

..ReCrim2013..

EL CONCURSO DE DELITOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: ANÁLISIS CRÍTICO

Javier Guardiola García*
Universitat de València

concurso de delitos — reforma penal — sistema penal
concurrent offences — penal reform — penal system

Se propone una revisión crítica de las reglas relativas al concurso de delitos en la regulación propuesta por el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013.

Rules concerning concurrent offences in Spanish Penal Code Reform Project are critically reviewed.

Recibido: 31/12/13

Publicado: 31/12/13

© 2013 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad en línea en <http://www.uv.es/recrim>

El Proyecto de Reforma - II. El Concurso de delitos en el Proyecto de Reforma -
II.1. El delito continuado – II.2. El concurso real – II.3. Los concursos ideal y medial - Bibliografía

I. El Proyecto de Reforma

El 4 de octubre de 2013 publicaba el Boletín Oficial de las Cortes Generales un Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.¹ El Proyecto trae causa, no sin importantes alteraciones sobrevenidas que no están exentas de graves consecuencias (cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, 2013), del Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012; y propone una reforma de hondo calado cuyo alcance no es fácil de precisar en pocas líneas.

La presente contribución ciñe su objeto al análisis de las modificaciones que el Proyecto propone realizar en la regulación del concurso de delitos: a la continuidad delictiva, al tratamiento penológico del concurso real de infracciones y a las reglas atinentes al concurso ideal y medial de infracciones. Y es que, sin proponerse una reforma en profundidad del sistema, sin revisar sus bases en esta cuestión (y no han faltado en estos años voces que lo propongan –valga con remitir genéricamente a la bibliografía que más abajo se cita–, pero no es esta la intención de fondo en el presente

* La presente contribución se enmarca en el Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2010-18825.

¹ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, X Legislatura, Serie A, nº 66-1, 4 de octubre de 2013.

caso), el Proyecto altera algunas reglas con importantes consecuencias pero, importa sobre todo destacar aquí, con singular deficiencia técnica.

Y es este un problema importante, que quiero señalar con carácter previo. Lo es porque afecta a instituciones básicas del sistema –y no me refiero ahora sólo al concurso de infracciones; baste aquí con remitir a un estudio crítico exhaustivo sobre el anteproyecto (ÁLVAREZ GARCÍA Y DOPICO GÓMEZ ALLER, 2013) para evidenciarlo–, por ende con consecuencias reales y graves sobre los derechos de los ciudadanos; y lo es porque resulta indicativo de una determinada manera de legislar.

Punitivismo y deficiencia técnica vienen de la mano ya de manera recurrente en la reforma penal a lo largo de varias (y de color político distinto) legislaturas, en que las reformas penales llueven con profusión en el marco de un discurso de relativa homogeneidad en su fundamentación (vid. Díez RIPOLLÉS, 2013a, 2013b) y se adornan de una técnica legislativa francamente triste (cfr. CARBONELL MATEU Y GUARDIOLA GARCÍA, 2004; desacierto técnico coherente, por otra parte, con las deficiencias del diseño legislativo y de su praxis; cfr. Díez RIPOLLÉS, 2003). Y si en alguna ocasión la celeridad imprimida al procedimiento legislativo –con las perniciosas consecuencias que ello implica– puede hacer explicable (que no justificar) que la falta de acierto técnico en las propuestas iniciales traslade sus lamentables efectos al texto legal definitivo, supuestos como el presente evidencian que la dilación temporal tampoco ayuda al prelegislador a enmendar por entero la plana.

En efecto, entre la publicación del anteproyecto y la tramitación del proyecto ha transcurrido en este caso un tiempo ciertamente dilatado; cuesta entender pues por qué el (pre) legislador no se ha tomado la molestia de revisar la redacción, salvo en algún punto, y enmendar errores de bulto que le habían sido señalados en muchos extremos por quienes se han ocupado de analizar el texto. Y sería lamentable que no se aprovechara la tramitación parlamentaria para hacerlo.

No es sólo una cuestión de estilo: la redacción deficiente de las leyes penales da al traste con el principio de legalidad penal, y con las garantías que en él se engarzan. Quizás pueda alcanzar a comprenderse o más bien intuirse lo que el legislador quería conseguir, pero no se trata de eso. El principio de legalidad en materia penal exige un grado certeza que no se alcanza con una intuición remota del predecible propósito de un texto confuso. No basta con adivinar lo que el texto quiere decir: lo que se espera de una ley penal –y, en cuanto al objeto de esta contribución se ciñe, de una regla concursal– es que explique lo que hay que hacer y que lo haga de forma clara, de forma que haga esperable al ciudadano la consecuencia jurídica de sus actos.

II. El Concurso de delitos en el Proyecto de Reforma

La ambiciosa reforma del Código penal presentada por el gobierno incorpora, en efecto, diversas previsiones relativas a la cuestión del concurso de delitos, sobre las que conviene hacer algunas consideraciones críticas.

Y para ello forzoso es comenzar por dar cuenta de la argumentación que el Proyecto emplea en su Exposición de Motivos para justificar las novedades que introduce. Texto, por otra parte, que es el mismo que expresaba la voluntad prelegislativa en el Anteproyecto, con dos novedades (que lo son tanto de respecto de la primera versión, de 2012, como de la ulterior versión del Anteproyecto):

- 1) se ha suprimido un inciso que hacía referencia a la obsolescencia en Derecho comparado de la institución del delito continuado –del que afirmaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto y ya no afirma la del Proyecto que es una figura “a la que se ha ido renunciando en el Derecho comparado”–; y
- 2) se ha suprimido la limitación de la aplicabilidad del delito continuado a supuestos no sólo temporal, sino también espacialmente dilatados (en el Anteproyecto se quería reducir la aplicabilidad a supuestos “de conductas delictivas cercanas en el espacio y en el tiempo” y el Proyecto se contenta con limitarla a supuestos “de conductas delictivas cercanas en el tiempo”).

En lo demás, el Proyecto traslada la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en los siguientes términos:

“Se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de continuidad delictiva y de concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, en la que la figura del delito continuado conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. Con esta finalidad, se limita la aplicación de la figura, que queda reducida a los supuestos de conductas delictivas cercanas en el tiempo; y 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. Esta misma regla de individualización de la pena resultará también aplicable a los concursos reales de carácter medial.

Otra de las modificaciones relevantes que se introduce en el delito continuado es la exclusión de la aplicabilidad de esta figura a los delitos sexuales.

Finalmente se introduce una mejora técnica en el artículo 76, con el objetivo de fijar con claridad –conforme al criterio consolidado en la jurisprudencia– las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena a las que hayan sido impuestas en diversos procedimientos.”

La pretensión del reformador es, pues, o al menos eso declara con carácter programático en la Exposición de Motivos –salvedad que es preciso adelantar porque, como veremos, no es exactamente esto lo que hace el Proyecto–:

- 1) evitar ‘consecuencias arbitrarias’, para lo que se afirma procedente a) limitar la continuidad delictiva en función de criterios temporales (espaciotemporales eran en el Anteproyecto) y b) revisar el sistema de fijación de penas del delito continuado para garantizar que la reiteración delictiva suponga siempre un incremento de pena;
- 2) excluir de la continuidad delictiva los delitos sexuales;
- 3) aplicar estas mismas reglas penológicas a ‘los concursos reales de carácter medial’; y
- 4) fijar con claridad (asumiendo el criterio jurisprudencial) la relación que debe darse entre las infracciones cometidas para que les sean aplicables las limitaciones al cumplimiento sucesivo de las penas por ellas impuestas previstas en el art. 76 CP, que desde la reforma de 2003 atendía a su ‘conexión o el momento de su comisión’.

Pues bien, la primera constatación que conviene subrayar es que, pese a las protestas esbozadas respecto del régimen concursal, y en particular respecto de la previsión relativa al delito continuado, el anteproyecto no acomete una reforma del

sistema de concurso de infracciones del Código penal. El sistema, con sus luces y sus sombras (y de todo hay; baste de nuevo con remitir genéricamente, y sin ánimo de exhaustividad, a la bibliografía abajo citada) queda levemente retocado, pero en su esencia incólume, salvo en las consecuencias penológicas (cuya importancia no cabe desdeñar en la interpretación de esta normativa –cfr. CUERDA RIEZU, 1992:18-19– por más que sea preciso sentar importantes prevenciones –vid. VIVES ANTÓN, 1981:30 n.92–). Y, lamentablemente, era difícil proponer reformas más desafortunadas: ni la claridad ni el acierto han acompañado al prelegislador en este empeño.

Por demás, efectivamente se limita el ámbito de aplicabilidad de la continuidad delictiva en función del tiempo –lo que merece alguna precisión que más abajo se hará–, y se excluyen del ámbito del delito continuado los delitos sexuales –quizá con consecuencias no del todo bien calibradas–; como también se determina un criterio –perfectible, pero definido– para aplicar o no la acumulación de penas. Lo que no acaba de hacerse –por torpeza, prisa o incuria, porque el resultado no tiene demasiado sentido; a lo más abajo argumentado me remito– es acompasar el régimen penológico del delito continuado y del concurso medial: se construyen dos sistemas semejantes, pero no idénticos, y en ambos casos no poco problemáticos.

Vayamos por partes.

II.1. EL DELITO CONTINUADO

En cuanto al delito continuado (art. 74 CP), el artículo uno – trigésimo octavo del Proyecto (correlato del uno – trigésimo sexto del Anteproyecto en su segunda versión, que lo es a su vez del único – vigésimo octavo del primer Anteproyecto) no procede, como parecía augurar la exposición de motivos, a suprimir su previsión (profundamente arraigada en la práctica jurisprudencial, que desoyó la derogación del instituto en el Código de 1932 (cfr. PELÁEZ DE LAS HERAS, 1942; CAMARGO HERNÁNDEZ, 1951; CASTIÑEIRA PALOU, 1977) generalizando una práctica que acabó por ‘legalizarse’ en 1983 (vid. por todos CANTARERO BANDRÉS, 1992; CHOCLÁN MONTALVO, 1997)).

En cambio, restringe su ámbito de aplicación (aunque sólo en atención a criterios temporales, cuando el Anteproyecto atendía también a criterios espaciales), modifica el régimen penológico (aunque ya no elimina la previsión del delito masa, también de origen jurisprudencial –vid. SAINZ CANTERO, 1971–, como había propuesto el anteproyecto), excluye la aplicabilidad a delitos sexuales, y elimina la exigencia de que los atentados contra el honor se refieran al mismo sujeto pasivo para aplicar la continuidad delictiva.

El texto resultante es el siguiente (para facilitar el contraste, se ofrece en columna en paralelo al texto vigente y al texto del Anteproyecto, marcando en negrita los añadidos respecto a este segundo y en tachado las supresiones):

TEXTO VIGENTE	ANTEPROYECTO	PROYECTO
Art. 74: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica	Art. 74: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica	Art. 74: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica

ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”	ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial y temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. 2. Quedan exceptuadas de lo establecido en el apartado anterior las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual, o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor.”	ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial y temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 2. Quedan exceptuadas de lo establecido en el apartado anterior las ofensas contra la indemnidad o libertad sexual, o contra cualesquiera otros bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor.”
--	---	---

Pues bien: la acotación de la aplicabilidad del delito continuado a supuestos que presenten una mínima cercanía temporal no parece descabellada desde el punto de vista

valorativo –el plan preconcebido difícilmente se dará en este tipo de supuestos, y la identidad de ocasión puede razonablemente merecer una valoración diferenciada cuando estas ocasiones idénticas se presentan, inconexas, en contextos temporales distantes–. Mucho más cuestionable era el intento inicial del Anteproyecto que acudía asimismo a criterios espaciales, que fue criticada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe (CGPJ, 2013) y ha sido con acierto, entiendo, abandonada en este texto.

En efecto, en principio –salvos supuestos de extraterritorialidad de la ley penal en los términos previstos en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no será fácil vincular con continuidad delictiva–, nos movemos en el ámbito territorial de la jurisdicción española, lo que difícilmente permitiría dotar a un distanciamiento espacial de un contenido especialmente intenso; y que este criterio podía resultar disfuncional y dar lugar a resultados arbitrarios, al impedir la aplicación de las reglas penológicas del delito continuado a supuestos que claramente deberían atenerse a este régimen jurídico. No parece que tuviera mucho sentido que si un sujeto, empleando idéntica técnica en distintos municipios, comete una infracción sucesivamente en diversas localidades a lo largo de un viaje de cien kilómetros emprendido a este efecto, se le castigue por las normas del concurso real, mientras que si otro sujeto, en idénticas circunstancias y tiempo, comete esa misma infracción en distintos barrios de una misma localidad, transitando de uno a otro en ejecución del plan preconcebido, se castigue en este caso como delito continuado. Los cambios geográficos con inmediatez temporal, en el contexto territorial español, difícilmente tendrían entidad suficiente para justificar el apartamiento de la regla concursal que el Anteproyecto postulaba y que acertadamente ha renunciado a mantener el Proyecto.

Pero no merece un juicio tan positivo el criterio para la determinación del marco punitivo que propone el Proyecto para el delito continuado: no garantiza, como pretendía la exposición de motivos, que la reiteración de la conducta dé lugar siempre a mayor pena. De hecho, si se atiende a su contenido y se disipan las importantes dudas interpretativas que siembra, el sistema propuesto incrementa el margen de arbitrio judicial, pero no necesariamente la gravedad de la pena.

En efecto, el nuevo texto exige que se imponga *una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones*. La redacción no puede ser más confusa, pero parece que el resultado es que se articula un nuevo marco punitivo que va de ‘algo más’ (¿un día?) de la pena de la infracción más grave a la suma de la pena de todas las infracciones.

Y es que, pese al trabalenguas normativo, ‘*la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave*’ no puede ser sino la pena que se habría impuesto en concreto por ella –la expresión ‘*mínima*’ no tiene sentido cuando hablamos de una pena concreta y no de un marco punitivo pendiente de concreción–; y ‘*una pena superior*’ es cualquier pena que resulte más aflictiva (y no necesariamente la pena superior en grado, porque no es esto lo que requiere el texto) –y si es tal cosa lo que se quería decir, sin duda no se dijo con acierto, porque también en el sentido que aquí se propone entendía el tenor del texto reformado del Anteproyecto el informe del CGPJ, 2013–. El marco punitivo arranca, pues, de la mínima expresión de incremento punitivo sobre la pena concreta asignable a la infracción más grave (y no ya de la mitad superior de la pena abstractamente correspondiente a ésta), y se extiende hasta el límite de la suma de las penas correspondientes a las distintas infracciones

cometidas –sean cuantas fueren, sin sentarse criterio limitativo alguno (téngase en cuenta que dado que este límite corresponderá a una pena única, mal podrán aplicársele las limitaciones de cumplimiento previstas en el art. 76)–. El resultado será, en la mayoría de los casos, que el órgano sentenciador podrá imponer una pena más benigna que la que permitía la anterior regulación del art. 74, y podrá asimismo extenderse hasta una pena mucho más dura de la que este régimen permitía; si se parte de una firme confianza en la individualización judicial de la pena, desde luego se logra un objetivo deseable, pero si como postula la Exposición de Motivos del Proyecto se pretendía garantizar un efecto agravatorio, parece que no se ha logrado el objetivo. Y además, para la concreción judicial de tan extenso marco punitivo (a diferencia de la propuesta referida al art. 77 –por otra parte tampoco exenta de problemas graves, de los que nos ocuparemos luego–) no se acotan aquí criterios de determinación de la pena.

En suma, el marco penológico propuesto es más incierto y probablemente menos funcional que el ahora vigente, que a falta de mejor propuesta debería mantenerse.

Por otra parte, en el Anteproyecto se eliminaba la previsión relativa al delito masa; cuestión que había de valorarse a la luz de la nueva regulación de los delitos patrimoniales, porque la previsión de modalidades agravadas en éstos, combinada con la regla de atención al perjuicio total causado en delitos continuados de carácter patrimonial, podía cubrir holgadamente el papel que el delito masa venía desempeñando. Sin embargo, el Proyecto ha optado por mantener la institución y reintroduce su previsión.

Finalmente, la exclusión de la continuidad delictiva de los delitos contra la indemnidad o libertad sexual que postula el Proyecto parece responder a la intención de evitar que se castiguen como una única infracción delitos que se entienden merecedores de una respuesta punitiva diferenciada. Pero, atendida la práctica jurisprudencial en esta materia (que castiga individualizadamente como infracciones en concurso real los delitos contra la libertad sexual acreditados con plena concreción espaciotemporal, y sólo como delito continuado aquellos supuestos en que, demostrada la reiteración de conductas de esta índole, no pueden individualizarse y datarse con precisión ni por tanto castigarse separadamente), puede dar lugar, contra lo pretendido, a que queden impunes ciertas conductas merecedoras de reproche penal, y no a un mayor castigo de éstas. Al margen de que ya el informe del CGPJ (2013) anuncia la vía que permitirá burlar *de facto* esta pretendida exclusión legal, apuntando a la consideración de la ‘unidad natural de acción’ en la jurisprudencia sobre estos delitos.

Curioso, por demás, en el contexto agravatorio de la reforma –que invita a pensar en una indavertencia del prelegislador– es que el retoque del inciso final del art. 74 permita ahora aplicar el régimen del delito continuado a infracciones contra el honor con independencia de que se refieran o no al mismo sujeto pasivo.

II.2. EL CONCURSO REAL

En materia de concurso real (art. 76 CP), el art. uno – trigésimo noveno (correlato del art. uno – trigésimo séptimo del Anteproyecto, que a su vez trae causa del único – vigésimo noveno del primer Anteproyecto) introduce dos novedades (eran tres en el primer Anteproyecto).

Las propuestas del primer Anteproyecto y del Proyecto (coincidente en este caso con el segundo anteproyecto) se transcriben seguidamente en paralelo, junto al texto actualmente vigente, para evidenciar el contraste, marcando en tachado las supresiones respecto del primer Anteproyecto):

TEXTO VIGENTE	ANTEPROYECTO	PROYECTO
Art. 76: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a	Art. 76: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más	Art. 76: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. e) Cuando el sujeto haya sido

organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.”	delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis de este Código. A los efectos de este apartado, no se computarán las penas impuestas por delitos leves. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”	condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis de este Código. A los efectos de este apartado, no se computarán las penas impuestas por delitos leves. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”
--	--	--

El Proyecto, pues, añade entre las excepciones al límite general de cumplimiento de las penas una específicamente referida a la prisión permanente revisable, concebida en los siguientes términos (a partir del segundo Anteproyecto se ha suprimido el inciso final ‘de este Código’ tras la referencia a los dos artículos, lo que desde luego no parece tener ninguna consecuencia práctica):

“e. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.”

La valoración de esta previsión implica un posicionamiento sobre la institución a la que se refiere que –fuera del apunte de que no puede ser positiva– queda fuera del ámbito de esta modesta contribución.

Afortunadamente, el segundo Anteproyecto y el Proyecto han suprimido otro añadido que recogía el primer Anteproyecto al final del art. 76.1 del Código penal, de acuerdo con el cual:

“A los efectos de este apartado, no se computarán las penas impuestas por delitos leves.”

Con la comprensible intención de evitar que la concurrencia de un delito leve con una infracción de especial gravedad diera lugar a la aplicación de máximos de cumplimiento ampliados (lo que no pasaba con las faltas y no debería suceder tampoco con los delitos leves), se preveía una redacción doblemente desafortunada que permitía alcanzar lo que el CGPJ (2013) calificó de “*conclusiones manifiestamente aberrantes*”. Y ello, primeramente, porque la referencia a ‘este apartado’ no acababa de dejar claro si se refería a todo el apartado primero o a su última letra: y lo primero excluiría los delitos leves del límite de cumplimiento de condena del tripo de la pena más grave –haciéndolos de peor condición que delitos de mayor gravedad, porque su acumulación podría obligar a cumplir más pena que si se hubieran cometido varios delitos graves o menos graves–; pero lo segundo no parecía tener ningún sentido. Y además, porque a los efectos del apartado en cuestión ‘las

penas impuestas por delitos leves serían en todo caso y por definición irrelevantes –nunca alcanzarán a ser prisión de 20 ó más años–; lo que el anteproyecto quería lógicamente excluir es que se tuvieran en cuenta las condenas (el cómputo del número de infracciones) por estos delitos, y no sus penas. Parece claro que, sencillamente, no acompañaba el acierto en la redacción de este inciso del Anteproyecto; para alcanzar el efecto pretendido evitando estas disfunciones, hubiera bastado con emplear una redacción de este o semejante tenor: “A los efectos de ampliar el máximo de cumplimiento efectivo, no se tendrán en cuenta las condenas por delitos leves.” En todo caso, el Proyecto ha optado por no establecer regla específica a este respecto.

Finalmente, el artículo uno – cuadragésimo del Proyecto (como hacía ya el Anteproyecto en su primera versión –art. único – vigésimo noveno– y en la segunda – art. uno – trigésimo octavo–) modifica la redacción del art. 76.2 en el siguiente sentido:

“2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar.”

La conexión entre infracciones requerida en los precedentes legislativos del art. 76.2 había sido con razón criticada (por todos, VIVES ANTÓN, 1981:41); y la inicial redacción del 76.2, que exigía la conexidad delictiva, fue interpretada por el Tribunal Supremo en términos muy generosos, excediendo con creces el ámbito de conexidad definido en el art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por todos, SANZ MORÁN, 1999:519), lo que desde luego no obstó para que se instara una intervención legislativa a este respecto (nuevamente por todos, SANZ MORÁN, 1999:520). La Ley Orgánica 7/2003 incorporó en este inciso como alternativa a la conexión delictiva ‘*el momento de su comisión*’, manteniendo siempre la necesidad de posibilidad de enjuiciamiento unitario. El Proyecto avanza ahora en este sentido, prescindiendo definitivamente del criterio de conexión (abandonado por la jurisprudencia) para precisar el término de posibilidad de enjuiciamiento unitario en función del momento de comisión atendiendo para ello a la fecha de enjuiciamiento efectivo. Criterio, por otra parte, dotado de cierto contenido material –el sujeto ya ‘sabe’, ha experimentado personalmente, que la Justicia estudia su responsabilidad por los hechos enjuiciados–.

El criterio que se asume aporta mayor concreción que el del texto legal aún vigente, aunque implica todavía ciertos problemas (baste pensar en los supuestos de enjuiciamientos dilatados en el tiempo, con suspensiones reiteradas de la vista que pueden abarcar varios meses, y en las infracciones cometidas durante estos periodos); el CGPJ (2013) propuso acudir en cambio a la Sentencia y no a la fecha de enjuiciamiento, lo que ciertamente evitaría estos problemas.

II.3. LOS CONCURSOS IDEAL Y MEDIAL

Finalmente, en cuanto a los concursos ideal y medial (art. 77 CP) el artículo uno – cuadragésimo primero del Proyecto (correlato del art. uno – trigésimo noveno del segundo Anteproyecto, que lo es a su vez , con diferencias, del art. único – trigésimo del primer Anteproyecto) redacta el precepto en los términos siguientes (los textos vigente, del primer Anteproyecto y del Proyecto (coincidente en este caso con el segundo Anteproyecto) se transcriben seguidamente en paralelo, marcando en negrita el añadido y en tachado la supresión respecto del primer Anteproyecto):

TEXTO VIGENTE	ANTEPROYECTO	PROYECTO
Art. 77: “1. Lo dispuesto en los dos	Art. 77: “1. Lo dispuesto en los dos	Art. 77: “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 una 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.”	artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. 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 de este Código.”	artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. 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 de este Código. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”
--	--	---

El texto continúa excepcionando del concurso real los supuestos de concurso ideal y medial –aunque al corregir, en consonancia con la supresión de las faltas, el término ‘infracciones’ del inciso primero por ‘delitos’, ha olvidado enmendar la concordancia de ‘una de ellas’ y ‘la otra’, que persisten en femenino, tanto en el Anteproyecto, como en el Proyecto–. Y mantiene el régimen del concurso ideal en los mismos términos, sin más reajuste que la reordenación del texto para dejar espacio en el

apartado tercero a una nueva regulación de las consecuencias penológicas del concurso medial. Pero, como anunciaba la exposición de motivos, cambia el del concurso medial –no en su definición, sino en su punición–.

El Proyecto propone, así, una nueva regulación de las consecuencias penológicas del concurso medial distinta de la asignada al concurso ideal, a lo que no cabe oponer reparo de fondo toda vez que, en rigor, el concurso medial y el concurso ideal son conceptualmente diversos (por todos, VIVES ANTÓN, 1981:18) y no tienen por qué recibir con carácter general el mismo tratamiento punitivo. Sin embargo, lo hace de forma enormemente desafortunada en su redacción; y por cierto, pese a la declaración de la exposición de motivos, no se traslada aquí el régimen del art. 74, sino que se busca una aproximación a éste con otros términos y añadiendo reglas penológicas allí no previstas.

En efecto, el nuevo apartado tercero que propone el proyecto define un marco punitivo (ciertamente con más acierto en la redacción que el que tiene el texto correlativo que para el art. 74 propone el mismo proyecto) cuyo mínimo lo constituye *‘una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave’* y cuyo máximo, que era potencialmente ilimitado en el Anteproyecto –suma las penas de todos los delitos cometidos–, se sujeta ahora a los mismos límites máximos que la pena del concurso ideal: *‘sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones’*.

El disparate del primer Anteproyecto, que no puso este límite, era notorio, y muy dudosamente constitucional: téngase en cuenta, porque devenía de singular importancia, que el apartado primero del artículo mantiene la exclusión de la aplicabilidad de los límites de cumplimiento previstos en el art. 76, lo que tiene sentido en el régimen aún vigente, pero abre las puertas a condenas fácticamente perpetuas con el nuevo máximo por acumulación de penas no tasada que el anteproyecto proponía, lo que de hecho se traduce en hacer potencialmente de peor condición al delito medialmente articulado para la comisión de otro que a la concurrencia de dos delitos independientes.

Dentro del amplísimo margen punitivo que fija (de un día más de la pena que habría correspondido a la infracción más grave –que no la pena superior en grado; como insiste el CGPJ, 2013: *‘tras la individualización de la pena correspondiente a la infracción más grave, ésta deberá elevarse, siquiera sea en su mínima expresión’*–, hasta la suma de las que habrían correspondido a todas las cometidas), el Proyecto intenta limitar el arbitrio judicial con reglas de determinación de pena; y parece prudente acotar un marco punitivo tan amplio, pero en su intento el prelegislador recurre a las reglas del art. 66, reglas que atienden a circunstancias modificativas que ya han sido tenidas en cuenta para fijar las penas concretas correspondientes a los distintos delitos con las que se han construido el límite mínimo y máximo de este nuevo marco punitivo.

Ello implica que las atenuantes y las agravantes tendrán un doble efecto (al fijar las penas concretas que construyen el mínimo y el máximo del nuevo marco punitivo, y al determinar el marco penal concreto dentro de éste), lo que resulta contrario al principio *non bis in idem*, y da lugar a resultados desproporcionados. Téngase en cuenta, por demás, que no se trata sólo de acotar el marco punitivo a la mitad superior o inferior –lo que en penas como la que construiría la regulación que propone el anteproyecto implica ya por sí consecuencias de gran importancia– sino incluso de la aplicación de penas inferiores o superiores en grado (reglas primera, cuarta y séptima

del vigente art. 66, que en la regulación propuesta por el proyecto no desaparecen como reglas de determinación de pena).

El efecto de dos agravantes sin concurrencia de atenuantes, pues, permitiría, si no se hace una interpretación correctiva que no se sigue del texto que para la ley propone el proyecto, primero aplicar al delito en que concurran la pena superior en grado en su mitad superior, para después acumular esta pena a las otras ¡y volver a aplicar la mitad inferior de la pena superior en grado! Y asimismo, y no ya de forma potestativa sino imperativa, dos atenuantes o una muy cualificada sin agravantes tendrían un doble efecto atenuatorio, en ambos casos rebajando los respectivos mínimos del marco penal abstracto. Inexplicablemente el Consejo Fiscal (2013) se congratula en su informe de la diferenciación del régimen punitivo de los concursos ideal y medial sin detenerse a examinar las consecuencias de este nuevo régimen punitivo, a mi juicio de dudosísima constitucionalidad por el desproporcionado efecto que puede atribuir a elementos inesenciales en la infracción.

En suma, el marco penológico propuesto es contrario a principios constitucionales, amén de más incierto y probablemente menos funcional que el ahora vigente, que a falta de mejor propuesta también debería mantenerse.

El juicio global sobre la reforma propuesta ha de ser, pues, necesariamente negativo: aun cuando se compartieran las finalidades perseguidas por el prelegislador, es preciso admitir que no le ha acompañado el acierto en las soluciones que propone.

No me detendré en la incuria con la que se reforma el art. 78; pero permítaseme cuando menos subrayar, antes de poner punto final, otra importante implicación de esta amplia y poco cuidada reforma en la cuestión concursal: la conversión del homicidio en asesinato cuando éste se cometa '*para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*' (en la redacción que el art. único – octogésimo cuarto del primer Anteproyecto, uno – nonagésimo cuarto del segundo Anteproyecto y uno – nonagésimo séptimo del Proyecto dan al art. 139.1.4ª del Código penal). Castigado el homicidio como asesinato por su relación medial con otro delito, ¿podría aún plantearse un concurso medial entre este asesinato –que sólo lo es por su carácter medial, y que además será previsiblemente la infracción más grave y por tanto el umbral mínimo de punición, antes de aplicar las reglas del art. 66 nuevamente– y el delito para cuya comisión se realizó? Porque, en tal caso, la exasperación punitiva sería descomunal... pero, si se desea esquivar este resultado, ¿cómo articular el castigo de ambas infracciones, medio y fin?

Las soluciones que el Proyecto propone en esta cuestión, me temo, siembran más dudas y arrojan más sombras que logros y luces auguran. Y no parece que el legislador atienda a las advertencias al respecto; lo que lamentablemente redundará en perjuicio de la cada vez más maltrecha seguridad jurídica que a los ciudadanos proporciona nuestro sistema penal.

Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2013): "Problemas en la tramitación del Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012", en *ReCrim* 2013, págs. 72-75.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Director) / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coordinador) (2013): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia.

ÁLVAREZ POZO, M.P. (2007): *El concurso ideal de delitos*, U. de Granada.

- CAMARGO HERNÁNDEZ, C. (1951): *El delito continuado*, Barcelona.
- CANTARERO BANDRÉS, R. (1990): *Problemas penales y procesales del delito continuado*, Barcelona.
- CARBONELL MATEU, J.C., Y GUARDIOLA GARCÍA, J. (2004): “Consideraciones sobre la reforma penal de 2003”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 12, oct. 2004, págs. 9-63.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T. (1977): *El delito continuado*, Barcelona.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (1997): *El delito continuado*, Madrid.
- CID MOLINÉ, J.(1994): “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, págs. 29-64.
- CONSEJO FISCAL (2013): *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 [sic] de noviembre, del Código Penal*.
- CGPJ (2013): (Consejo General del Poder Judicial, Comisión de Estudios e Informes) *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1978): “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito ‘sui generis’”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, págs. 35-95.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1979): “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, págs. 45-91 y 451-477.
- CUERDA RIEZU, A. (1992): *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2003): *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, Madrid.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2013a): “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011). Parte I”, en *Boletín Crimonológico* nº 142.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2013b): “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011). Parte II”, en *Boletín Crimonológico* nº 143.
- ESCUCHURI AISA, E. (2004): *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, Granada.
- GUINARTE CABADA, G. (1988-1989): “El concurso *medial* de delitos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 13, págs. 153-206.
- JOSHI JUBERT, U. (1992): “Unidad de hecho y concurso *medial* de delitos”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, págs. 613-636.
- PELÁEZ DE LAS HERAS, A. (1942): *El delito continuado*, Salamanca.
- ROIG TORRES, M. (2012): *El concurso ideal de delitos*, Valencia.
- SAINZ CANTERO, J.A. (1971): “El delito masa”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, págs. 649-675.
- SANZ MORÁN, A.J. (1983): *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa*, Valladolid.
- SANZ MORÁN, A.J. (1999): “Las reglas relativas a la unidad y pluralidad de delitos en el Código penal de 1995”, en Cerezo Mir / Suárez Montes / Beristain Ipiña / Romeo Casabona (editores) *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, págs.505-520.
- VIVES ANTÓN, T.S. (1981): *La estructura del concurso de infracciones*, Valencia.