

‘La nueva regulación del concurso medial del artículo 77.3 tras la reforma del Código Penal (LO 1/2015)’

SUMARIO:

- **1.** Introducción a la teoría del concurso.
 - **2.** Nueva regulación del concurso medial en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo.
 - **3.** Conclusiones.
-

1. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL CONCURSO

Para comenzar con el estudio del llamado concurso de infracciones (en el que se enmarca el llamado concurso ideal y el medial), es preciso realizar una serie de consideraciones generales.

Así, en la concepción general del delito se comienza por señalar que se trata de una acción, término empleado en sentido amplio (comprensivo tanto de la acción como de la omisión), para después examinar si la misma es típica, antijurídica, culpable y punible o como expresa nuestro Código Penal, si es dolosa o imprudente, penada por la ley.

Se trata por tanto de que la acción que es un concepto naturalista, sea valorada jurídicamente, lo que puede dar lugar a las siguientes situaciones, encuadradas en el llamado concurso de infracciones o de delitos:

- Una sola acción que produce una sola infracción.
- Una pluralidad de acciones que también se valoran como un único delito o falta: delito continuado, delito masa.
- Unidad de acción, valorada como constitutiva de dos o más infracciones: concurso ideal.
- Pluralidad de acciones que ocasionan una pluralidad de infracciones: concurso real.

En relación a la distinción entre concurso real (artículo 73 del Código Penal) y el concurso ideal y medial (artículo 77) traemos a colación la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (EDJ 2015/127718 STS Sala 2ª, nº 413/2015, rec. 10829/2014) que señala que la doctrina científica y la jurisprudencia son constantes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005, de 5.12 (EDJ 2005/225579), 1182/2006, de 29.11 (EDJ 2006/319100), 1323/2009 de 30.12 (EDJ 2009/300011)).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

El llamado concurso ideal se regula en el artículo 77 del Código Penal y supone que un solo hecho constituya dos o más infracciones o bien que una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

Por tanto, el precepto regula dos hipótesis o modalidades: la “pluriofensiva” cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (por ejemplo cuando se lesiona a un agente de la autoridad que constituye un delito de atentado y otro de lesiones) y la “medial” o instrumental que se da cuando un delito es medio necesario para cometer otro (por ejemplo la falsedad en documento mercantil para cometer una estafa, o el allanamiento de morada previo a un delito de agresión sexual), acudiendo el legislador en estos casos para la punición de estas conductas a criterios de absorción y subsidiariamente, si esta solución es perjudicial para el reo, a sancionar los delitos separadamente, como veremos en el epígrafe siguiente.

En sentido estricto, solo el primer supuesto señalado constituye un concurso ideal en tanto que el segundo se trata propiamente de una modalidad o subforma del concurso real que en nuestro Derecho remite para su penalización a las reglas previstas para el concurso ideal, siendo esta solución criticada por la doctrina, que en todo caso precisa para su aplicación que esa relación de medio a fin no exista solo en la intención del sujeto sino que esa conexión entre ambas infracciones sea objetiva y real.

2. NUEVA REGULACIÓN DEL CONCURSO MEDIAL EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015 DE 30 DE MARZO

Es preciso consignar la regulación que el Código Penal establecía antes de la reforma, con respecto al concurso ideal en su artículo 77. Así el mencionado artículo señalaba:

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones o cuando uno de ellas sea medio necesario para cometer la otra.
2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.
3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Por su parte, este mismo precepto tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo queda redactado en los siguientes términos:

- 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*
- 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*
- 3. En el segundo, 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.*

En cuanto a las diferencias entre ambos preceptos, señalar en primer lugar que en el número 1 se sustituye la expresión “infracciones” por la de “delitos”.

Lo más relevante sin duda es que en la regulación actual se distinguen con precisión y claridad las dos modalidades de concurso, la ideal propiamente dicha y la medial o instrumental, que antes merecían igual tratamiento a efectos penológicos. Ahora, el Código establece que para el caso del concurso ideal (una sola acción que constituye dos o más delitos) se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Esta nueva regulación no difiere de la anterior.

La novedad sin embargo consiste en la nueva penalidad aplicable al concurso medial o instrumental.

En este punto acudimos a la reciente Circular de la Fiscalía General del Estado, 4/2015 de 13 de julio de 2015, sobre interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos

En cuanto a la filosofía de la reforma, nada se dice en el Preámbulo de la LO 1/2015 al respecto. El Anteproyecto de Código Penal de 2012 sí se establecía en su Exposición de Motivos una explicación para tal modificación y así, se decía que: “se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de (...) concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad (...) se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos”.

Ahora el Legislador pretende romper con la anterior asimilación penológica entre el concurso ideal y el medial dando a éste un tratamiento más duro o riguroso pero no tan severo como el del concurso real (artículo 73).

Una vez examinado el texto de la nueva regulación el problema comienza con la interpretación que haya de darse al término *‘se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave’*.

A primera vista se podría considerar que esa pena superior a la que se refiere el Código es la pena superior en grado (artículo 70.1 del Código Penal). Sin embargo la mencionada Circular considera que cuando el legislador quiere tal efecto, utiliza esa expresión concreta “pena superior en grado” y no “pena superior a la que hubiese correspondido”. Ejemplos de lo anterior los encontramos a lo largo del Código, así en los artículos 66.4 y 5, 74, 177 bis, 302, 370 y 371, entre otros.

El nuevo artículo 77.3 no dice expresamente pena superior en grado, por lo que no cabría aquí una interpretación contra reo, pues las dudas que genera esta dudosa expresión, habrán de resolverse siempre a favor de éste.

La siguiente pregunta es, ¿cuál será esa nueva pena de la que partir para poder aplicar las

reglas penológicas previstas en el nuevo artículo 77.3?

La mencionada Circular nos guía por las operaciones concretas para obtener la pena en el concurso medial. La primera operación a realizar será la de seleccionar cual es la infracción más grave, que será la que lleve aparejada la pena más grave conforme al artículo 33. Habrá de tenerse en cuenta además el grado de ejecución y la participación (arts 62 y 63) así como la concurrencia de circunstancias eximentes incompletas (artículo 68) y el error de prohibición vencible (artículo 14.3) en cuanto que tales circunstancias limitarán el marco punitivo aplicable al delito. Y por último, esta labor se complementa con la aplicación de las reglas previstas en el artículo 66 relativas a la concurrencia o ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En todas estas operaciones nos limitamos al examen de la pena prevista para el delito más grave sin entrar a valorar todavía el otro delito en concurso.

Esta pena resultante, tras las mencionadas operaciones de concreción, es la que va a delimitar el umbral, de esa pena única que el artículo 77 destina a sancionar el completo desvalor de los delitos concurrentes. Y una vez definido ese techo o límite inferior, el superior vendrá dado por la suma o adición de las penas concretas imponibles a cada delito concurrente (junto con ese más grave ya examinado) tras haberse apreciado en cada uno de éstos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables.

Por último, una vez determinados el “techo” y el “suelo” el siguiente paso es la individualización final de la pena “dentro de estos límites” y conforme a los criterios, que no reglas, expresados en el artículo 66, ponderándose aquí en su conjunto, las circunstancias concurrentes en todos los delitos.

Es por ello y atendiendo a la redacción del artículo 77.3 que la pena final imponible al concurso medial habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a todos y cada uno de los delitos concurrentes.

Pero para explicar con más claridad la obtención final de la pena aplicable al concurso medial, recurrimos al ejemplo que se contempla en la mencionada Circular, que nos parece que ilustra mejor la cuestión: pensemos por ejemplo que al acusado de nuestro ejemplo se le acusa de un delito de robo con intimidación previsto en el artículo 242 del Código Penal, sancionado con pena de dos a cinco años de prisión, en el que concurre la circunstancia atenuante de reparación del daño, en concurso medial con un delito de detención ilegal del artículo 163 del mismo texto legal, castigado con penas de cuatro a seis años de prisión, delito éste en el que concurre la circunstancia agravante de reincidencia; ambos delitos lo son en grado de consumación, y en concepto de autor.

Así planteado las operaciones a realizar serían las siguientes:

1. Determinación del delito más grave, en este caso, sería el de detención ilegal en el que concurre reincidencia: se impondría en la mitad superior, y por tanto, la pena de cinco años y

un día, por ejemplo.

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

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

Por tanto, dentro de la horquilla que va desde los cinco años y un día (umbral que ha de ser excedido pues así lo exige el artículo 77.3 en su nueva redacción) a los siete años y un día de prisión (límite que no podrá ser sobrepasado), habrá de concretarse la pena finalmente individualizada. Dentro de este marco abstracto y para llevar a cabo la individualización final habrían de aplicarse los criterios del art. 66.1.6º CP, teniendo en cuenta la gravedad de ambos hechos y las circunstancias del autor y, consecuentemente, podría aplicarse, por ejemplo, la pena de cinco años y seis meses de prisión.

3. CONCLUSIONES

Como es evidente, esta nueva regulación del concurso medial, no ha llegado aún a los tribunales de apelación, y a pocos de instancia, dada la reciente entrada en vigor de la misma, pero cabe realizar una serie de consideraciones, algunas recogidas en la repetida Circular:

1. Que el concepto de concurso medial no ha variado, sin embargo las penas aplicables a éste se distinguen ahora de las establecidas para el concurso ideal propiamente dicho, distinción que venía reclamando la doctrina científica y la Jurisprudencia al considerar que ese concurso medial tenía más semejanzas con el concurso real que con el ideal, y que el fundamento de tal asimilación punitiva, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción. La Jurisprudencia señalaba que lo que realmente se regula es un concurso real pero con los efectos en la penalidad del concurso ideal y por ello se le denomina concurso ideal impropio.

2. Que es importante señalar que esa pena superior *a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave*, no puede ser en ningún caso entendida como pena superior en grado en los términos previstos

en el artículo 70.2 del Código Penal, pues ello iría en contra del reo, estableciendo una pena que expresamente el Código Penal no denomina como tal y no cabe aquí una interpretación extensiva.

3. Por tanto, la pena final ha de comprender el total desvalor del complejo delictivo, y debe ser superior en al menos un día, a la que correspondería al delito más grave.

4. La existencia de un tope máximo que el Código Penal señala estableciendo que *no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos*

, con una fórmula similar a la que se emplea para el caso del concurso ideal del número 2 del artículo 77.

5. Cuando las penas que integren el concurso medial sean heterogéneas (es decir, un delito sancionado con pena de multa y otro con pena de prisión) el tope mínimo se cifrará en la pena concreta que correspondería al delito sancionado con prisión (pena más grave cualquiera que sea su extensión que la pena de multa) y el tope máximo se integraría por las penas concretas que corresponderían al delito sancionado con prisión y al delito sancionado con multa.

6. Que hubiese sido deseable que el legislador aprovechando esta reforma, la amplia tradición que esta figura tiene en todos nuestros Códigos Penales, y las directrices jurisprudenciales, hubiera establecido con más concreción esa pena superior prevista para el delito más grave, que opera como techo inferior de la pena total a aplicar, obviando así problemas de aplicación que sin duda se plantearán en la práctica.

7. Esta nueva regla penológica otorga mayores márgenes de discrecionalidad al juez a la hora de fijar la concreta pena a imponer, pero siempre con esos dos límites señalados: la pena resultante nunca puede ser igual o menor a la concreta pena imponible por el delito más grave y nunca superior a la que resultaría de castigar por separado los hechos.

8. Consecuencia de lo anterior, de ese mayor arbitrio judicial, el juez debe motivar suficientemente las penas impuestas en sentencia, considerando que también deberá explicar esas concretas operaciones que hemos descrito, pues estamos en presencia de la consecuencia jurídica del delito, la pena, que debe estar siempre y en todo momento, justificada y razonada atendiendo a las circunstancias concurrentes.

- BIBLIOGRAFIA:

1. Compendio de Derecho Penal, Parte General y Parte Especial; autor D. José María Luzón Cuesta; Editorial Dykinson SL., año de publicación 2011.
2. Circular de la Fiscalía General del Estado, Circular 4/2015, de 13 de julio de 2015 sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.
3. Como base de datos jurisprudencial: Fondo Documental Cendoj, Consejo General del Poder Judicial y UTE El Derecho Editores SAU / Grupo Editorial Quantor 5. AU