distinguir claramente entre objeto material y bien jurídico es importante para la teoría del concurso. Efectivamente, que objeto material y bien jurídico no son conceptos equivalentes, es sabido por toda la doctrina. El objeto material del delito (22) es «aquella concreta realidad empírica a la que se refiere la acción típica». Dicha realidad puede consistir «en una persona o en una cosa corporal, pero también se afirma que puede estar representada por un objeto incorporeal». El bien jurídico, por el contrario, es el «objeto de la tutela jurídica» (23). Así las cosas, importa dejar claro que en toda la regulación legal de la teoría del concurso nuestro legislador contrapone conceptos de distinta naturaleza: hecho, preponderantemente empírico; delito, esencialmente jurídico. Hecho, en este ámbito, es un sector de la realidad, algo que ha ocurrido y que es aprehensible por los mismos sentidos. El que aprehendamos esta realidad a través de los tipos penales, no es ningún obstáculo para seguir entendiendo que lo básico del hecho es constituir una realidad fáctica. Los tipos penales sirven para determinar las partes de dicha realidad que interesan al Derecho penal, a saber, solamente aquellas acciones u omisiones, así como aquellos resultados materiales allí contemplados. Lo propio de dicha situación fáctica será precisamente una determinada actividad (o inactividad) productora de un resultado (o no evitadora de un resultado) —por lo menos en los delitos dolosos de resultado.

El concepto de bien jurídico, en cambio, sólo cobra pleno significado e interés si se emparenta con el delito. Delito presupone la lesión de un bien jurídico. Un hecho, en el sentido de acción más resultado material, puede dar lugar a varios delitos porque los distintos objetos materiales pueden ser portadores de más de un bien jurídico. Así, por ejemplo, una sola persona es portadora del bien jurídico vida, y también del bien jurídico integridad física. Una persona que sea autoridad es portadora de todos los bienes jurídicos de cualquier persona humana, más aquellos específicos de ser autoridad. La lesión del bien jurídico sólo puede ser entendida en sentido jurídico. Por ello a veces se dice que se

(21) De esta opinión, SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 148 ss. Si que parece confundirlo a veces la jurisprudencia, ver STS 15 octubre 1981: «El dar al agente de la autoridad un fuerte golpe abriendo la puerta violentamente, y acto seguido cogerle fuertemente el primer dedo de la izquierda, golpearle en el pecho y romperle la guerrera, produciéndole la fractura del dedo, que tardó en curar cuarenta y seis días, da lugar, al concurso ideal de delitos, con la presencia de dos resultados que ataquen a bienes penalmente protegidos de carácter heterogéneo, como son el principio de autoridad y la integridad física humana, que se protegen a través del delito de atentado y lesiones».

(22) Ver, MIR PUIG, NEJSEIX, voz Objeto del delito, p. 764 ss.

(23) Ver MIR PUIG, DP, PG, p. 137 y not. 6 de la misma página.

trata de una lesión ideal, es decir, que tiene lugar en el mundo de las ideas jurídicas. Aquí, como puede observarse, ideal no se contrapone, como algunos piensan, a real. No de duda, en ningún momento, de la realidad *jurídica* de dicha lesión ideal del bien jurídico. Lo que se le niega es realidad *material*. Por ello no tiene razón el sector doctrinal (24) que afirma que entre el supuesto de arrojar una bomba que mata a dos hombres y el dar muerte a un agente de la autoridad existe una sólo diferencia: que en el primer caso se realiza el mismo tipo y en el segundo supuesto de dos distintos. Esta, ciertamente, es una diferencia, pero no la única. En el primer caso nos encontramos con dos objetos materiales distintos portadores del mismo bien jurídico: la vida. En el segundo caso, en cambio, nos encontramos con un sólo objetivo material, pero esta vez portador de dos bienes jurídicos. Por lo tanto, al incluir el resultado material en el concepto de hecho no se está éste confundiendo con el bien jurídico, sino, como ha podido observarse, todo lo contrario. Este con-

(24) Ver, por ejemplo, SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 148. Las frases que a continuación se citan son de este autor.

(25) Además es importante tener en cuenta el resultado material ya que sólo la referencia a esta realidad fáctica permite distinguir, primero, entre tentativa acabada y delito consumado; y segundo, entre bienes jurídicos altamente personales y otros que no lo son. Dicha última distinción no introduce elementos de confusión, sino que pone de relieve una valoración subyacente en nuestra misma Constitución.

Efectivamente, olvidarse o prescindir del objeto material no puede conducir a más que a consecuencias indeseadas. Provoca desprotección de aquello que principalmente el Derecho penal tiene que proteger. Tan cierto es esto que un sector de la doctrina alemana que defiende la exclusión del resultado del concepto de unidad de acción se ve obligado a recular cuando la única acción del sujeto lesiona realmente a más de una persona. En estos casos y en todos en los que se protegen bienes jurídicos altamente personales el resultado debe ser tenido en cuenta -en este sentido: HAFT, AT, p. 291; Eb. SCHMIDT, JZ 1951, p. 22; GEERDS, *Konkurrenz*, p. 272; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 29. Opina que el hecho de que se lesionen con una sola acción bienes jurídicos altamente personales debe tenerse en cuenta en la medición de la pena: LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 32. Pero como este mismo autor señala (Nr. 33) esto es contradictorio con las reglas de aplicación del delito continuado, puesto que se excluye su aplicación cuando de bienes jurídicos eminentemente personales se trata. Señala este autor que estos casos precisamente constituyen todo lo contrario al delito continuado. La discusión alemana distingue entre bienes jurídicos altamente personales y los que no gozan de esta característica para aplicar al primer grupo el concurso ideal y al segundo un único delito (ver sobre ello, por ejemplo: SK-SAMSON, # 52, Nr. 25), y no meramente en la determinación de la pena, pues no se trata de una intensificación de un mismo injusto penal -así con razón HAFT, AT, p. 291-, sino la realización de distintos injustos penales.

Entender que lo que importa al Derecho penal son sólo los bienes jurídicos espiritualizados y no los objetos materiales de referencia nos aleja de la realidad, de la verdadera función que debe cumplir el Derecho penal, e impide tener en cuenta que al Derecho penal le tiene que interesar proteger con más intensidad determinados bienes jurídicos, por la sencilla razón de que su lesión, no es que dificulte la participación del ciudadano en la sociedad, sino que impide cualquier participación o en el mejor de los casos será una participación mutilada. No perder el objeto de referencia, no olvidar que la vida, la integridad física... son vitales es esencial en un Derecho penal democrático.

cepto de hecho es posible precisamente porque se parte de la distinción entre estos dos pares de conceptos (25).

9. En favor de dicha inclusión existen otros argumentos. Por una parte, se tratará de un concepto de hecho más acorde con el utilizado en otros preceptos del Código penal, por ejemplo, en el artículo 8, en el artículo 14, 546 d f)... Un sector de la doctrina entiende que en estos preceptos el hecho es el típico y antijurídico no sólo de injusto sino también penal, es decir, se tiene en cuenta no sólo la conducta prohibida, sino también el resultado. Por otra parte, sorprende que sea el mismo sector doctrinal que fundamenta el injusto en el desvalor de la acción y en el del resultado, el que, luego, en la teoría del concurso se contente con lo primero. Si el resultado tiene que tener alguna importancia en la constitución del injusto —doctrina que no comparto— no se entiende porque razón desaparece de repente del tipo, en el momento en que se trata de determinar cuándo hay un hecho según la valoración del tipo. Está claro, entonces, que en mi opinión no hay argumentos definitivos para rechazar las tesis que analizamos, sino todo lo contrario.

II

10. Decidido, pues, que un hecho no es sólo las acciones u omisiones, sino también el resultado material (que no es lo mismo que bien jurídico) hay que averiguar concretamente, en primer lugar, cuándo hay un hecho, y en segundo lugar, la clase de concurso que procederá aplicar. Porque, como ha puesto repetidamente de relieve la doctrina, unidad de hecho no equivale a concurso ideal, como tampoco pluralidad de hechos es igual a concurso real (26). Para que se le de lo primero es necesario además que el sujeto realice diversos delitos, lo que no ocurrirá en el caso de que el único hecho dé lugar a un único delito. Del mismo modo, para el concurso real no es suficiente una pluralidad de hechos, sino que es necesario que cada uno de ellos dé lugar a un único delito, y que éstos no se consideren desplazados por concurso de leyes. Analicemos primero las distintas situaciones en las que cabe pensar:

1. *Supuestos de incongruencia total.* El sujeto realiza distintos hechos típicos que dan lugar a distintos resultados materiales:

1.1. lesiona la misma clase de bien jurídico. Por ejemplo, realiza distintos hechos de apoderamiento de cosas ajenas con ánimo de lucro:

(26) MAURACH, *Tratado II*, p. 449, 461; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 31; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 43; S/S-STREE, ante # 52 Nr. 21; WARDA, Oehler-FS, p. 244; FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale*, Partes Generales, 1985, p. 492; KINDHÄUSER, JuS 1985, p. 101; LK-MÖSEL, ante # 73, Nr. 39.

a) en una misma unidad espacio-temporal y con un plan u ocasión conjunta; b) en distintas unidades espacio-temporales.

1.2. lesiona distinta clase de bien jurídico. Por ejemplo, mata a Pedro y se apodera de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro de Juan, todo ello en momentos distintos.

2. *Supuestos de coincidencia total.* El sujeto realiza una acción que produce un sólo resultado material (= un sólo hecho), pero resultan afectados dos bienes jurídicos distintos. Ejemplo: un sujeto lesiona gravemente a un agente de la autoridad.

3. *Supuestos de coincidencia parcial.* Esto puede suceder por los siguientes motivos:

3.1. El sujeto realiza acciones que coinciden parcialmente y cada una de ellas da lugar a un resultado material. Aquí puede ocurrir:

3.1.1. Que las acciones se refieran al mismo bien jurídico, ejemplo: violaciones-agresiones sexuales.

3.1.2. Que las acciones afecten a distintos bienes jurídicos. Ejemplo: *zona del comportamiento común:* violencia/intimidación; *zona de comportamiento no común:* a) yacimiento b) lesiones (las no absorbidas); *resultados materiales distintos:* a) el yacimiento; b) las lesiones; *bienes jurídicos afectados distintos:* a) libertad sexual; b) integridad física.

3.2. El sujeto realiza una sólo acción que produce resultados materiales distintos, y:

3.2.1. resultan lesionados bienes jurídicos idénticos. Ejemplo: una bomba que produce diez muertes.

3.2.2. resultan lesionados bienes jurídicos distintos. Ejemplo: una bomba que mata a una persona y produce unos daños.

3.3. El sujeto realiza una acción que produce más de un resultado, pero estos coinciden parcialmente. Ejemplo: utilización ilegítima de vehículos a motor y conducción bajo los efectos del alcohol.

3.4. El sujeto realiza acciones parcialmente coincidentes que dan lugar a resultados materiales también parcialmente coincidentes. Ejemplo: utilización de vehículos a motor con violencia o intimidación y conducción bajo los efectos del alcohol.

11. Lo que importa a continuación es averiguar, primero, si todas estas situaciones plantean cuestiones de concurso; y segundo, en los casos en que la respuesta sea afirmativa, qué clase de concurso cabe apreciar y qué precepto del Código penal hay que aplicar. Comencemos con el análisis

sis de las situaciones descritas en el *número 1*. En estos casos, y de acuerdo con el concepto adoptado, existen dos hechos diferenciados. No obstante, no debe caerse en el error de entender que esto constituye automáticamente un concurso real. Es el presupuesto necesario, pero no suficientes. El orden lógico de análisis debe ser el siguiente (de lo contrario podríán infringirse principios básicos del Derecho penal, como el *non bis in idem*): en primer lugar, deberá probarse que no se trata de ningún caso de concurso leyes, más concretamente, del llamado por un sector de la doctrina alemana supuesto de concurso real aparente (27). Como afirma el T. S., que en este punto le asiste la razón, en el concurso de leyes el hecho punible es único, si bien cabe su subsunción en dos o más figuras delictivas (28). Descartada esta posibilidad, y en atención a la unidad espacio-temporal, unidad motivacional, al sujeto pasivo y a los bienes jurídicos lesionados, deberá excluirse la aplicación del llamado delito continuado (29). Sólo entonces estaremos en condiciones de acudir al concurso real y aplicar las reglas más severas de los artículos 69 y 70 del CP.

Que este es el orden correcto de análisis no se desprende tan solo de pura lógica, sino que la interpretación de los preceptos penales destinados a regular las cuestiones concursales nos llevan a la misma conclusión. En efecto, el primero de ellos es el del concurso de leyes, que, aunque no contemple de forma exhaustiva todas sus modalidades, nos indica ya por donde hay que empezar. A pesar de que el segundo sea el relativo al concurso real, se observa que, por una parte, el art. 69 bis (delito continuado), se aplicará *no obstante lo dispuesto en el artículo anterior*, es decir, antes que el anterior; por otra parte, según el art. 71 *las disposiciones del artículo anterior no son aplicables*, por lo tanto también aquí, como veremos a continuación, antes de aplicar las reglas del concurso real debe probarse que el art. 71 no puede entrar en juego.

12. En los supuestos descritos en el *número 2* —coincidencia total de acción y de resultado material, y más de un bien jurídico lesionado— habrá también que descartar primero la procedencia del concurso de leyes, del llamado, aquí, concurso ideal aparente (30). Sólo después

(27) R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 54; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1033; SCHÜNE-MANN, JuS 1968, p. 119; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 14; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 104; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 102; HRUSCHKA, *Strafrecht*, p. 393, 394, prefiere la denominación de concurso real impropio; Críticamente, por llevar a una visión incompleta: SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, p. 431.

(28) Y añade: las cuales se excluyen recíprocamente; ver SSTS 8 marzo 1982; 17 enero 1985. Que el hecho *punible* sea único, no implica, de acuerdo con lo dicho, un solo hecho en la realidad fáctica.

(29) Supuesto, recordemos, de unidad de acción en sentido jurídico, que aunque por su tratamiento esté más cerca del concurso ideal que del real, fácticamente no dejan de existir en su base diversos hechos.

(30) MAURACH, *Tratado II*, p. 449; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1033; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 104; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 102; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 48.

estaremos en condiciones de apreciar, y aquí la doctrina es unánime, concurso ideal (31). En nuestro país, se tratará, sin duda alguna, de un supuesto contenido en el art. 71.1 CP. Para nuestra jurisprudencia esto sucederá cuando existiendo un solo hecho, éste dé lugar a varios delitos, los cuales no son de incompatible calificación. Siendo además necesario «un solo propósito doloso en el agente y un sola resolución delictiva» (32).

13. A partir de aquí se acaba la relativa unanimidad, y se abre paso a las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales. Cuál es el tratamiento que deben de recibir los supuestos descritos en el *número 3* no es una cuestión pacífica. Evidentemente la solución será —o por lo menos tendría que ser— distinta según se entienda que el resultado se integra o no en el concepto de hecho. Si se parte de la equivalencia entre *unidad de hecho* y *unidad de acción* y, por lo tanto, se prescinde del resultado, no habrá más que un supuesto relevante: el de coincidencia parcial de las acciones. Todos los demás deberán dar lugar, sin lugar a dudas, a un concurso ideal de delitos, ya que estaremos frente a casos de coincidencia total. De todos modos, las reglas del art. 71 CP sólo deberían entrar en escena después, por supuesto, de haber excluido la existencia de un único delito, y del llamado concurso ideal aparente. Sin embargo, no se halla resuelto de forma tan uniforme en la doctrina. Veamos qué se discute.

14.A) En primer lugar, no hay avenencia en el trato que debe recibir el llamado *concurso ideal homogéneo*, es decir, el supuesto en que una sola acción lesiona más de una vez una misma ley penal, de tal forma que produce diversos resultados materiales portadores del mismo bien jurídico (*caso 3.2.1.*). Un sector de la doctrina alemana (33) ha entendido que al ser el bien jurídico lesionado único la solución correcta de estos casos es entender que existe un solo hecho que da lugar a un solo delito. Así, por ejemplo, el que con una bomba mata a diversas personas cometería un delito de homicidio. La existencia de las distintas muertes debería tenerse en cuenta en el momento de la determina-

(31) GUINARTE CABADA, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 163; MAURACH, *Tratado II*, p. 449; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1011; SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 441; MIR PUIG, DP, p. 730; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 152; CÓRDOBA RODA, Comentarios II, p. 358; SK-SAMSON, # 52, Nr. 6; LK-VOGLER, # 52, Nr. 21; S/S-STREE, # 52, Nr. 8.

(32) SSTS 9 de febrero 1981: en el primer caso -concurso de leyes- las normas concurrentes luchan, en el segundo -concurso ideal- cooperan; 15 octubre 1981, 13 febrero 1981; 8 marzo 1982.

(33) MAURACH, *Tratado II*, p. 448: la acumulación de resultados pueda ser indiciaria de un incremento de la culpabilidad y puede ser tenida en cuenta en la determinación de la pena; también: SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 434: deberá constatarse en la aplicación de la ley el mayor injusto del hecho; LACKNER, ante # 52, Nr. 3, aunque acepta alguna excepción, posible pero no necesariamente: Nr. 7.

ción de la pena, ya que, en definitiva, al sujeto sólo se le puede imputar un injusto, aunque se trate de un injusto intensificado cuantitativamente. Esta es la posición que ha sostenido nuestra jurisprudencia para los delitos imprudentes (34). Otros autores (35), en cambio, si bien consideran que esta doctrina es esencialmente correcta, estiman necesario hacer una excepción. En efecto, para ellos, cuando el bien jurídico lesionado, a pesar de ser único, sea eminentemente personal, la solución correcta será la de acudir al concurso ideal de delitos. También hay quien entiende que las reglas del concurso ideal deben aplicarse en todos los casos de concurso ideal homogéneo, sea cual sea el bien jurídico que resulte afectado, siempre y cuando pertenezcan a sujetos pasivos distintos (36). Finalmente, un sector muy minoritario de la doctrina, que defiende asimismo que unidad de hecho es igual a unidad de acción, acude en los casos en que con una sola acción se lesionan bienes jurídicos homogéneos altamente personales a las reglas del concurso real. La posición que da relevancia al resultado material aprecia aquí, lógicamente, un concurso real de delitos (37). Solución que también deberá aplicarse, según estas reglas, aun cuando no se trate de bienes jurídicos altamente personales, por ejemplo, cuando con una bomba se dañan diversas cosas.

B) En segundo lugar, plantea también problemas decidir el trato que hay que dar a los supuestos de coincidencia parcial de las acciones (*casos 3.1.*). En la doctrina alemana existe cierta unanimidad en afirmar que cuando las acciones ejecutivas coinciden parcialmente lo correcto es estimar una unidad de acción en sentido amplio y, en consecuencia, aplicar las reglas del concurso ideal de delitos (38). Sin embargo, no

(34) Ver CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, p. 377.

(35) SK-SAMSON, # 52, Nr. 25; S/S-STREE, # 52, Nr. 25; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 32, # 52, Nr. 35; FIANDACA/MUSCO, DP, PG, p. 492; LK-MÖSEL, # 73, Nr. 13.

(36) CÓRDOBA RODA, Anotaciónes, not. 14, p. 447; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1013; SK-SAMSON, # 52, Nr. 25, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 45 ed. 1991, ante # 52, Nr. 6; CUELLO CONTRERAS, La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos, ADPCP 1979, p. 66 y not. 63, aunque, p. 75 matiza su posición al considerar que «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 ello propone el sistema de la pena única.

(37) MIR PUIG, ADPCP 1977, p. 269 ss; EL MISMO, DP, PG, p. 723; EL MISMO, *Adiciones II*, p. 1006; CÓRDOBA RODA, ADPCP 1965, p. 28 ss.

(38) LK-VOGLER, # 52, Nr. 22; GEERDS, *Konkurrenz*, p.277; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1012, 1014; LACKNER, # 52, Nr. 3 ss; MAURACH, *Tratado II*, p. 449, 451, que admite también como supuesto de concurso ideal el caso de acciones, en principio separadas, que se encuentren relacionadas por características objetivas (esferas conectadas); SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 442; STRATENWERTH, AT, p.; SK-SAMSON, # 52, Nr. 10 ss; S/S-

basta para ello ni la unidad de fin, ni que las conductas obedezcan a un motivo similar ni que uno de los delitos cubra al otro, ni la mera coincidencia temporal entre las acciones (39); como tampoco basta el que uno de los hechos sea presupuesto para la comisión del otro. Así, por ejemplo, la doctrina alemana mayoritaria entiende que no es un supuesto de concurso ideal la tenencia ilícita de arma para luego matar con el arma (40). Fundamental para que entren en juego las reglas del # 52 es que exista identidad —aquí parcial— desde el punto de vista objetivo entre las acciones ejecutivas (41).

La doctrina española, por el contrario, no da una respuesta tan unánime en estos casos. Parte de los autores y de la jurisprudencia —posición mayoritaria— entiende, como veremos más tarde, que la coincidencia parcial da lugar a un solo hecho pero a más de un delito. Lo correcto, será pues para ellos aplicar el art. 71 (42). No obstante, discute esta posición si debe acudir al primer apartado de dicho artículo, o más bien al segundo de los apartados. Mientras que la doctrina más tradicional interpretaba al art. 71.1, 2 CP como un supuesto de concurso ideal de acciones parcialmente coincidentes (43), la doctrina más actual prefiere meter todos los casos de unidad de acción en el art. 71.1,1 del CP y reservar el segundo apartado para determinar acciones en concurso real (44). Otra parte de los autores y de la jurisprudencia entiende que la coincidencia parcial es un claro ejemplo de pluralidad

STREE, # 52, Nr. 9 ss; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 47; DERHER/TRÖNDLE, ante # 52, Nr. 3; S/S-STREE, # 52, Nr. 9; LK-MÖSEL, # 73, Nr. 11.

Criticamente, WHALE, Die sogenannte Handlungseinheit durch Klammerwirkung. Ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, GA 1968, p. 110; PUPPE, GA 1982, p. 155.

(39) También STS 11 marzo 1986: «Hallándonos ante actos distintos, aunque producidas en apreciable sincronía, uno integrante de violación, en grado de frustración, y otros atentativos a la vida de la mujer acometida... integrantes de una situación de concurso real de delitos».

(40) Así, también nuestra jurisprudencia mayoritaria: SSTS 6 mayo 1986. Cfr., no obstante, STS 25 junio 1983.

(41) Ver por todos, S/S-STREE, # 52, Nr. 9.

(42) MIR PUIG, DP, p. 731; SANZ MORAN, *El concurso*, p. 152; STS 29 septiembre 1987.

(43) CÓRDOBA RODA, Anotaciones not. 17, p. 463; VIADA Y VILASECA, Código penal de 1870, p. 128.

(44) RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PG, p. 854; LUZÓN PEÑA, Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales, en Estudios penales, p. 417; VIVES ANTÓN, *La estructura*, p. 18; COBO/VIVES, DP, PG, p. 546, nota 38; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 217 ss. También FERRER SAMA, Comentarios, p. 292, entendía que el llamado supuesto de delitos conexos como de naturaleza real, aunque quepa tratarlo de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 71 CP: «una cosa es que esta especialidad del concurso real se equipare en penalidad al concurso ideal y otra que lo sea efectivamente»; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Anotaciones a Mezger*, II, p. 338.

de hechos, que, consecuentemente, nos sitúan en el concurso real (45), lo cual no quiere decir que las reglas aplicables sean las del art. 69 CP. Esta última posición es la que estimo más correcta. Su análisis, por afectar ya directamente al concurso medial, lo dejaremos para más adelante. Continuemos ahora con el examen de las demás cuestiones discutidas.

C) En tercer lugar, y derivado de lo anterior, plantea problemas la unidad de acción en el delito permanente, sobre todo cuando coincide parcialmente con alguna otra acción típica (por ejemplo los *casos 3.3.*). Existe acuerdo en entender que cuando la acción ejecutiva del delito permanente y la ejecutiva del otro se cubren parcialmente lo correcto es apreciar concurso ideal (46). En cambio, hay concurso real cuando con ocasión de un otro delito permanente se realiza otro delito (por ejemplo entre la violación realizada durante una conducción bajo los efectos del alcohol).

No está, en cambio, tan claro qué es lo que sucede cuando un delito permanente sirve como presupuesto para la ejecución de otro, sin que, sin embargo, ambas acciones ejecutivas se cubran. Generalmente se acepta como un supuesto de concurso ideal cuando la situación de permanencia constituye un presupuesto para la realización del otro hecho, y se ha cometido —el delito permanente— con tal finalidad (por ejemplo: allanamiento de morada para matar a su inquilino). En estos casos se considera imprescindible que ya en el inicio del delito permanente exista dolo de realizar otro delito concreto. Tampoco está claro el trato de los casos en que el autor hace fracasar la eliminación del delito permanente con otro delito, sin que este último coincida con la realización del permanente. Un sector mayoritario entiende que habrá concurso ideal cuando el otro delito evite la consumación del delito permanente (47).

En mi opinión, si el delito permanente es un verdadero caso de unidad de hecho no tienen porque regir otras reglas que las generales, sin que esto quiera decir desconocer que en dicho delito la realización del hecho se prolonga más en el tiempo, con la consecuencia de que

(45) GUINARTE CABADA, en *Estudio penales y criminológicos XIII 1990*, p. 163; COBO/VIVES, DP, PG, p. 536; SSTS 12 febrero 1981, 2 noviembre 1984, VIVES ANTÓN, *La estructura*, p. 17.

(46) Así, S/S-STREE, ante # 52, 89; MAURACH, *Tratado II*, p. 427, 450; JESCHECK, *Tratado II*, p. 1015; SCHMIDHÄUSER/ALWART, *Strafrecht*, p. 442; SK-SAMSON, ante # 52, Nr. 26; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 157 ss, 216; LACKNER, ante # 52, Nr. 11; DREHER/TRÖNDLE, ante # 52, Nr. 41; LK-VOGLER, ante # 52, Nr. 17 ss, # 52, Nr. 25 ss; S/S-STREE, ante # 52, Nr. 81 ss; HRUSCHKA GA 1968, p. 193; LK-MÖSEL, ante # 73, Nr. 16; R. SCHMITT, ZStW 75 (1963), p. 47; HAFT, AT, p. 290.

(47) S/S-STREE, ante # 52, Nr. 91a, se discuten también, Nr. 91b, los supuestos en que el delito permanente lleva a la realización de un delito imprudente.

será más fácil que coincida temporalmente con otras acciones, sobre todo si se entiende que la situación antijurídica se prolonga hasta que desaparece.

15. Los que entienden que el resultado forma parte del concepto de unidad de hecho —como aquí se hace— en las constelaciones hasta ahora mencionados tienen que llegar forzosamente a otra conclusión. De entrada, en el llamado concurso ideal homogéneo no existirá unidad de hecho (48). Pero tampoco será este el caso necesariamente en el llamado concurso ideal heterogéneo, o cuando las acciones coincidan parcialmente. El problema reside entonces en determinar cómo hay que solucionar los casos comprendidos en el número 3. Esto nos exigirá concretar algunos puntos de partida. Ante todo, no obstante, hay que hacer una advertencia: a partir de este momento me ocuparé exclusivamente de problemas de concurso en los delitos dolosos.

Debe ponerse inmediatamente de relieve una diferencia evidente entre las tres constelaciones de casos propuestas para el análisis: en la primera existen dos hechos diferenciados espacio-temporalmente; en la segunda, por lo contrario, existe un solo hecho, que ocurre en una única unidad espacio-temporal. Por ello, estamos de acuerdo en considerar a los primeros fuente del concurso real y a los segundos del concurso ideal. Las cosas se complican cuando no existe una total identidad, pero tampoco se puede hablar de absoluta incongruencia. Estamos frente a casos intermedios, y de ahí deriva su dificultad. Y esto aunque se excluya al resultado material del concepto de unidad de hecho. En efecto, para esta última posición también tendría que ser un caso intermedio el de coincidencia parcial de las acciones, puesto que en cuanto sea sólo parcial, querrá decir que hay una zona no común constitutiva de otra acción.

16. En la solución de estos supuestos es decisivo, en mi opinión, tener en cuenta varias cuestiones: por un lado, el concepto de bien jurídico manejado, así como cuál es el bien jurídico afectado; y, por otro lado, la parte subjetiva del tipo del concurso (49).

17. A) Para determinar el concepto de bien jurídico debemos partir de nuestra realidad como Estado social y democrático de Derecho. En efecto, como ha puesto de relieve algún sector de la doctrina, este tipo de Estado, democrático, liberal y social, comporta una determinada

(48) Así, MIR PUIG, DP, p. 723; EL MISMO, ADPCP 1977, p. 269; CÓRDOBA RODA, ADPCP 1965, p. 28 ss; GUINARTE CABADA, *Estudios penales y criminológicos*, XIII 1990, p. 206.

(49) MIR PUIG, Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos, ADPCP 1987, p. 208;

concepción del individuo, y con ello de todo el Derecho penal. Cada persona, como individualidad concreta, interesa al Derecho penal. Es decir, si bien es cierto, como hemos señalado más arriba, que existen diferencias entre objeto material y bien jurídico, no es menos cierto, que éste sólo adquiere importancia en cuanto referido a un concreto objeto. Pues si, esencialmente, con la protección de bienes jurídico-penales (50) se persigue facilitar la posibilidad de participación del individuo en la sociedad, será necesario que esta protección del bien revierta en la protección del objeto de referencia. ¡Cómo vamos a facilitar la posibilidad de participación si cuando protegemos el bien jurídico vida, no protegemos a la vez la vida de cada ciudadano concreto! Así pues, como punto de partida me parecen correctas las concepciones más materialistas del bien jurídico.

Las dificultades surgen al intentar precisar el grado de individualidad que debe tener el bien jurídico. No se trata de una cuestión baladí, y además es de suma importancia en el tema del concurso. Pues, muchas veces dependerá de la concreción que se exija el que nos encontremos frente a un único delito, un concurso real de delitos o un concurso ideal. Pongamos un ejemplo: Un sujeto *A* logra introducirse en el guardarropía del restaurante *B*, y apoderarse, con tres actos de sustracción distintos, del contenido de los tres monederos. La interpretación del bien jurídico propiedad va a ser decisiva a la hora de averiguar en presencia de cuántos hechos nos encontramos y las reglas concursales que procede aplicar. De partirse de un concepto de bien jurídico extremadamente espiritualizado debería concluirse que existe un sólo hecho que da lugar a un sólo delito, puesto que el bien jurídico lesionado es sólo uno: la propiedad. De adoptarse la solución opuesta, y llegar a identificar bien jurídico y objeto material, lo apropiado sería dirigirse a las reglas del delito continuado y si la sustracción hubiera sido con violencia o intimidación a las del concurso real. Una solución intermedia sería, por un lado, entender que el hecho es único, pero como los sujetos pasivos son distintos, y cada uno de ellos tiene derecho a la protección penal de la propiedad, lo adecuado es estimar concurso ideal de delitos. Pero entonces, según esta posición, en el caso de que los tres bolsos fueran propiedad de la misma persona habría un único hecho. Así pues, el número de bienes jurídicos lesionados dependería del número de sus titulares. Con este ejemplo puede advertirse la importancia que tiene para la teoría del concurso el concepto de bien jurídico que se utilice.

B) En mi opinión, el grado de individualización y concreción del bien jurídico dependerá de la importancia de lo que se pretenda proteger. Pues, no nos engañemos, para el individuo no tiene el mismo valor,

(50) Sobre este concepto, ver MIR PUIG, DP, p. 101.

—ni desde un punto de vista funcional— la vida, por ejemplo, que determinados ataques a su propiedad. Hay determinados bienes jurídicos que son de *vital* importancia, con la consecuencia de que si no se protege individualmente cada objeto material que le da soporte se van a ver frustradas las posibilidades de participación de muchas personas, que es, en definitiva, lo que persigue el Derecho penal con la protección de determinados bienes jurídicos.

La dificultad consistirá en señalar los bienes jurídicos que deben ser concretados hasta el punto de que la lesión de cada objeto material vaya a dar lugar también a la lesión de un bien jurídico y, por lo tanto, a la realización de un injusto penal. Para ello habría que distinguir entre bienes jurídicos penales que afectan directamente a la posibilidad de participar, por atacar al sujeto mismo de la participación; y aquellos otros que son externos al sujeto participante, pero influyen en la cantidad de la intervención. Los primeros afectarían a la dimensión cualitativa, los segundos a un aspecto más cuantitativo. De acuerdo con este criterio, la vida y la integridad física de cada persona constituiría un bien jurídico distinto. En consecuencia, si se ataca a la vida de cinco personas habrá que entender que se han lesionado cinco bienes jurídicos vida, que existen, pues, cinco delitos contra la vida. Que ello suceda en unidad o pluralidad de hechos, será otra cuestión.

18. Apuntábamos más arriba, que otro de los criterios a tener en cuenta en la resolución de los casos intermedios era la parte subjetiva del tipo del concurso. Esta nueva propuesta (51) no tendría en realidad que sorprender. En efecto, la doctrina viene exigiendo, para apreciar el delito continuado, la concurrencia de una determinada parte subjetiva. En este caso, para apreciar un sólo hecho y beneficiar al reo. También en el llamado concurso medial de delitos se exige que el sujeto actúe con una determinada preordenación. Con más razón luego, debería requerirse si de lo que se trata es de apreciar más de un injusto y con ello agravar al autor.

Por lo demás, es natural que sea de este modo: si para la existencia de un delito doloso es preciso que el autor conozca y quiera los actos ejecutivos que realiza, para la existencia de dos delitos, debería exigirse que el sujeto supiera que infringe más de una ley penal, sea esta la misma o una distinta, suceda ello en unidad o pluralidad de hechos. Por ejemplo, desde esta perspectiva, para castigar por concurso ideal de delitos al que mata a un agente de la autoridad, será preciso que el autor sepa que mata a un individuo y que ataca a la autoridad. Este elemento subjetivo del tipo del concurso no tiene que confundirse con la parte subjetiva de los tipos en concurso (52). Del

(51) Ver MIR PUIG, ADPCP 1987, p. 208.

(52) MIR PUIG, ADPCP 1987, p. 208.

mismo modo, se hablará de coincidencia parcial de las acciones ejecutivas, no sólo objetivamente, sino también desde la perspectiva subjetiva.

III

19. Estamos ya en condiciones de enfrentarnos a la resolución de los supuestos descritos en el *número 3*, los llamados por nosotros casos intermedios. Comenzaremos por recordar que en todos ellos existe, primero, *pluralidad de hechos*, ya sea porque existe más de una acción (coincidencia parcial de acciones), ya sea por que existe más de un resultado material; y segundo, *pluralidad de delitos* (lesión de más de un bien jurídico, bien sea por lesionarse el mismo bien jurídico varias veces, o distintos bienes jurídicos). Con ello queda claro que cumplen los requisitos para que, en principio, entren en juego las reglas del concurso real. La cuestión residirá en determinar qué preceptos del Código penal regulan dicha clase de concurso.

Que a él se refiere el art. 69 CP no cabe la menor duda. La pregunta que debemos hacernos es, mucho más, si el supuesto de pluralidad de hechos se halla regulado además en algún otro precepto del Código penal. La respuesta no puede más que ser afirmativa. Hay que dar la razón a la doctrina mayoritaria que entiende que el llamado concurso medial (segundo supuesto del art. 71) es en realidad un caso de concurso real tratado más benévolamente (53). Desde esta perspectiva, el art. 71 albergará dos hipótesis: el concurso ideal y el medial, éste último de naturaleza real. Ahora bien, ¿cuándo nos encontramos frente a esta relación medial? Y ¿cómo se justifica este trato más benigno? Existen en este punto distintas posiciones doctrinales que conviene tener ahora en cuenta.

20. Las interpretaciones del artículo 71 CP han sido fundamentalmente las siguientes (54):

(53) GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos XIII 1990*, p. 163-164; RODRÍGUEZ DEVESA, DP, PG, p. 854; COBO/VIVES, DP, PG, p. 546, nota 38; MIR PUIG, DP, p. 731; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 217; VIVES ANTON, *La estructura*, p. 18.

(54) Ver extensamente, SANZ MORÁN, *El concurso*, pp. 217 y ss; GUINARTE CABADA, *Estudios penales y criminológicos XIII 1990*, pp. 155 y ss. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2 ed. 1966, a cargo de Gimbernat, p. 380, entiende que el primer inciso del art. 71 «no es propiamente un concurso, ni 'aparente' siquiera (...), puesto que no existe la condición mínima de pluralidad de infracciones, sino de calificaciones jurídicas»; entiende además que «La duplicidad delictiva con voluntad única será solamente sancionable cuando una de las infracciones sea meramente formal; por ejemplo, la de tenencia

A) Ambas hipótesis son de concurso ideal, la primera abarca los casos de coincidencia total y la segunda los de coincidencia parcial (55).

B) La primera hipótesis se refiere al concurso ideal, la segunda es un supuesto especial de concurso real. Coincidencia total y coincidencia parcial de los actos ejecutivos son supuestos de unidad de hecho y, por lo tanto, de concurso ideal. En el supuesto especial de concurso medial, lo importante es determinar cuándo concurre la necesaria relación de medio a fin. Para ello la doctrina ha propuesto dos criterios: a) uno abstracto, b) otro concreto. A ambos criterios me referiré enseguida.

C) La jurisprudencia es un tanto oscilante y poco precisa. Cabe, según la jurisprudencia, distinguir dos modalidades de concurso ideal: la que llama «pluriofensiva» y la «medial». La primera concurre cuando un solo hecho constituye dos o más delitos; la segunda cuando un delito sea medio necesario para cometer otro (56). Para que se dé esta última modalidad no basta al parecer del Tribunal «con que las diversas acciones realizadas se encuentren enlazadas por un tipo delictivo final, sino que es necesario que aparezcan elementos lógicos, temporales y especiales, de tal modo que uno de los delitos sea instrumento necesario para cometer el otro (57)». Otras veces entiende —así STS 29 septiembre 1987— que el concurso medial, llamado también instrumental o teleológico, es una modalidad del concurso real.

D) Otra opinión es la que está de acuerdo, en principio, con la interpretación según la cual el art. 71, primer hipótesis, sirve al concurso ideal, mientras que la segunda hipótesis se trata de un concurso real. Pero a diferencia de la posición anterior, entiende que sólo estamos, propiamente, ante una unidad de hecho cuando existe coincidencia total de las acciones ejecutivas (y, para los que incluyen el resultado material en el concepto de hecho, coincidencia total de resultado material). En consecuencia, la coincidencia parcial dará lugar a una pluralidad de hechos (58).

Esta última es la posición que estimo más correcta. Ahora bien, no todos los casos de pluralidad de hechos debido a la coincidencia parcial van a ser reconducidos a los arts. 69 y 71 segunda hipótesis del CP.

ilícita de armas, que puede coexistir perfectamente con otro delito de dolo específico, lesiones, robo o amenazas».

(55) Por ejemplo, ANTÓN ONECA, DP, p. 491 ss.

(56) SSTS 2 noviembre 1984; 21 mayor 1990.

(57) SSTS 7 febrero 1991; 22 octubre 1991.

(58) GUINARTE CABADA, Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 164; COBO/VIVES, DP, PG, p. 536.

Efectivamente, primero habrá que excluir de este tratamiento los supuestos de concurso real aparente; después habrá de examinarse si puede interpretarse dicha pluralidad de hechos como una unidad jurídica de hecho, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el art. 69 bis CP. De los dos preceptos que regulan el concurso real deberá comprobarse ante todo si se cumplen los requisitos del llamado concurso medial, por ser más beneficioso al reo. Es preciso, pues, que a continuación se decida cuándo va a ocurrir tal cosa.

21. La doctrina mayoritaria ha entendido que el concurso medial se daba cuando existía una relación *de medio a fin entre dos delitos* (59). La discusión se ha centrado, entonces, en dilucidar en que casos un delito es medio para cometer otro. Las posiciones han oscilado desde perspectivas abstracto-objetivas (60) hasta otras concreto-subjetivas (61), llegando a la actualidad en que se defiende una interpretación concreto-objetiva (62). Consecuencia de seguir la primera es la casi inaplicación de dicho precepto. Consecuencia de la segunda y tercera va a ser que sorprendentemente la preordenación al delito actuará como una causa de atenuación. Interpretación, ésta última, que aunque criticada por la doctrina, se estima la única posible. No obstante, entiendo que ninguna de estas interpretaciones es enteramente correcta. Por ello, y para evitar lo que considero soluciones poco justas y poco acertadas desde perspectivas de la política-criminal, voy a proponer una reinterpretación de este precepto.

22. El punto de partida es entender que el concurso medial no presupone una relación de medio a fin, esto es, que se cometa un delito **para** cometer otro. De este modo, los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la preordenación, en otras palabras el plan del sujeto, no podrán dar lugar al concurso medial. Si, por ejemplo, un sujeto roba una pistola para cometer luego un asesinato, no habrá concurso

(59) GUINARTE CABADA, en Estudio penales y criminológicos XIII 1990, p. 173 ss; SANZ MORÁN, *El concurso*, p.; SSTS 2 noviembre 1984: la hipótesis estudiada, surgió en la legislación española, por primera vez, en el art. 78 C.P. de 1848, y, desde entonces, se exige una relación de medialidad o de medio a fin, de tal modo, que el delito instrumento, sea medio necesario para la perpetración de las demás infracciones.

(60) GUINARTE CABADA, en Estudios penales y criminológicos XIII 1990, p. 192 (pero tiene en cuenta al plan del autor); SSTS 2 noviembre 1984: para determinar el preciso enlace, al juicio hipotético conforme al cual, suprimido in mente, el primer delito, el segundo o los demás no se hubieran perpetrado.

(61) FERRER SAMA, Comentarios, p. 294: «habrá que considerar el delito medio como necesario para la comisión del delito fin cuando efectivamente haya sido preciso realizar aquél para cometer la otra infracción, *tal como el sujeto ha planeado el proceso ejecutivo en el caso concreto...*»; SSTS 25 mayo 1983: debe tenerse en cuenta la preordenación subjetiva.

(62) LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, p. 417; MIR PUIG, DP, p. 732.

medial alguno, sino puramente real. Pues, no se entiende porque al sujeto que plantea de antemano una serie de delitos va a resultar además beneficiado. Sobre todo, cuando en nuestro Código penal la preordenación es muchas veces —si da lugar a la premeditación— circunstancia agravante y no atenuante.

23. El art. 71 CP habla solamente de *medio necesario* (63). La palabra *medio* no tiene que interpretarse forzosamente como sinónimo de instrumento. *Medio* es también la *forma*. Desde esta perspectiva, se pone el acento en el acontecer objetivo, y no en la preordenación, de carácter esencialmente subjetivo. En los supuestos de coincidencia parcial puede afirmarse que uno de los delitos es en parte forma o medio para cometer el otro. Así sucederá, por ejemplo, cuando la violencia o intimidación sirva a la vez para una utilización de un vehículo a motor y una violación cometida durante el trayecto.

El Código penal, sin embargo, no se contenta con el ser *medio*, exige además que se trate de un *medio necesario*. Necesario, no supone, como ya se ha dicho, una necesidad lógica o causal. Que un delito sea una forma necesaria para cometer otro, no significa que sea imprescindible, pues, en este último supuesto, como ha dicho buena parte de la doctrina, estaríamos más bien frente a un concurso de leyes.

24. El medio será necesario cuando sea preciso. Y esto sucederá en dos ocasiones. Primero, en la coincidencia parcial, pues, esta zona común indica claramente que uno de los delitos constituye una forma precisa para realizar el otro. Pero, segundo, también será necesario cuando, de acuerdo con el plan del autor —valorado por supuesto *ex ante* y objetivamente— no se pueda alcanzar el delito de otra forma que no sea cometiendo otro delito. No se trata aquí de una preordenación, pues no es que el sujeto incluya en su plan la realización de una serie de delitos a cometer uno tras otro; y tampoco estaremos frente a delitos que siempre acompañan al otro. El plan del autor es la ejecución de un delito, no obstante, cuando vaya a llevarlo a cabo se encontrará en una situación tal que tendrá que realizar otro. Pero respecto a éste último no hay preordenación ni premeditación. Así, si *A* quiere violar a *B*, y entra en casa de este último sin su permiso cometerá además de un delito de violación, un allanamiento de morada. Obsérvese que aquí, si bien no puede hablarse de una coincidencia parcial entre los hechos, uno de ellos —la violación— se realiza cuando el otro —allanamiento de morada— todavía persiste en la situación antijurídica.

(63) En realidad, como señalaba ya QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios, p. 383, «el término de *necesario* parecer más perturbador que suficiente, bastando en puridad el uso más lato de *medio*, que por cierto en muchas legislaciones es motivo de agravación».

25. La conclusión no va a ser, sin embargo, que a todos los casos de coincidencia parcial se les va a aplicar el trato más benévolo del concurso medial. Efectivamente, no podrá ser nunca de este modo cuando los bienes jurídicos afectados sean de carácter eminentemente personal. En estos casos lo adecuado es, debido a este carácter vital del bien jurídico, acudir a las reglas del art. 69 y de este modo proteger a cada individuo como lo que es: una persona con el máximo valor. De otro modo, como ha puesto de relieve algún autor (64), se tendría que llegar a la desafortunada conclusión que la persona muerta por una bomba, que mata además a otras personas, está menos protegida que la que muere por un disparo.

Ya se ha dicho en páginas anteriores que los bienes jurídicos de carácter personalísimo, por ser precisamente insustituibles, no pueden valorarse correctamente por un procedimiento similar a «un tanto alzado». La conclusión será pues que todas las constelaciones descritas en el número 3 dan lugar al concurso medial, excepto cuando se vean afectados bienes jurídicos altamente personales, los cuales, no es sólo que faciliten la participación del ciudadano en la sociedad, sino que son el substrato de toda participación. En otras palabras, constituyen el *si* y no el *como* de la participación.

26. En definitiva, en los casos de coincidencia parcial existe pluralidad de hechos, lo que nos conduce a las reglas de los artículos 69 y 71.1,2 CP. La regla general tendrá que ser la aplicación del art. 71.1,2 por ser más benévolo. De este modo, además, se conseguirá una más clara distinción entre los supuestos de incongruencia total, y los de semiincongruencia. No obstante, cuando los bienes jurídicos afectados sean de carácter personalísimo lo correcto será acudir al art. 69 CP, tesis que puede venir forzada por la razón de que también el art. 69 bis excluye de su ámbito de aplicación esta clase de infracciones.

(64) GUINARTE CABADA, en *Estudios penales y criminológicos XIII* 1990, p. 206; también en sentido similar, PUPPE, GA 1982, p. 165.