

**CRITERIOS JURISPRUDENCIALES
Y OTROS FACTORES A CONSIDERAR
EN LA PETICIÓN Y APLICACIÓN DE LAS PENAS**

**Jorge Rabasa Dolado
Fiscal Jefe Provincial de Alicante**

La presente ponencia se presenta dentro del marco del curso del Centro de Estudios Jurídicos sobre “Sistema de Penas. Delito continuado y concursos delictivos: régimen vigente y perspectivas legislativas”, que se me ha encomendado dirigir. Son muchos los trabajos ya existentes -incluso en los propios fondos bibliográficos de este Centro- que hacen un estudio doctrinal profundo sobre las diferentes instituciones jurídico-penales relacionadas con ello. Por eso, lo que aquí se pretende es sobre todo dar una visión global y práctica, por medio de ejemplos extraídos de la jurisprudencia, sobre cuándo nos encontramos ante unas u otras: concursos de normas o leyes, unidad y concurso de delitos, sus diferencias entre ellas y cuál prevalece en cada caso.

Además tiene por objeto valorar los elementos imperativos y los criterios facultativos en la determinación de las penas, máxime cuando son potestativas, alternativas o conjuntas; cuándo se han de imponer y/o cuánto se ha de subir o bajar la pena tipo. Y finalmente, destacar otros factores que se han de tener en cuenta en el momento de pedir o imponer una sanción penal: que se ajuste al principio de proporcionalidad; o si de forma simultánea se ha de sancionar a una persona jurídica; la concurrencia con medidas de seguridad; las dificultades de cumplimiento de algunas penas o su posible falta de efectividad; la opción entre la posible suspensión, sustitución por otras o su efectivo cumplimiento; o si éste puede tener lugar en extranjero y cuándo; e igualmente, las recomendaciones en orden a buscar la conformidad del acusado.

Algunas de esas cuestiones (las que van a ser tratadas de forma más específica por otros ponentes de este curso) se exponen aquí en lo esencial -a modo de resumen- para ofrecer así una visión conjunta y práctica, destacando además las novedades que al efecto se contienen en el texto del Proyecto de reforma del Código Penal, que en el momento de concluir este trabajo (comienzos del mes de marzo de 2015) ha sido aprobado en el Congreso de los Diputados y por la Comisión de Justicia del Senado.

SUMARIO

1. LA ELECCIÓN DEL TIPO APLICABLE COMO BASE DE LA SANCIÓN A IMPONER: CONCURSO DE NORMAS FRENTE A CONCURSO DE DELITOS. 1.1. CONCURSO DE NORMAS O DE LEYES: LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 8 DEL CÓDIGO PENAL. 1.1.1. Principio de especialidad. 1.1.2. Principio de subsidiariedad. 1.1.3. Principio de consunción o absorción. 1.1.4. Principio de alternatividad. 1.2. CONCURSO DE DELITOS: CASOS, PENALIDAD, E INCIDENCIA DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: 1.2.1. Varias acciones que dan lugar a un solo delito: 1.2.1.1. Delito

continuado. 1.2.1.2. Delito masa. 1.2.1.3. Delito habitual. 1.2.1.4. La progresión delictiva. 1.2.2. Delito permanente. 1.2.3. Concurso real. 1.2.3.1. Cuándo se da. 1.2.3.2. Casos según la jurisprudencia. 1.2.3.3. Penalidad. 1.2.4. Concurso ideal. 1.2.4.1. Cuándo tiene lugar. 1.2.4.2. Casos. 1.2.4.3. Penalidad. 1.2.5. Concurso medial. 1.2.5.1. Cuándo se produce. 1.2.5.2. Casos. 1.2.5.3. Penalidad 1.2.6. Casos de concursos dudosos o conflictivos.

2. LOS ELEMENTOS IMPERATIVOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA: 2.1. EL GRADO DE EJECUCIÓN. 2.2. EL GRADO DE PARTICIPACIÓN. 2.3. LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL. 2.4 EL ORDEN A SEGUIR EN LA DETERMINACIÓN. 2.5. OTRAS CUESTIONES.

3. CRITERIOS FACULTATIVOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA: 3.1. LA POSIBILIDAD DE BAJAR O SUBIR LA PENA TIPO. 3.2. LA ELECCIÓN ENTRE BAJAR O SUBIR LA PENA UNO O DOS GRADOS. 3.3. LA ELECCIÓN ENTRE LAS PENAS ALTERNATIVAS. 3.4. LA EXTENSIÓN DE LAS PENAS CONJUNTAS 3.5. PENAS POTESTATIVAS: ¿CUÁNDO IMPONERLAS? 3.6. ELEMENTO INDISPENSABLE: LA MOTIVACIÓN.

4. OTROS FACTORES A CONSIDERAR: 4.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. 4.2. EL ALCANCE DE LA SANCIÓN CONJUNTA A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y A SUS REPRESENTANTES LEGALES Y ADMINISTRADORES DE HECHO O DE DERECHO. 4.3. LA DIFICULTAD Y COSTE DE LA CONCRECIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL SUJETO EN LAS PENAS DE MULTA. CRITERIOS ORIENTADORES. 4.4. LA PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO DE ALGUNAS PENAS. 4.4.1. Los trabajos en beneficio de la comunidad. 4.4.2. La localización permanente. 4.5. LA CONCURRENCIA SIMULTÁNEA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD. 4.6. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO O DE SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS. 4.6.1. ¿Sí o no? 4.6.2. ¿Suspensión sin más o sustitución? 4.6.3. La problemática de la posible decisión por un órgano jurisdiccional (Juzgados de Ejecutorias) distinto del sentenciador. 4.7. LA POSIBLE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL DEL EXTRANJERO SIN RESIDENCIA LEGAL. 4.8. EL CUMPLIMIENTO DE PENAS EN EL EXTRANJERO CONFORME A LA LEY 23/2014 SOBRE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA. 4.9. LA CONVENIENCIA DE LOGRAR LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO. 4.9.1. Voluntad del legislador. 4.9.2. El Protocolo de conformidades 4.9.3. Actitudes que la fomentan. 4.9.4. Límites.

1. LA ELECCIÓN DEL TIPO APLICABLE COMO BASE DE LA SANCIÓN A IMPONER: CONCURSO DE NORMAS FRENTE A CONCURSO DE DELITOS O INFRACCIONES

En el momento de calificar unos hechos, determinar cuál es el tipo penal aplicable no siempre resulta fácil porque puede haber conductas que están recogidas en diferentes preceptos o tratarse e varios hechos que dan lugar a diferentes delitos, y según el tratamiento que se les dé, las consecuencias penológicas pueden ser distintas. Podemos clasificar esas situaciones del siguiente modo:

- Una acción (u omisión) que da lugar a una sola infracción penal.
- Una acción duradera en el tiempo: delito permanente.
- Una acción que aparece tipificada en más de un precepto: concurso de leyes o de normas.
- Una acción que da pie a varias infracciones: concurso ideal.
- Una acción como medio de cometer otras: concurso medial.
- Dos o más acciones que se valoran de forma separada: concurso real.
- Dos o más acciones que se valoran como una sola unidad delictiva: delito continuado, delito masa y delito habitual.

A tenor de las consecuencias que en cuanto a la pena a imponer pueden resultar de la adecuada calificación, habrá que tener en cuenta ante cuál de esos criterios nos encontramos en un caso determinado; y, en primer lugar, ver si estamos o no ante un concurso de normas, que excluya las otras posibilidades -que generalmente llevarán consigo finalmente una pena mayor- y de entre ellas elegir cuál es la aplicable según los diferentes principios que a tal efecto establece el Código Penal.

Para ello podemos servirnos de lo que dice el Tribunal Supremo en orden a esa inicial distinción en su Sentencia de 29-4-2010, nº 372/2010, EDJ 2010/62044:

<< La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas o de delitos, real o ideal, ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante el concurso de normas, y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal >>

En igual sentido la STS. 1424/2005 de 5-12, EDJ 2005/225579.

A su vez, la STS 29-5-2003, nº 778/2003, EDJ 2003/35142, definió así la distinción:

<< El concurso aparente de normas se produce cuando una única acción, con relevancia penal, aparece tipificada aparentemente en varios preceptos del Código y sólo uno de ellos es de aplicación al recoger éste toda la antijuricidad de la conducta con exclusión de los otros aparentemente concurrentes. El concurso ideal de delitos, por el contrario, cuando una única acción realiza distintas tipificaciones que pueden concurrir según las normas del concurso, esto es, cuando una sola agrede varios bienes jurídicos no contemplados en una única norma. >>

1.1. CONCURSO DE NORMAS O DE LEYES: LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 8 DEL CÓDIGO PENAL

El concurso de normas o concurso aparente de leyes es la situación que se da cuando una misma conducta tipificada penalmente lo está en dos o más preceptos, lo que entraña el problema de la elección del que resulta aplicable, dada la diferencia de penas que uno y otros pueden llevar consigo. Para ello ya de antiguo la doctrina hacía referencia a varios principios que fueron recogidos en el artículo 8 del Código Penal de 1995, esto es, los de especialidad, subsidiariedad, consunción (o absorción) y alternatividad. Se superó así la norma que contenía el antiguo Código que se refería sólo a éste último.

Caracteriza a este tipo de concurso el respeto al principio del *non bis in idem*, pero por otra parte, las figuras delictivas se describen unas veces de forma abstracta para que comprenda toda la variedad de posibilidades reales que se ofrezcan, pero a la vez con la concreción necesaria para que no se viole el principio de seguridad jurídica, lo que hace que a veces una misma acción pueda encuadrarse en más de un precepto penal.

Dado que en estos casos una única acción está comprendida en el presupuesto de hecho de dos o más tipos penales, habrá que decantarse por la aplicación de uno de ellos, puesto que deben excluirse entre sí.

Ahora bien, al decantarnos por uno de los tipos penales, se están excluyendo los demás posibles, pero eso no implica necesariamente que si el de previsible aplicación preferente no llega a entrar en juego, tampoco puedan hacerlo los otros: v.gr., si hay un desistimiento de violación pero ya ha habido tocamientos no consentidos, podrá ser apreciable el tipo penal correspondiente a éstos, porque en el *iter criminis* ya se ha producido la consumación de ese otro delito. Igualmente si el delito de aplicación preferente requiere un requisito de perseguibilidad (v. gr., denuncia) y no se da ésta, pero subsiste el otro que no la requiere y que también puede ser aplicable: así, el delito societario del 290 CP frente a la falsedad en documento mercantil del 390, que es perseguible de oficio. Esto es lo que se denomina la doctrina de “*la vuelta a la vida*”, que se refleja en las STS 1386/2011, de 14 de diciembre (EDJ 2011/313642), que luego expondremos y 867/2002, de 29 de julio, conforme a las cuales el hecho de que no se pueda aplicar el delito especial no impide que se pueda sancionar el general cuando concurren sus elementos y ha sido objeto de acusación.

En el anterior Código Penal se decía en su artículo 68 que “*los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos*”.

Hoy día el concurso de normas se encuentra regulado de forma más amplia en el artículo 8 C.P., que dice:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Antes de exponerlos los criterios contenidos en ese precepto conviene dejar claro que de la referencia que hace a que los mismos sólo se observarán cuando los hechos a calificar no estén comprendidos en los artículos 73 a 77, se puede sacar

la conclusión de que el concurso de normas o leyes sólo es aplicable cuando no estemos ante un delito continuado o delito masa, o ante el concurso ideal o medial.

En definitiva, el párrafo 1º hace referencia al principio de especialidad; el 2º al de subsidiariedad, el 3º al de consunción (o absorción) y el 4º al de especialidad. Veamos cuando se aplica cada uno de ellos y si son o no excluyentes entre sí, conforme a lo que marca la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin perjuicio de tener en cuenta que a veces es el propio Código el que indica cuál es el que se ha de tener en cuenta (como ocurre en el caso de los delitos cometidos por una organización o grupo criminal, en los que el artículo 570 quáter-2, p.2, en relación con los preceptos que le preceden, se remite al 8.4º, cuando los hechos a que se refieren estuvieran también sancionados en otros preceptos del propio Código Penal, como en el 517 en relación con el 515, relativos a las asociaciones ilícitas).

1.1.1. Principio de especialidad

Conforme a la máxima *lex speciali derogat legi generale*, si se dan los presupuestos de aquélla, que añade requisitos no previstos en ésta, se aplica la especial.

El ejemplo clásico es el del asesinato frente al homicidio (arts. 139 y 138 CP). Ambos implican la muerte intencionada de una persona, pero aquél añade unas circunstancias que lo cualifican.

Al incluirse este criterio en el propio Código actual, se aplica con preferencia al criterio de alternatividad (que era el único expresamente previsto en el anterior y que optaba por el precepto que sancionaba la conducta por mayor pena), de forma que ahora si el precepto especial aplica sanción menor, se aplicará ésta (STS de 4-3 y 29-9-1986 y 18-11-2008).

Veamos algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los que apreciando que existe concurso de normas o leyes se aplica este principio, destacando el delito por el que se decantaba la Sala Segunda del Tribunal Supremo de entre los posibles:

· *El delito de de realización arbitraria del propio derecho del 455 CP prevalece frente al de coacciones del 172: STS de 18 noviembre 2008, nº 728/2008, EDJ 2008/227755, que utiliza el criterio de “la vuelta a la vida” del precepto general.*

<< Se declara probado que el acusado Miguel Ángel, mayor de edad, sin antecedentes penales, ostentaba un crédito, cuyo origen no se conoce, frente Daniel, por lo que decidió ponerse de acuerdo con otros para intimidarlo, obligándolo a abonar la deuda.

(...)

[frente al] delito de coacciones, la finalidad con la que se ejecutan, conduce a la aplicación del principio de especialidad dentro del concurso aparente de normas del art. 8 CP por lo que la condena únicamente se producirá por un delito del art. 455 CP por cuanto cuando los requisitos del tipo están contenidos en el precepto general y en el especial, añadiendo éste elementos que contiene aquél, se aplica el principio, constantemente proclamado por la jurisprudencia *lex specialis derogat legi generale*, lo que puede ocurrir entre preceptos de una misma Ley o de distintas leyes, considerándose la prevalencia de la Ley especial y ello con independencia de que la especialidad suponga la imposición de una pena mayor o menor.>>

· *El alzamiento de bienes se aplica antes que el de estafa por contrato simulado:* STS 14-12-2011, nº 1386/2011, EDJ 2011/313642.

<< El Tribunal de instancia fundamenta su sentencia absolutoria en el hecho de que no se hubiese formulado acusación por el delito de alzamiento de bienes, que entiende era el delito que procedía aplicar, ya que se había producido un concurso de normas con el delito de estafa por contrato simulado, y ese concurso, por así disponerlo la regla 1º del artículo 8º del Código Penal, debe resolverse otorgando la preferencia del precepto especial -alzamiento de bienes- sobre el precepto general.

El Tribunal de instancia apoya esa preferencia y el pronunciamiento absolutorio en la Sentencia de esta Sala de fecha 1 de julio de 1991 (...)

Olvida el Tribunal de instancia que la sentencia del Tribunal Supremo mencionada, en la que fundamenta su decisión, no absolvió a los acusados sino que entendió que existía un concurso de normas entre un delito de falsedad en documento público (contrato simulado) y el delito de alzamiento de bienes y que, por mor del principio de especialidad, ésta última figura delictiva absorbía el delito de falsedad, sin que de ningún modo se declarase que cuando no se puede apreciar el delito especial, por falta de acusación, ello determine la absolución por el delito en concurso que sí había sido objeto de acusación.

Y esto último es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos, en el que ha habido acusación por delito de estafa en la modalidad de contrato simulado y, por el contrario, no se ha acusado por el delito de alzamiento de bienes.

(...) Se señala *la doctrina de la "vuelta a la vida" del precepto desplazado*. En determinadas circunstancias, la imposibilidad de castigo por el hecho principal supondría la recuperación del precepto desplazado y el castigo autónomo del hecho que en principio debía resultar copenado, doctrina a la que se hace expresa referencia en la Sentencia de esta Sala 867/2002, de 29 de julio EDJ 2002/28164.

V. *infra*, al hablar del principio de consunción, más relaciones entre el alzamiento y el contrato simulado, cuando afecta a otras personas

· *La apropiación indebida del 252 es preferente a la administración desleal del 295:* STS 7-11-2002, nº 1835/2002, EDJ 2002/51355

<< de los hechos declarados probados hay que afirmar la concurrencia de los elementos integrantes del tipo penal de apropiación indebida y por otro que nos hallamos ante dos descripciones típicas independientes entre sí, para cuya sanción hay que acudir al principio de especialidad, favorable al art.252 -apropiación indebida- puesto que las conductas apropiatorias y de distracción siempre deben sancionarse a través de este ilícito.>>

· *Entre la estafa de especial gravedad y el delito continuado de estafa de especial gravedad, prevalece la primera si aisladamente alguna de las defraudaciones no supera la cantidad que se considera como estafa agravada por si misma* (los 36.000 euros en ese caso, cifra que entonces se consideraba de especial gravedad). En ese caso hay concurso de normas y no se aplica la agravación derivada de la continuidad. Pero si una de las acciones ya supera el límite de la especial gravedad, se aplica, además, el delito continuado (v. al tratar de este último). STS Sala 2ª de 14 julio 2009 (EDJ 2009/165967).

· *Preferencia del delito de prevaricación judicial del 404 frente al del 536.1, de interceptación de comunicaciones:* STS de 9 febrero 2012, EDJ 2012/6372; (aunque en otras ocasiones se aplicó otro principio) Se refiere al caso de escuchas a imputado en conversaciones con su Abogado en prisión.

<<... en la STS 246/2003 se aplicaban los principios de especialidad y de consunción (artículo 8.1 y 3 CP); y en la STS 784/1997 y en la STS 965/1999 se aplicaba el principio de especialidad (artículo 8.1 CP). En sentido contrario, aisladamente, la STS 172/1993, que apreció un concurso ideal de delitos. En otras sentencias ha llegado a la misma conclusión,...>>

Pero aquí la Sala Segunda del Tribunal Supremo condena al acusado como autor de un delito de prevaricación en concurso aparente de normas con un delito del art.536, párrafo primero CP 95. Dice el Alto Tribunal que << de aceptarse que la mera posibilidad de que se sigan cometiendo delitos justifica la supresión de la confidencialidad entre el imputado preso y su letrado defensor, desaparecería de manera general un elemento esencial en la misma configuración del proceso justo. Incluso la mera sospecha fundada acerca de la existencia de escuchas generalizadas de las comunicaciones entre el imputado privado de libertad y su letrado defensor, anularía de manera general la confianza en una defensa con capacidad de efectividad, como elemento imprescindible para un proceso con igualdad de armas; un proceso, por tanto, equitativo. >>

· *Prevalencia del delito de asesinato frente al de incendio con riesgo para la vida cuando éste se provocó con el fin de lograr el resultado lesivo:* STS Sala 2ª de 19 mayo 2011, EDJ 2011/91039.

<< En este sentido la STS. 849/2007 de 4.10, señala que esta doctrina es acorde con la que viene declarando esta Sala en sus sentencias, así, en la 653/2004, de 24 de mayo, se dice que procede un concurso de normas, con prevalencia del principio de especialidad, cuando el incendio ha sido intencionalmente provocado para producir el resultado que se produjo, constitutivo de un delito más grave. (...)

El hecho probado al que se refiere esa sentencia, se sigue diciendo, admite, en principio, la doble subsunción del delito de incendio con riesgo para la vida y el delito de asesinato, pero es éste último el aplicable pues la previsión del resultado que presenta el delito de resultado frente al potencial peligro hace que éste quede absorbido por el asesinato >>

· Otras veces el Tribunal Supremo aprecia la aplicación conjunta de varios de estos criterios frente al de la alternatividad, con aplicación *a contrario sensu* del principio de especialidad. Así, *no se aplica el principio de una Ley especial (Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea) al prevalecer la relación personal entre comandante y pasajero:* STS Sala 2ª de 15 febrero 2000, nº 183/2000, EDJ 2000/1938 .

<< El TS corrobora el delito apreciado en instancia, señalando que estamos ante un concurso de leyes, que debe resolverse en atención a las reglas de la especialidad, subsidiariedad y absorción. Expone que a la acción de vejar u ofender, que equivale a la de injuriar, regulada por la Ley general -Código Penal-, hay que añadirle los elementos nuevos de la norma especial, los cuales son, la condición de sujeto activo -comandante de la tripulación- y el lugar del hecho -aeronave-. Añade el Tribunal que aunque el precepto especial -Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea- se aplica con preferencia al general, no lo es en el presente caso, por existir una relación personal entre los sujetos activo y pasivo, pasando a segundo plano la relación comandante-pasajero, fundamento de la aplicación del tipo especial, que constituye un "plus" de exigencia a la tripulación en relación con el pasaje ante la necesidad de mantener la disciplina a bordo >>.

1.1.2. Principio de subsidiariedad

Se aplica el tipo subsidiario cuando no cabe la del principal.

- El caso típico el de la cooperación o colaboración en la ejecución del delito: si se estima necesaria estaríamos ante la coautoría por cooperación necesaria, si no, la mera complicidad.

- También puede darse entre diferentes tipos penales. Sería el caso de la calificación como abandono de niños del artículo 229 CP cuando no haya elementos para estimar que ese abandono se produjo con ánimo de matar, lo que sería homicidio o asesinato, aun en grado de tentativa.

A tenor del propio número 2º del artículo 8 CP, la subsidiariedad puede ser expresa o tácita.

- *Expresa* lo será cuando los propios preceptos la indican; por ejemplo, cuando en la resistencia del 556 se dice “*los que sin estar comprendidos en el artículo 550...*”, o en la revelación de secretos del artículo 200: “*salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código*” (como la revelación de secretos industriales del 278 y 279 del mismo texto).

- *Tácita*, cuando el tipo principal comprende todo el contenido del injusto del tipo subsidiario y algo más que implica mayor gravedad, como en los casos que hemos citado al principio de este apartado o cuando una infracción patrimonial se considera falta (en el futuro, delito leve), en vez de delito, por la cuantía.

- Pero el TS hace referencia a este principio también en algún otro caso, aunque, más bien debiera referirse al de absorción. Así, en relación con el CP de 1973, la STS de 12-3-1991, EDJ 1991/2694, consideró *preferente la aplicación de la falsificación de despachos telegráficos* (del antiguo 315) *que la tenencia de instrumentos para ello* (del 305).

Dice que << no es posible apreciar la concurrencia de ninguno de los supuestos, contemplados en el artículo 315 del Código, pero, en todo caso, al haber sido condenados los procesados por un delito de falsedad en la misma *podrían quedar embebidos* los hechos en aplicación de la doctrina de la continuidad delictiva, pudiendo dar lugar a que se produjese un concurso de normas al comprenderse los hechos en los artículos 303 y en el 315 concurso en el que habría que decidirse, *conforme al principio de subsidiariedad*, haciendo que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 303 desplazase la aplicación del artículo 315 >> (se refiere, insistimos, al CP de 1973).

Obsérvese que la expresión *quedar embebidos* parece más referirse al principio de consunción o absorción que pasamos a exponer en el siguiente apartado.

En cualquier caso, el problema en orden a la subsidiariedad no es tanto el de determinar que exista relación entre uno y otro preceptos, sino en cuál es el principal y cuál es el subsidiario; y ello no siempre se resuelve teniendo en cuenta qué tipo se sanciona con mayor pena. Parece que lo determinante es el principio de proporcionalidad: debe atenderse al tipo que ofrezca una solución punitiva más justa: V. gr., dentro del término genérico de matar a una persona, habrá que

diferenciar la conducta básica (homicidio), de la cualificada (asesinato) y de la atenuada (cooperación al suicidio).

1.1.3. Principio de consunción o absorción

Se ajusta a la máxima de que lo más abarca lo menos. Así: La consumación a la tentativa, el homicidio a las lesiones previas, o la violación a los abusos por meros tocamientos.

Para apreciarlo las diversas acciones han de ir en progresión y afectar al mismo bien jurídico protegido, sino, no se daría; por ejemplo, en el robo con violencia y lesiones hay concurso de delitos, no de normas.

Con todo, se dice que la descripción de este principio en el nº 3 del artículo 8 CP no es muy clara pues habla de delito más amplio o complejo que absorbe al otro, cuando no es necesario que haya un complejo, en los términos jurídicos que se entiende por tal (v. gr., antiguo robo con homicidio), sino que uno de ellos contemple de modo más completo el desvalor que se puede asignar a una conducta.

Veamos otros pronunciamientos al respecto del Tribunal Supremo:

· *Falsificación de documento oficial y falsificación de certificados.* Afirma que existe concurso de normas entre ambos pues atacan el mismo bien jurídico, quedando absorbidas las conductas atenuadas de este último delito en el mayor desvalor de la conducta más grave de aquel otro. STS de 17-12-2014, nº 876/2014, EDJ 2014/229493

En el caso se facilitaba diversas parejas de ciudadanos extranjeros certificaciones de empadronamiento y convivencia falsas supuestamente emitidas por ayuntamientos españoles y certificados de matrimonio también falsos, supuestamente celebrados en Francia, todos ellos elaborados por el acusado, con los cuales cada uno de los ciudadanos tunecinos formulaba la correspondiente petición en España, ante las delegaciones o subdelegaciones del Gobierno de diversas ciudades de la geografía española, para la obtención de la tarjeta de residencia, anteriormente mencionada. Igual en STS de 22 de diciembre de 2009, nº 1352, EDJ 2009/338455.

· *Las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual* ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP.

Así figura en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del T.S., de fecha 10 de octubre de 2003 EDJ 2003/120647 y en las STS Sala de 13 noviembre 2003, EDJ 2003/209355 y de 17-11-2003, nº 1534/2003, EDJ 2003/209356

· *Los actos preparatorios o ejecutivos previos a la consumación del delito,* quedan absorbidos por éste.

Por ejemplo, *todas las exhibiciones efectuadas formaban parte de la misma estrategia de abuso y de agresión*. STS de 28-3-2001, nº 530/2001, EDJ 2001/7540 STS

· *Actos de abuso o agresión sexual, de concurrir con el acoso sexual* nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción. · STS de 7 noviembre 2003, EDJ 2003/139682.

· *El delito contable, que queda abordado en el más grave de defraudación tributaria*. STS de 28-12-2000, nº 2021/2000, EDJ 2000/52650

· *Las amenazas exclusivamente orientadas al ejercicio de la prostitución contra su voluntad*, supone un concurso de normas, a resolver por el principio de consunción .STS Sala 2ª de 27 abril 2006 , EDJ 2006/53039.

· Entre el delito de *malversación* y el de *alzamiento de bienes* existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el del art. 399 Código penal de 1973 (hoy, 435). STS de 4 enero 2005 (EDJ 2005/6987)

· En materia de *medio ambiente*, la STS de 30 mayo 2007, EDJ 2007/100794, vino a decir que *la realización de vertidos* del 325.1 CP, abarca *la construcción de depósitos para ello* del 328 (redacciones anteriores a la L.O: 5/2010, de 22 de junio.

· El artículo 283 CP, *facturar cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos*, correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, si dicha alteración o manipulación se constituye como medio comisivo capaz de generar engaño bastante para producir un desplazamiento patrimonial en perjuicio de un tercero *la figura aplicable sería la del delito de estafa*, conclusión a la que correctamente llega la Sala de instancia. se trata de un concurso aparente de normas penales que debe ser resuelto aplicando la regla 3ª del artículo 8 CP. STS de 31-12-2001, nº 2520/2001, EDJ 2001/56894.

· Si a consecuencia de la *infracción de normas laborales* se produce el resultado que se pretendía evitar (*muerte o lesiones del trabajador*), *el delito de resultado absorberá al de peligro* (art. 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva (aunque se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad). STSS de 4-6-2002, nº 1036/2002, EDJ 2002/24314 y 1188/99 de 14 de julio, EDJ 1999/16747.

Decíamos al comienzo de este apartado, que para poder hablar de este principio, los delitos han de referirse a los mismos bienes jurídicos protegidos. Con base en ello, *no se aplica*, en casos como los siguientes:

· STS de 26 de diciembre de 2.008, EDJ 2008/243998 que dice que

<< en modo alguno puede entenderse por la teoría de la consunción que el delito de extorsión del art. 243 puede ser absorbido por el delito de detención ilegal o secuestro, art. 164 y 164, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico de una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión... y si se admitiera la aplicación del principio de consunción no se produciría la íntegra desvalorización del hecho, si se penara sólo el secuestro y no la extorsión, quedaría impune una parte injusta del hecho>>.

· ATS Sala 2ª de 26 septiembre 2013, EDJ 2013/187333:

<<...en el caso de autos tampoco nos hallamos ante un concurso de normas. Es claro que el delito de *extorsión* por el que ha sido condenado el recurrente no abarcaría la ilicitud de las *privaciones de libertad* ya reiteradas, que se cometen con posterioridad al mismo, y que por ello no son la forma en la que se manifiesta, en este caso, la violencia o intimidación que exige dicho delito. No sería pues aplicable el principio de consunción. En definitiva, estamos ante una pluralidad de acciones...>>

1.1.4. Principio de alternatividad

Es el principio residual, pero el que se aplica muchas veces porque incluso en caso en los que se discute cuál de los otros resulta aplicable, el TS acaba refiriéndose a éste.

Es el caso de la STS de 23-3-2012, nº 209/2012, EDJ 2012/49950, en relación con el *alzamiento de bienes y las modalidades de estafa impropia del art 251*. (se remite al 8.3, pero acaba diciendo que los diferentes criterios acaban en el del precepto más grave). En cualquier caso, dice que prevalece el alzamiento, si no existen más perjudicados que el primer comprador, la ilicitud del hecho no sufre incremento alguno que justifique apreciar un concurso ideal.

<< La razón es clara: toda segunda venta de un mismo bien (sea real o aparente) determina la insolvencia (al menos parcial) del vendedor y frustra un derecho acordado al primer comprador. Por lo tanto, en la medida en la que la insolvencia es una consecuencia necesaria del delito del art. 251 CP (...) deben calificarse como delito de alzamiento de bienes, aplicando el concurso de leyes del art 8º del Código Penal y no el concurso ideal del art. 77 del mismo texto legal. A no ser que el perjudicado por la doble venta o simulación sea una persona diferente del acreedor perjudicado por la insolvencia.

(...)

Llegados a este punto, dice, procede resolver cual es la regla aplicable del artículo octavo. Un sector doctrinal alude al principio de especialidad (art 8 1º), por estimar que el delito de alzamiento de bienes es un delito especial, en la medida en la que requiere la condición de deudor en el sujeto activo. Otros se refieren al de consunción (art 8 3º), por estimar que el delito de alzamiento de bienes, en la medida en que el fin buscado por la acción conjunta es la creación de la situación de insolvencia, y que está sancionado en un precepto más amplio y complejo que abarca un conjunto de conductas muy plural, absorbe o consume a la estafa impropia. Y, otros, en fin, al de alternatividad (art 8 4º), por estimar que debe aplicarse el precepto penal más grave, que excluye a los que sancionan el hecho con pena menor.

Todos ellos concurren en estos supuestos y nos conducen al mismo resultado: la aplicación del delito de alzamiento de bienes, que es el delito más grave castigado con la misma pena de prisión que la estafa impropia, pero que incluye, además, pena de multa.

En consecuencia, el Tribunal sentenciador, que ha sancionado la conducta enjuiciada aplicando el delito de alzamiento de bienes, y estimando implícitamente absorbida en él la doble venta, ha resuelto correctamente el concurso de normas interpretando adecuadamente el art. 8º >>.

Veamos otros casos en los que se aplica este principio:

· La STS de 17-4-2013, EDJ 2013/67866, tras diferenciar el delito de *apropiación indebida* del delito de *administración desleal* dice que se entiende que *es aplicable el primero* pues la acción se orientaba a obtener un beneficio personal en perjuicio de los restantes socios, simulando gastos a la empresa que administraba y disponiendo de bienes en beneficio propio y del resto de los acusados. Aplica el artículo 8.4º.

En igual sentido, STS Sala 2ª de 15 diciembre 2000, EDJ 2000/43310: Este concurso de normas se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8,4 CP 95, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, aplicando el art. 252 y no el 295, ambos del Código Penal vigente

· La STS de 21-9-2011, nº 971/2011, EDJ 2011/222478, señala que el legislador de 2010, sin embargo, ha considerado oportuno romper con esa equiparación funcional dispensando ahora un tratamiento autónomo a la *falsificación de las tarjetas de crédito y débito, así como a los cheques de viaje*. La solución impuesta por la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio, con la consiguiente aplicación del art. 399 bis, apartado 3º, conduce de forma obligada a un concurso entre el delito de *falsedad* y el delito de *estafa*. Y el concurso, continúa la Sala, presenta todas las características de un *concurso aparente de normas, no un concurso de delitos*, tal y como entendió la sentencia recurrida. Señala el Alto Tribunal que la *relación entre el art. 399 bis, apartado 3 y el art. 248.2 c) CP 95* no es sino la propia de una *relación de alternatividad que ha de resolverse mediante la aplicación del precepto que prevea pena más grave*, en este caso, el primero de los tipos mencionados.

· Entre el *contrabando* y el *delito contra la salud pública*, dice la STS de 22-1-1998, nº 78/1998, EDJ 1998/748, que con arreglo a la jurisprudencia última de esta Sala, ya no es un concurso ideal o medial de delitos, sino un concurso aparente de leyes y por consiguiente regido en su resolución por el principio de alternatividad o de aplicación del *tipo penal más gravemente sancionado* por la norma sustantiva. Ello se ajusta al Acuerdo del Pleno de la Sala 2 de 24-11-1997.

· STS Sala 2ª de 25 marzo 2004, EDJ 2004/31371:

<< esta Sala Casacional ha declarado reiteradamente que *en los casos de varios tráfico de sustancias estupefacientes debe aplicarse el artículo 8-4ª del Código penal*, como concurso de normas y no de delitos, y en consecuencia, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor (principio de alternatividad), lo que se traducirá en el supuesto analizado, que los hechos deben ser juzgados como un solo delito de tráfico de drogas, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud, del art. 368, inciso primero, del Código penal >>.

· *Lesiones con la agravación específica relativa al uso de armas o medios peligrosos*, por agredir a su vecino en la cara, con un vaso de cristal que tenía en la mano. La acusación particular recurre en casación y el TS declara haber lugar al recurso, dictando segunda sentencia en la que *aplica el subtipo agravado, y condena al acusado por un delito de lesiones con deformidad*, al considerar que las tres cicatrices en el rostro y sien del perjudicado produjeron deformidad.

Según la Sala estaríamos ante un supuesto de concurso de normas que ha de ser resuelto a favor del precepto penal más grave. STS de 10-10-2003, EDJ 2003/130308.

· Concurso entre *falsedad y estafa, cuando se trata de documentos privados*:
La STS 640/2007 de 6 de julio EDJ 2007/100799, declara:

<< Es doctrina consolidada de esta Sala, reiteradamente expresada en sus resoluciones, que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 CP; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo (ahora para perjudicar a otro) viene incluido en el art. 306 CP (ahora 395 CP), *no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas* (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro >>.

Añade al respecto la STS 2-7-2012, EDJ 2012/143644, que la sentencia impugnada adolece de errores en la subsunción. En primer lugar, por considerar documento privado, lo que bien podía ser tenido por mercantil. Además, por aplicar para solucionar el conflicto de normas existentes, la regla de la consunción en lugar del principio de alternatividad reiteradamente declarado por esta Sala en la solución del supuesto de hecho concurrente en la sentencia.

· *Malversación impropia de caudales públicos, frente a delito de insolvencia punible*: Dice la STS de 10-12-2007, nº 1027/2007, EDJ 2007/299526, que conforme a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala, 435/97 de 24.6 EDJ 1997/5494, 1564/2004 de 4.1.2005 EDJ 2005/6987, no estaríamos ante una concurso ideal sino un concurso de normas del art. 8.4 CP.

En principio se aplicaría la malversación, como más grave, pero si se aplica su tipo atenuado, es más grave el alzamiento.

A propósito de la malversación, hemos de hacer mención de que la elección del tipo aplicable de entre dos que teóricamente pudieran serlo, puede llevar a la impunidad de alguna conducta. Así:

El uso o aplicación ajenos a la causa pública de medios o bienes puestos a disposición de un funcionario por la Administración correspondiente, podrían incluirse tanto en el artículo 433, como en el 434 CP. El Tribunal Supremo, en su S. de 19-2-2006, nº 226/2006, se inclinó por este último, que requiere grave daño para la causa pública. Se trataba del uso de un teléfono por un Alcalde, que lo había desinstalado del camión de bomberos para usarlo en el propio y que originó un gasto para el Concejo gallego que presidía, de escaso presupuesto, de más de 5.000 euros.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Sevilla, en S. 18-3-2011, nº 141/2011, rec. 4528/2010, en caso similar condenó por el 433 CP. Parece más lógica la anterior sentencia, pues éste no requiere el grave daño, con lo que podrían incluirse cualesquiera llamadas hechas desde un teléfono de la Administración por causas no relacionadas con ésta. Ello además de que la jurisprudencia mayoritaria

interpreta éste más bien como un sucedáneo del 432, es decir, cuando no se aplica este último por no haber ánimo de apropiación sino de mero uso.

· *Malos tratos a familiares agravados y malos tratos habituales:*

Conforme a la STS de 23-5-2006, nº 580/2006, EDJ 2006/83849, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, serían posibles, según la doctrina, dos opciones (aunque se sancionen ambos):

<< 1) Entender cometido un delito del art. 153 en la modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173.2.

2) Aplicarse el subtipo agravado del art. 173.2. más un delito del art. 153.

Esta última posibilidad es la más lógica teniendo en cuenta la expresión utilizada en el art. 173.2 cuando dice “se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia...”, y el principio de alternatividad y mayor gravedad punitiva del art. 8.4 CP.

Otro entendimiento llevaría a la ilógica conclusión de que la agravación nunca operaría en el art. 173.2 en la medida de que normalmente aparecerá también en una de las conductas concretas >>.

En ese sentido, la Circular 4/2003 de la FGE vino a decir que no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible la del art. 173.2, por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP.

· STS Sala 2ª de 7 octubre 2010, EDJ 2010/219332: si dialécticamente concurriera y entrara en colisión la posibilidad de una dúplice calificación, *delito básico-tentativa de delito cualificado*, el tribunal debería castigar por el que mayor sanción prevea, conforme al principio de alternatividad.

1.2. CONCURSO DE DELITOS: CASOS, PENALIDAD, E INCIDENCIA DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

1.2.1. Varias acciones que dan lugar a un solo delito

Fuera de los casos previstos que en relación con los concursos de normas y al margen de aquéllos que se tratarán al hablar de los concursos de delitos, y de una sola acción que da pie a un único delito, también podemos encontrarnos con la frecuente situación derivada de una pluralidad de acciones que tienen relación entre sí y que no se incluyen en ninguno de esos supuestos: Son los de delito continuado, delito masa, delito habitual y, la progresión delictiva. Después trataremos también del delito permanente.

1.2.1.1. *Delito continuado*

Como esta figura y las siguientes (delito masa y delito habitual) son objeto de una específica ponencia en este Curso, paso a exponer tan sólo unas ideas básicas, añadiendo unas notas de jurisprudencia.

Su origen tiene un doble fundamento: evitar una pena muy elevada (incluso la pena de muerte en los siglos XVI y XVII por diversos delitos menores como

hurto, al considerarlos uno sólo) y evitar el castigo irrisorio de las conductas aisladas leves, pero graves en su conjunto.

Su regulación se encuentra en el artículo 74 C.P. (en el anterior, en el 6 bis, del que trae causa). En síntesis, sus requisitos son:

- Plan preconcebido o aprovechar idéntica ocasión.
- Pluralidad de acciones u omisiones.
- Que afecte al mismo o semejante preceptos penales: homogeneidad.
- Puede afectar a uno o varios sujetos.
- Que no afecte a bienes eminentemente personales, salvo el honor e indemnidad sexual, en cuyo caso habrá que estar al precepto infringido y la naturaleza del hecho para apreciarlo o no, siempre que afecte a un mismo sujeto pasivo.

Como en el texto que manejo en estas fechas, del Proyecto de reforma del Código Penal (el que ha pasado el trámite del Congreso de los Diputados y el de la Comisión de Justicia del Senado), se ha suprimido su artículo trigésimo octavo, que es el que hacía referencia a la reforma del artículo 74 CP, omito las novedades que presentaba y paso a mencionar algunas referencias jurisprudenciales que creo de interés:

· A) *En cuanto a los presupuestos del plan preconcebido o aprovechar idéntica ocasión:* El distanciamiento temporal prolongado o una distribución geográfica distante entre los diferentes hechos delictivos, puede impedir la aplicación de la figura (STS 17-10-1988).

· B) *Posibilidad de incorporarse a algunos de esos hechos un tercer partícipe:* Sí se admite ahora, vista la expresión de aprovechar idéntica ocasión: STS 241/1995, de 24-2, 1245/1994, de 15-6 y 2035/1993, de 23-9).

· C) *No confundir con unidad de acción o unidad de acto:* Se dan éstas y se sancionaran como un delito base (no continuado), por ejemplo en la confección de dos nóminas falsas (STS 235/2005, de 4-2), o falsificación de dos cheques en un mismo acto (STS 115/2006, de 30-11), o de letras falsificadas a la vez, pero que se proyectaron sobre dos documentos distintos (STS 2006/1175, de 30-11).

· D) *Cabe entre infracciones consumadas y otras de grado de ejecución imperfecto.* Se aplica la continuidad sobre la más grave: STS 102/2000, de 4-2).

· E) *Si concurre alguna circunstancia agravante,* se aplica a todo el hecho continuado (STS 145/2005, de 7-2).

· F) *No se aplica, por afectar a bienes eminentemente personales:* en el robo con violencia o intimidación (STS 461/2011, de 25.5), en varias lesiones (STS 1432/1993, de 14-6).

En varias amenazas, antes no se admitía (STS 18-10-1991); ahora, sí: SSTs de 3-11-2010, nº 952/2010, EDJ 2010/251841; de 14 febrero 2007 (EDJ 2007/13427) y de 30 junio 2005 (EDJ 2005/113550). Téngase en cuenta que aunque la libertad sea un bien eminentemente personal, la excepción abarca la

libertad e indemnidad sexual (por lo que se puede interpretar que se refiere a ambos conceptos).

En delitos contra la libertad sexual, si afecta a más de una persona no se admite (STS 767/2005, de 7-6), pero sí si afecta a la misma persona (STS 553/2007, de 18-6), aunque en ésta cabe la unidad de acto en la penetración por varias vías anatómicas (STS667/2008, de 25-11).

· G) En los delitos culposos, parece excluirla la propia definición de plan preconcebido o *aprovechar* idéntica ocasión: (STS 4-3-1992).

· H) No se aprecia por faltar el requisito de homogeneidad: entre robo con fuerza y hurto (STS 1577/1993, de 23-6 y 26-10-90 y 29-4-1989); entre robo con violencia y robo con fuerza (STS 898/2012, de 15-11).

Volviendo a la cuestión de su *penalidad*, debemos destacar la aplicación a los delitos en que se admite, que no sean patrimoniales, y a estos últimos:

- *Delitos no patrimoniales*. Se aplica la pena del delito más grave en su mitad superior, que podrá ser aumentada hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (74.1 CP). Y sobre ella entra en juego el artículo 66 (STS 658/1998, de 19-6 y 69/1999, de 26-1).
- *Delitos patrimoniales*. Entra en juego el 74.2. Se discute si de forma cumulativa con el anterior o no. Al respecto se mantuvieron estas posturas:
 - a) El 74.1 y 2 se acumulan, con lo que habría gran discrecionalidad judicial, aunque no si es por acumulación de faltas cuya cuantía rebasa los 400 euros.
 - b) Son alternativos: A los patrimoniales se les aplica el párrafo 2. Si las infracciones aisladas no superan los 400 euros, pero sumadas, sí: párrafo 2. Si una o más superan los 400 euro, se acude al 74.1, pudiendo con él ir a la pena superior en grado. Y si reviste notoria gravedad y ha afectado a una pluralidad de personas (delito masa), se puede subir uno o dos grados.

Hemos de hacer referencia en ellos a dos Plenos no jurisdiccionales de la Sala 2ª del TS:

El primero, de 27 de marzo de 1998, dijo que “*en los casos de hurtos varios la calificación como delito o falta debe hacerse por el total sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del art. 74 del Código Penal, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente*”.

El segundo es el de 30 de octubre de 2007: “*El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena.*”

Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado.

La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración”

Lo desarrollan las STS 950/2007 de fecha 13-11, 199/2008, de 25-4 y 662/2008, de 14-10.

También cabe plantearnos qué se entiende a estos efectos por delitos contra el patrimonio, si sólo los del Título XIII del Libro 2º CP, o, si, por ejemplo, también los delitos contra la Hacienda Pública o la malversación, que se ubican en otros. Parece que lo lógico sea incluir a todos ellos, dándole un concepto material (así, S 17-3-2010, nº 238/2010, EDJ 2010/37594 y S 29-11-1999, nº 1673/1999, EDJ 1999/45684, en lo concerniente a la malversación, y S 29-6-2002, nº 1211/2002, EDJ 2002/29100).

· I) En cuanto al *delito continuado de especial gravedad*, podemos apreciar la doctrina que fija la STS de 14 julio 2009 (EDJ 2009/165967):

<< Esta Sala ha venido afirmando la compatibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado (art. 74.2 del C. Penal) con la del subtipo agravado por la especial cuantía de la defraudación (art. 250.1.6º), cuando uno de los hechos individuales que configuran la continuidad delictiva alcanza una cuantía de 36.000 euros, aunque en los otros episodios fácticos el valor sea inferior, sin que se infrinja en estos casos el principio "non bis in idem". La razón es clara, dice este Tribunal: el delito continuado es más grave que el delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consiguientemente, si cada uno de los actos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no pueda quedar sin contenido. Además, se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica (doctrina establecida en la STS de 2036/2001, 6-11 EDJ 2001/40468, que ha sido ratificada después en las SSTS 1236/2002, 27-6 EDJ 2002/26516; 155/2003, 7-2 EDJ 2003/3248; 1111/2003, 22-7 EDJ 2003/97984; 605/2005, 11-5 EDJ 2005/108877; 700/2006, 27-6 EDJ 2006/98718; y 416/2007, 23-5 EDJ 2007/40247, entre otras). En cambio, deniega la aplicación conjunta del delito continuado con la agravación por razón de la cuantía defraudada en los supuestos en que ninguna de las acciones individuales de la conducta continuada defraudatoria alcanza los 36.000 euros, aunque sumadas todas ellas sí lo rebasan, como sucede en el caso que se ahora enjuicia.

Cuando se da esta situación este Tribunal considera que se está ante un supuesto de concurso de normas que impide aplicar acumuladamente la penalidad del delito continuado y la del subtipo agravado del art. 250.1.6º del C. Penal. Pues si se aplicaran conjuntamente ambas agravaciones se vulneraría el principio "non bis in idem", en cuanto que la reiteración de los hechos ilícitos integrantes del delito continuado acabaría operando también como base fáctica agravatoria para sustentar el subtipo de especial valor de la suma defraudada. En esta tesitura la jurisprudencia venía resolviendo generalmente el concurso de normas aplicando sólo el subtipo agravado del art. 250.1.6º >>.

· J) Por último, en cuanto a la cuestión de los *hechos enjuiciados después de haberse dictado sentencia condenatoria por delito continuado y que pudieran haberse incluido en ese otro proceso*: No afecta al principio “non bis in idem”, y tampoco si con la pena que se impone en ese otro proceso, sumada a la del primero, no se alcanza el total que se pudiera imponer por el delito continuado que lo abarcara todo. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 4-12-1997, nº 221/1997, EDJ 1997/8337:

<<...Ciertamente, al tiempo de enjuiciarse los hechos llevados a cabo por el demandante de amparo en su consulta de Madrid, ya existía una sentencia penal firme dictada por la AP Barcelona en 6 noviembre 1985, por la que se condenaba a aquél como autor responsable de un delito continuado de estafa. Ha de precisarse, no obstante, que la condena penal impuesta por la sentencia de la AP Barcelona, mantenida en casación por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, no tuvo en cuenta en modo alguno los hechos o la conducta desarrollada por el imputado en su clínica de Madrid, y que a esta última se constrañó, con exclusividad, el pronunciamiento condenatorio de las sentencias impugnadas en este amparo, sin contemplar ni extenderse a los acaecimientos ya reprochados penalmente en la sentencia de la AP Barcelona. Desde esta sola consideración, que pone de relieve la no concurrencia de identidad fáctica como elemento integrante del principio "non bis in idem ", ha de concluirse que el hoy demandante de amparo no fue condenado penalmente dos veces por unos mismos e idénticos hechos, de manera tal que las sentencias impugnadas no han vulnerado el mencionado principio.

QUINTO.- Cuestión distinta, si bien complementaria de la anterior, es la consistente en determinar si, en atención a la naturaleza del delito de estafa por el que fue condenado y de las concretas circunstancias que concurrieron en su comisión, el enjuiciamiento en sede penal de la conducta delictiva imputada al hoy demandante de amparo debió o no realizarse conjuntamente en el seno de un mismo proceso, de suerte que la duplicidad de procedimientos penales, sucesivamente sustanciados, habría producido una agravación injustificada de la pena en su resultado final, como consecuencia de una duplicidad de condenas. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede estimarse que la no apreciación de la cosa juzgada penal por parte del Juzgado y la AP Madrid hubiese ocasionado al actor un resultado de esa naturaleza >>>.

En efecto, basta para rechazar este eventual resultado lesivo, comprobar que la pena impuesta en el segundo de los procesos judiciales, referido a los hechos acaecidos en Madrid, lo fue en su grado mínimo, y que, en su consideración conjunta con la anterior, comportan una sanción penal inferior a la que hubiese podido imponer la AP Barcelona, en la hipótesis de haberse acumulado ambos procedimientos penales.

De lo anterior podría deducirse que si se supera (sumando ambas penas, el límite posible por el delito continuado y si, efectivamente, se hubiera podido incluir el último hecho enjuiciado en el anterior, cabría instar una ulterior petición de indulto, mas no deben dejarse sin enjuiciar los hechos que no lo habían sido.

1.2.1.2. Delito masa

Baste destacar aquí que se trata una o varias acciones que se encaminan a defraudar a un grupo de personas no relacionadas entre sí.

Para que opere la agravación prevista en el artículo 74.2 *in fine* CP, es preciso que se dé no sólo el fraude colectivo, de afectar a una pluralidad de personas ("sujeto pasivo masa", colectividad indeterminada y difusa de individuos: STS 129/2005, de 11-2), también que revista especial gravedad. Y, que se trate de una misma acción o acciones homogéneas dirigidas a aquel grupo de personas que se encuentran en una determinada situación a quienes se embauca con el mismo artificio(STS 218/2006, de 2-3).

1.2.1.3. Delito habitual

Hago referencia aquí a esta figura en tanto que supone la repetición de ciertos actos que llevan consigo una misma pena, sin perjuicio de que en algún caso pueda sancionarse además de forma separada cada uno de los que lo componen.

Es el caso principalmente del art. 173.2 CP relativo al ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas que menciona (integrantes del grupo familiar del autor), “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los actos de violencia física o psíquica”.

No necesariamente es aplicable el concepto de habitualidad que mantiene el art. 94 CP, puesto que éste va referido, según expresa, a los efectos de la sección 2ª del capítulo en que se ubica (el III del Título III del Libro I, es decir, a la sustitución de las penas).

Otro ejemplo de infracción habitual a estos efectos es el delito de receptación formado por aprovecharse o auxiliar varias veces a los culpables de faltas contra la propiedad, del 299 CP.

1.2.1.4. Progresión delictiva

Aunque el TS a veces habla de la progresión delictiva como una especie de concurso de normas en tanto que se da también cuando una conducta tipificada en una de ellas absorbe a otra contemplada en otro tipo, lo cierto es que otras veces menciona esta figura como indicativa del escaso valor que se da a una de las conductas en comparación con la otra u otras objeto de enjuiciamiento, por lo que no se sancionan las primeras.

Recordemos que en el concurso de normas habrá que estar a lo indicado en el artículo 8 C.P.. En el concepto de progresión delictiva se deja de sancionar alguna de las conductas.

Ejemplo del primer caso (equiparación al concurso de normas) lo encontramos en la STS 22-10-2013, nº 773/2013, EDJ 2013/201207:

<< El art. 8.3º CP recoge la fórmula *lex consumens derogat legi comsumptae*, lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como la falsedad documental en cuanto falta de verdad expresada por escrito, con relación al delito fiscal; o como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causar la muerte. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por su propio autor.

Los absorbidos son lo que algún sector de la doctrina llama actos copenados, es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal. Lo menos, queda absorbido por lo más, en la *progresión delictiva* >>.

Ejemplo de esto sería la STS de 23-1-2013, nº 90/2012, EDJ 2013/18633:

<< La acusación *por falsificación de tarjetas de crédito* habilita para la condena por un delito de *tenencia de útiles para cometer tal delito*. Éste es en definitiva un acto preparatorio de aquél, elevado al rango de delito autónomo. La acusación por aquél engloba la acusación por éste: entre ambas infracciones no sólo hay igualdad de bien jurídico protegido, sino desde el punto de vista sustantivo una relación de consunción determinada por la *progresión delictiva*. Pocos casos más claros de homogeneidad pueden encontrarse: el delito del art. 399 bis embebe al del art. 400 que se construye por referencia a aquél >>.

A su vez, la STS de 5-4-2011, nº 244/2011, EDJ 2011/51341, diferencia sin embargo entre absorción y progresión delictiva y condena por desórdenes públicos, en grado de tentativa y por un delito de tenencia de aparatos explosivos o incendiarios, terroristas, diciendo:

<< Hay que recordar que el delito de tenencia de explosivos es un delito de simple actividad y peligro abstracto, de comisión esencialmente dolosa y de consumación anticipada porque no exige la deflagración del artefacto, bastando la tenencia con tal finalidad, de suerte que la explosión de los mismos podría dar lugar al delito de estragos del art. 346 C P., que vendría de este modo a constituir la última fase de la progresión delictiva. En tal caso, es patente que la tenencia de explosivos quedara absorbida en el delito de estragos.

Por el contrario, *no hay posibilidad de absorción ni de progresión delictiva* entre los delitos de desórdenes públicos y de tenencia de explosivos.

Basta señalar, la obviedad de que el uso de explosivos no es indispensable para la ejecución del delito de desórdenes.

Se trata pues en tipos delictivos diferentes con bienes jurídicos propios y distintos >> .

Veamos algunos casos en los que el Tribunal Supremo apreció la progresión delictiva en los términos que aquí reflejamos:

- STS de 20-5-1994, nº 466/1994, EDJ 1994/4593: Entiende la Sala que el delito de *utilización ilegítima de vehículo de motor* se absorbe cuando va acompañado de un ataque a la propiedad (*robo con violencia*), como consecuencia del fenómeno que la doctrina de esta Sala denomina de progresión delictiva. Por consiguiente, es evidente que la totalidad del comportamiento responde a un único delito.

- STS 4-11-2011, nº 1180/2011, EDJ 2011/276284

<< Aunque pudiera considerarse como probada esa *leve amenaza* del artículo 620.2 del Código Penal, el hecho de producirse dentro de la misma acción agresiva que el *golpe propinado* en la frente..., así como su escasa entidad, hace que deba ser considerada absorbida por el delito de lesiones (...) alegación que por razonable y coincidente con los criterios aplicados por esta Sala (doctrina de la "progresión delictiva", por ej.) en supuestos semejantes, ha de acogerse, estimando el motivo y debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, en la que se consignen las consecuencias de esta estimación >>.

1.2.2. Delito permanente

El delito permanente, también llamado continuo (no continuado) es aquél en el que se produce una situación de ataque a un bien jurídico protegido que se mantiene en el tiempo por voluntad del sujeto activo, que puede poner fin a la misma.

El caso más frecuente es el de la detención ilegal o el abandono de familia.

Pero aquí estaríamos hablando de una sola acción, al contrario de lo que ocurre en el delito continuado, en el permanente o en el habitual. Mas cabría hacer algunas matizaciones si consideramos la posibilidad de incluir en esta categoría el delito de impago de pensiones del artículo 227 CP, pues aunque sea un único delito, se

trata de diversas acciones (más bien omisiones de un deber impuesto por ley y reconocido en resolución judicial): podríamos decir que una por cada mensualidad no abonada, desde que se cumplen los presupuestos previstos en tal precepto: dos consecutivas o cuatro alternos, pues lo cierto es que hasta que se enjuician esos hechos, los procedimientos que derivasen de nuevos impagos deben acumularse al inicial y sigue siendo un solo delito.

Entre otras, la SAP Castellón, Sec. 1ª, de 11-10-2011, nº 336/2011, EDJ 2011/275109; dice que el delito de abandono de familia, en su modalidad de *impago de pensiones*, es considerado mayoritariamente como un delito permanente (y cita a tal efecto las SAP Madrid, Sección 5ª, Núm. 1048/2000, de 24 Jul., SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, de 29 Jul. 2003 EDJ 2003/92403 , SAP Cuenca, Sección 1ª, Núm. 24/2005, de 15 Mar EDJ 2005/25323 , SAP Barcelona, Sección 10ª, Núm. 23/2010, de 22 Feb. y SAP Pontevedra, Sección 2ª, Núm. 128/2010, de 10 Sept, EDJ 2010/199767).

Admitiendo esa posibilidad habría que distinguir entre uno y otro delito, pues en el caso de la detención ilegal, hay tantos como sujetos pasivos que la sufren, mientras que en el impago de pensiones, como en cualquier otra modalidad de abandono de familia (el propio, la cesión de menores para mendicidad, el favorecimiento del absentismo escolar como modalidad de incumplimiento de las obligaciones familiares, etc.), aunque afecte a más de un menor, se viene sancionando también como un solo delito, sin perjuicio de que se pueda tener en cuenta esa pluralidad a efectos de fijar la extensión concreta de la pena.

La STS 2-10-2012, nº 735/2012, EDJ 2012/223246 consideró también delito permanente del tipo de *integración en banda armada*, y la STS16-4-2014, nº 311/2014 EDJ 2014/57336 dijo que la doctrina científica y jurisprudencial considera como tal el delito de *tenencia ilícita de armas*.

El principal efecto del delito permanente es que su plazo de prescripción no comenzaría a correr hasta que cesara la situación antijurídica, así, SSTS de 4-7-2013, nº 589/2013, EDJ 2013/136116 y 16-12-2013, nº 953/2013, EDJ 2013/255435.

Desde el punto de vista teórico, distinto del delito permanente es el *delito de efectos permanentes*, como sería la *bigamia* y la *falsificación*. La diferencia con los anteriores radica en que no está en manos del autor cancelar dicha acción.

1.2.3. Concurso real

1.2.3.1. *Cuándo se da*

El concurso real, también llamado material, de delitos es aquél que se compone por dos o más acciones ejecutadas por un mismo autor que constituyen delitos independientes, que pueden o pudieran haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

La delimitación entre el concurso real y otras figuras -esencialmente el concurso ideal- no siempre ha sido fácil. Destaco por su interés la STS de 2-3-1998, nº 326/1998, EDJ 1998/1541, que expuso la evolución de la jurisprudencia al respecto de la siguiente forma, que sintetizo (destacando en cursiva lo principal):

<< ... como ya recogió la sentencia de 23 de abril de 1992, vulgarmente conocida como del "síndrome tóxico", *en los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados*. Así la Sala consideró en el caso de una misma acción dolosa que produjo dos muertes que "cuando un solo hecho constituye dos o más delitos como sucede en el presente caso, no deben penarse éstos separadamente" -sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1872-. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1909, estableció que no se debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, por los que se había condenado a la procesada "por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos".

Por el contrario, en la jurisprudencia más moderna, se debe reconocer, la situación no resulta tan clara (...):

· En algunos de estos precedentes -sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1988 EDJ 1988/5249- se hace referencia a las "*acciones perfectamente diferenciadas*", sobre todo cuando se trata de acciones correspondientes a delitos en los que prácticamente no existe una distinción entre el comportamiento y sus efectos (quebrantamiento de condena, robo, depósito de armas y hurto de vehículo en la mencionada sentencia).

· En otros precedentes, referidos a delitos con resultado material claramente diferenciable de la acción la Sala pareciera adoptar otro criterio, pues se sostiene que *lo determinante es la variedad de los sujetos pasivos sobre los que recaen los efectos de la acción* -sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1988 EDJ 1988/9997-. "Por ello -afirma dicha sentencia- matar a varias personas, o violar a varias mujeres o lesionar dolosamente a dos o más sujetos no constituye una modalidad de concurso ideal de delito, ni siquiera cuando las muertes (...) responden a una identidad de acción" (...), la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales.

· *En otras ocasiones la jurisprudencia ha hecho referencia a los bienes jurídicos protegidos*. Así, por ejemplo lo sugiere la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1988, en la que se sostiene, sin mencionar la independencia de las acciones ejecutadas por el autor, que la acción de presentar juntamente al cobro dos talones en los que previamente se falsificó la firma del titular "incide en el delito de falsificación de documentos mercantiles por un lado y en el de estafa por otro en cuanto cada uno ofende bienes jurídicos distintos". Este criterio ha sido también frecuentemente utilizado por la Sala, pero para excluir al concurso de normas (o aparente) entre el art. 344 del Código Penal y los delitos de contrabando...>>

Se puede decir que la jurisprudencia ha evolucionado hacia un *concepto normativo de la acción*, de modo que la causación de dos o más resultados lesivos se sancionan como acciones diversas. El ejemplo más claro lo vemos en la STS 503/2008, de 17 de julio relativa al denominado “caso del 11 M”, en el que una misma bomba origina diversos delitos causales.

Y en la STS 29-5-2003, nº 788/2003, EDJ 2003/50853:

Téngase en cuenta que al hablar del concurso real se dice, v. g STS núm. 672/1999, de 24 de noviembre, EDJ 1999/36950, señala que “*cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción*. Quien persigue una pluralidad de resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados.

De ahí que el término "hecho" que refiere el art. 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término "hecho" incorpora tanto el desvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (cfr. art. 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción”.

En ese caso los acusados ejecutaron el *secuestro de dos personas en un único curso causal*, integrado por la acción violenta en la que privaron de libertad a la víctima y a su hijo de seis meses al encerrarlos en una vivienda, impidiendo a la primera hacer uso de su libertad personal, tanto como hacer efectiva la del menor que custodiaba, mientras lo tuvo en su compañía: concurso real, pues afectaba a dos personas.

Hay casos en los que ese el propio Código el que establece la sanción para el hecho principal, y añade frases como la de “*sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder a los actos...*”. Así ocurre por ejemplo en los casos de robo con violencia del 241 CP, en los que se sancionan por separado los actos lesivos que se causen. Tales casos se han considerado como de concurso real, así, STS 2044/2002, de 3-12. Si se emplease violencia pero no se causara lesión (caso del 617.2 CP), tal violencia quedaría absorbida en el tipo del robo.

Algo parecido se observa en el *Proyecto de reforma del CP*, en cuya exposición de motivos (punto XXIV) se dice que en los delitos contra el orden público se incluye una regla concursal que prevé la imposición conjunta de las penas correspondientes a la alteración, y de las que correspondan a los concretos actos de violencia o de causación de daños que se hubieren ejecutado.

1.2.3.2. Casos según la jurisprudencia

Veamos ahora diversos ejemplos de casos en los que se optó por el concurso real. Luego analizaremos las consecuencias penológicas.

· *Delito de tenencia de explosivos y delito de lesiones y de daños.* La solución pasa por el concurso real de delitos. Es necesario sancionar separadamente resultado lesivo producido y tenencia de explosivos. STS de 31-3-2014, nº 299/2014, EDJ 2014/57317

· *Delito contra los derechos de los trabajadores puede consistir en actividades relacionadas con la prostitución.*

El Pleno celebrado el pasado día 30 de mayo de 2006, EDJ 2006/109320, consideró que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no era posible el concurso aparente de normas, sino (...) como concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad". El Pleno indicado acordó que "cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312.2, segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos". STS de 5-6-2006, nº 651/2006. EDJ 2006/94055

· *Delitos de detención ilegal, contra la integridad moral y amenazas.* El Alto Tribunal considera que si la amenaza no surge para conseguir forzar la privación de libertad o para mantener al sujeto en la misma, sino que, desvinculada de la detención, se profiere para que surta efectos tras la puesta en libertad del detenido. Nos hallamos ante un concurso real de delitos, en cuanto se ataca a dos parcelas diversas de la libertad, complementadas en las amenazas por la lesión de otros intereses jurídicos ligados a la libertad, como la tranquilidad y seguridad de la víctima. STS de 29-3-2012, EDJ 2012/79404.

· *Usurpación de funciones y robo con intimidación:* STS 898/2012, de 15 de noviembre, EDJ 2012/258992. Se refiere a quienes aparentaron ser policías para facilitar la comisión del robo: concurso real.

1.2.3.3. Penalidad

El concurso real lo vemos reflejado en dos situaciones distintas: cuando los diferentes delitos se enjuician en un mismo proceso y cuando se juzgan en procedimientos distintos. En el primer caso se aplica el artículo 73 CP, en el segundo el 76.2, conforme al cual, *la limitación [prevista en el apartado anterior] 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.*

Dicho precepto en el *Proyecto de reforma del CP* queda redactado del siguiente modo: «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.*»

Recordemos que en el caso de enjuiciamiento por separado, conforme al artículo 988-3º LECrim, será el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de

oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Así se deduce del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 27 de marzo de 1998 y de la STS 98/2012, de 24 de febrero, EDJ 2012/24633).

La reforma del párrafo 2 del artículo 76 CP pretende fijar con más claridad el criterio jurisprudencial consolidado en orden a la temporalidad o requisito cronológico. Téngase en cuenta que ya la jurisprudencia había superado el límite de las reglas de conexidad que ponía dicho precepto, y venía a decir que la acumulación procede más allá de que pudiesen considerarse procesalmente conexos los delitos. Así, la STS 527/2013, de 12 de junio y 1055/2012, EDJ 2013/113277 FJ. 2º, al decir que << *Es comúnmente admitido en nuestra más reciente jurisprudencia el uso del criterio de la conexidad meramente temporal como soporte de toda hipótesis de acumulación, abandonándose así otros criterios de conexidad de carácter material o formal* >>. En igual sentido la 1055/2012, de 19 de diciembre, EDJ 2012/303010.

Es decir, se eliminan otros criterios de conexidad que no sean el cronológico. Y en consecuencia, se podrán acumular las condenas relativas a hechos cometidos por una persona hasta que se dicta la primera sentencia en alguno de los procesos que tengan por objeto alguno de esos hechos (pues todos ellos se consideran en concurso real), En cuanto alguno es enjuiciado se excluyen de la refundición (del concurso real) los que se cometan después de la fecha ese primer enjuiciamiento.

A su vez, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 29 de noviembre de 2005, dijo que No es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación.

También es de destacar que si practicada una refundición aparecieran nuevas penas impuestas en otras causas que pudieran haberse incluido en la misma, se podrá realizar de nuevo incluyéndola (así, SSTS 434/2013, de 23 de mayo EDJ 2013/47872, y 317/2013, de 18 de abril, EDJ 2013/70387). El TS supera de esta forma la jurisprudencia anterior en contrario.

Y también que se admite que se incluyan en la refundición las condenas de Tribunales extranjeros: STS 1129/2000, de 27 de junio, EDJ 2000/20669.

Es destacable también la STS 197/2006, de 28 de febrero, EDJ 2006/11467, que introdujo la llamada *doctrina Parot*, como la 45/2013, de 23 de enero, EDJ 2013/4138, consideraron que el límite máximo (de 30 años de prisión) derivado de la refundición, no se convierte en una nueva pena distinta de las sucesivamente impuestas al reo, sino el máximo de cumplimiento, de forma que los beneficios penitenciarios no se computan respecto de la pena total producto de la acumulación, sino por el orden de cumplimiento de las sucesivas penas (de la más grave a la más leve una vez se vayan extinguiendo). Se apartó así de otro criterio seguido antes, como en las STS de 8 de marzo de 1994 y 25 de mayo de 1990, y dio lugar a numerosos comentarios, sobre todo en orden a si era o no aplicable aquél criterio con efecto retroactivo.

El Proyecto de reforma del Código Penal le da también eficacia a las Sentencias de Tribunales extranjeros, a los efectos de la agravante de reincidencia y de sustitución de penas y libertad condicional, al reformar el art. 22.8º e introducir el 94 bis.

Y es que lo relevante, en cualquier caso, es que la suma de penas de los delitos que se consideran en concurso no puede superar los límites máximos que se prevén en el artículo 76.1 del mismo Código (a cuyo contenido me remito). A éste el Proyecto de reforma del Código Penal, le añade:

«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.» (Estos últimos se refieren a la progresión altercar grado y suspensión de la pena de localización permanente).

1.2.4. Concurso ideal

1.2.4.1. Cuándo tiene lugar

El concurso ideal viene contemplado en el artículo 77.1 inciso 1º CP al referirse a cuando *un solo hecho constituya dos o más infracciones*.

Este tipo de concurso puede ser homogéneo, cuando los delitos cometidos son iguales, o heterogéneo, cuando un mismo hecho genera diversos delitos distintos. En el primer caso encontraríamos por ejemplo una acción imprudente que produce dos o más muertes. En el segundo, golpear a un policía y causarle heridas, lo que supondría atentado y lesiones.

Prescindimos aquí de las teorías doctrinales en orden a si unidad de hecho y de acción es lo mismo y de si cabe en ambos conceptos una pluralidad de ellas y nos centramos en la idea de que el único hecho ha de determinar una pluralidad de infracciones, así como que lo que se pretende es el respeto al principio del *non bis in idem*.

1.2.4.2. Casos

Pasamos a exponer algunos casos en los que se ha considerado que existió concurso ideal (además de los que se mencionan *Infra* al tratar de casos dudosos).

· *Los delitos de malversación , prevaricación y de falsedad documental* están en relación de concurso de delitos y no de normas. Estos delitos se integran por acciones diferentes que atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos, por lo que deben pensarse los tres delitos , en concurso ideal. STS de 3-9-2014, nº 600/2014, EDJ 2014/149125.

· Acuerdo Pleno no jurisdiccional TS 16-12-2008: El letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de lo títulos del art. 252 del CP., comete delito de *apropiación indebida*. Además cometerá un delito del art. 467.2 (*deslealtad*

profesional), en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado.

- Cuando con intención sólo de lesionar se causa la muerte no querida: *concurso ideal entre homicidio por imprudencia y lesiones dolosas* STS 17-10-2001 y 22-12-1997, EDJ 1997/10525.

- Golpe en cara a persona detenida: *lesiones y vejación injusta* (617 y 620 CP): STS 261/2013, de 27 de marzo, EDJ 2013/42050.

- *Accidente con dos o más resultados lesivos*: Se aplica el concurso ideal: S 16-4-2001, nº 632/2001, EDJ 2001/5579.

- En algún caso es el propio Código el que establece la norma a tener en cuenta dando a entender que estamos ante un concurso ideal. Por ejemplo, en el artículo 382, al decir que *en los casos de los artículos 379, 380 y 381, se ocasionare además del riesgo prevenido un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.*

1.2.4.3. **Penalidad**

El artículo 77.2 y 3 CP establece para esos casos que *se aplicará la pena del delito más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penara separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de ese límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

Dicho precepto opta por la regla penológica mixta de la *absorción* (delito más grave), con *exasperación* (en su mitad superior).

Pero no siempre es fácil determinar cuándo es más beneficioso penar separadamente los delitos.

Los principales problemas en este caso los encontramos en:

- Determinación de la infracción más grave: La que lleva pena mayor (generalmente se entenderá que la que lleve pena de prisión es más grave que la que no la lleva aparejada).

- Comparación: La jurisprudencia del TS no es uniforme:

La STS 135/2000, S 31-1-2000, EDJ 2000/367 comparó el marco penal genérico de la infracción más grave con el de las infracciones concurrentes de forma separada: penas a imponer a delitos que concurren idealmente ha de ser entre las penas en concreto procedentes, es decir, los que resultan desde la penalidad

abstracta a la concreta responsabilidad penal, quedando al margen de la comparación el ejercicio del arbitrio judicial en la individualización de la pena

La 513/2006, EDJ 2006/71198 atendió a los límites máximos por separado.

La 39/2007, de 26 de enero, EDJ 2007/4029, dice que se ha de tener en cuenta en la comparación, las facultades de individualización de la pena: la comparación ha de ser entre las penas, por separado, de ambos delitos en su extensión mínima, y la conjunta en su mitad superior, en su extensión mínima, pues dijo:

<< Hemos declarado que esa comparación ha de realizarse teniendo en cuenta las facultades de individualización que el tribunal realice. De ahí la necesidad de que el tribunal explique y razone en la sentencia la opción que vaya a realizar tras comparar las penas potencialmente concurrentes.

En el supuesto que examinamos, el tribunal de instancia argumenta que va a imponer la pena en su mínima extensión, por lo que la comparación ha de ser entre las penas, por separado, de ambos delitos en su extensión mínima, y la conjunta en su mitad superior, en su extensión mínima, siendo esta, la impuesta, de mayor duración que la punición separada >>.

La 17/2009, de 24 de febrero, comparó la suma de los mínimos, con la mínima de la mitad superior de la más grave.

En cualquier caso, se ha de justificar, razonándolo, por qué la pena impuesta es la más favorable al reo: STS 878/2009, de 7 de septiembre, EDJ 2009/225081.

Lo más razonable sería estar a las penas concretas, pues dependerá si optamos por la extensión máxima de cada una o las mínimas. Y debe optarse por lo más beneficioso para el reo.

1.2.5. Concurso medial

1.2.5.1. Cuándo se produce

El llamado concurso medial, también denominado instrumental o teleológico, que también se contempla en el artículo 77 CP, que considera que lo hay *cuando una infracción sea medio necesario para cometer la otra*.

Se precisan dos elementos:

1º.- Que existan dos o más acciones de un mismo sujeto, tipificadas penalmente como infracciones distintas e independientes.

2º.- Que uno de los delitos sea medio o instrumento necesario para cometer el otro u otros que el sujeto pretende realizar.

La STS 13-4-2007, nº 297/2007, EDJ 2007/23353 dice de forma muy gráfica (destaco lo esencial):

<< el concurso medial -teleológico o instrumental- [es un] fenómeno que en el fondo *constituye un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos* (art. 77 C.P.). Ahora bien, para su delimitación conceptual la doctrina más caracterizada y la

jurisprudencia de esta sala han venido afirmando que *la mera conexión instrumental entendida en clave subjetiva como preordenación de un delito a la realización de otro se reconoce insuficiente para colmar el presupuesto del concurso medial.*

Es necesario contemplar la interconexión de los delitos también en clave objetiva. Esta Sala en términos generales nos dice que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que *la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente desde el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente* para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, *sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético negativo resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito precedente.*

Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales.

No es fácil constatar el requisito de la necesidad medial, pero la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, esto es, *se ha de analizar si en la específica situación fáctica el delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro.* Se produce de esta forma una determinada inescindibilidad de las realizaciones típicas, que alcanza su máxima expresión en el denominado "juicio hipotético negativo", que debe efectuarse en una consideración "ex ante", comprobando si en esa concreta situación el segundo delito no hubiera podido producirse de no haberse cometido previamente el delito medio >>.

Y la STS26-6-2009, nº 728/2009, EDJ 2009/127318, establece la distinción entre concurso medial y conexidad, a los efectos de la competencia del Tribunal del Jurado, diciendo:

<< El artículo 5.2 de la LOTJ extiende la competencia del Tribunal del jurado a los delitos conexos, entre otros casos, cuando alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. Su contenido no es una exacta reproducción del artículo 17.5 de la LECrim, ni tampoco se trata de previsiones absolutamente diferentes, pues en este último caso para apreciar la conexidad se exige que los delitos imputados a la misma persona al incoarse causa contra ella tengan analogía o relación entre sí, lo que revela una mayor amplitud en la regulación. En el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo tanto, quedarán incluidos aquellos supuestos en los que la relación entre los delitos sea una de las expresamente previstas.

Por otro lado, aunque esta previsión legal tiene algunas similitudes con el llamado concurso medial del artículo 77 del Código Penal, ambos preceptos no son enteramente coincidentes, pues en este último caso se exige que una de las infracciones sea medio necesario para cometer la otra, carácter de necesidad que no es exigido en esos términos en todos los supuestos previstos en el artículo 5.2 de la LOTJ, por lo que es posible afirmar la competencia del jurado para conocer de los delitos conexos aún en los casos en que no se aprecie técnicamente el concurso medial >> .

La referida sentencia analiza la diferente relación entre los diversos delitos que se juzgaban en ese procedimiento:

<< partiendo de que el acusado, según la calificación de la acusación, pretendía matar para satisfacer sus deseos de venganza y pretendía apoderarse de objetos de valor para beneficiarse de lo ajeno, y que tal voluntad doble aparecía inicialmente en su plan, la ejecución anterior de los atentados contra la vida también se orientaba en alguna medida a facilitar el robo posterior. Así se desprende en realidad de la misma acusación del Ministerio Fiscal, de la que resulta que valora la violencia que da lugar a los asesinatos como elemento del robo con violencia posterior, lo que implica una relación, al menos de facilitación, de un delito respecto del otro.

Por lo tanto, puede aceptarse que entre los dos *asesinatos* y *el delito de robo* existe alguna de las relaciones previstas en el artículo 5.2.c) de la LOTJ, concretamente la referida a la comisión de un

delito para facilitar la comisión de otro, lo que determina la competencia de este Tribunal." Por otro lado, que la *profanación del cadáver* de una de las víctimas sólo fue posible con la "facilitación" que para ello supuso el previo asesinato, es algo obvio, y con ello, de nuevo resulta aplicable a la determinación de la competencia para el enjuiciamiento de esa infracción el artículo 5.2 párrafo primero c).

A su vez, por lo que respecta al *Robo con intimidación ulteriormente intentado, en un cajero bancario y ya fuera del lugar de los hechos*, es igualmente evidente que se trata de una conducta delictiva "facilitada" por el acceso ilícito del autor al domicilio en donde se guardaba la tarjeta utilizada. Siendo por otra parte también posible el enjuiciamiento por separado de este hecho, sin que con ello se produjera indeseada fractura alguna de la continencia de la causa (art. 5 parr. 2).

Y, finalmente, tanto el *incendio* como el *quebrantamiento de condena*, no reintegrándose el recurrente al Centro penitenciario en el que se encontraba internado, con el fin de eludir la acción de la Justicia por los graves hechos de los que, según de nuevo las Acusaciones, habría sido autor, entran plenamente dentro del tercer inciso del reiterado artículo 5.2 párrafo primero c) de la Ley del Tribunal del Jurado, pues su finalidad no fue otra que la de "procurar su impunidad", destruyendo las huellas y vestigios que pudieran servir para su identificación (incendio) o huyendo de la acción de la Justicia (quebrantamiento de condena).

De modo que, en definitiva, *debe afirmarse la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento de todos los delitos objeto de este procedimiento*, por la vinculación existente entre ellos y que satisface cumplidamente las exigencias de los artículos atributivos de esa competencia al Tribunal de Jueces legos >>.

1.2.5.2. *Casos*

Exponemos algunos en los que el Tribunal Supremo apreció concurso medial:

· *Alteración de la verdad cometida en documento de identidad, como medio de falsear un documento oficial*, como le lo es el permiso de conducir, conservando, ambas infracciones, su sustantividad bien delineada, si bien guardando, entre ellas, una relación de medio a fin, que indujo, al Tribunal de instancia, a creer, con acierto, en la existencia de un concurso medial. STS de 21-5-1990, EDJ 1990/5310.

· *Malversación del 434 CP (uso de bienes de la administración con grave daño a la causa pública) y prevaricación*. STS de 19-2-2006, nº 226/2006, EDJ 2006/29228.

<< El acusado en su reiterada condición de Alcalde del Concello de O. ordenó la instalación de un teléfono portátil en un vehículo destinado a la extinción de incendios, de uso municipal y titularidad de la Mancomunidad de Municipios de la Mariña. Tal instalación fue formalizada el día 30 de junio de 1991 librándose en tal concepto mandamiento municipal de pago núm. 257 por la cantidad de 432.387 pesetas (2598,70 euros) mandamiento firmado por el acusado y librado a favor de la empresa "D., S.L." Posteriormente, tres o cuatro meses después, el acusado, sabedor del contenido arbitrario de su decisión y de su carácter ilícito, guiado por el deseo de apoderarse del referido teléfono, ordenó que fuese desinstalado del vehículo aludido y a continuación instalado en su propio vehículo particular. A partir de ese momento hizo uso privativo del terminal a través de la línea contratada para el mismo con la Compañía "Móviles T." apareciendo como titular de la línea con el número telefónico ... el Concello de O. quien pagó los correspondientes recibos mensuales... con una cuantía total de 409.744 pesetas (2462,61 euros) >>.

El requisito del grave perjuicio de la causa pública, queda patente con la cantidad citada de perjuicios causados (5.233,37 euros), en un municipio de escasa población y presupuesto como el Consello en donde se producen los hechos

delictivos. En el caso, se ha dado una aplicación privada a un teléfono municipal, sin que conste el requisito de la apropiación definitiva que requiere el art. 432 del propio Cuerpo legal.

Este delito ha de construirse en concurso medial con un delito de prevaricación (decisión de desinstalar el teléfono del vehículo de bomberos, absolutamente arbitraria).

· *Violación y detención ilegal sobre otra persona para facilitar la primera*: STS de 8-4-1991, EDJ 1991/3580:

Considera la Sala que el hecho de que el procesado atase a una de las víctimas para poder cometer la violación de la otra constituye un plus de violencia que cabe reputar de necesario para la comisión de esta concreta violación, pero no puede considerarse como algo integrante del dicho delito, ya que al recaer en un sujeto pasivo distinto al de la joven violada nos encontramos ante delitos distintos. No obstante, dada la concreta relación de medio a fin entre ambos delitos, deben castigarse conforme al denominado "concurso medial" del art.71 CP.

· *Depósito de explosivos del 573 y daños del 263 y 266 CP*: << la Sala entiende que los hechos no deberían ser sancionados conforme a un concurso aparente de normas, sino en atención a las reglas propias del concurso de delitos. Estaríamos en presencia de un concurso medial (art. 77.1 CP), en la medida en que el "factum" dibuja, en el caso de Modesto [acusado], una conducta -el acopio de explosivos- concebida como medio y, por tanto, funcionalmente subordinada a provocar la explosión del repetidor de telefonía móvil [en el fallo habla de concurso ideal]>>. S 23-11-2011, nº 1282/2011, EDJ 2011/287178.

1.2.5.3. Penalidad

Hasta que entre en vigor, en su caso, la última reforma proyectada del Código Penal, éste prevé las mismas consecuencias penológicas que para el concurso ideal, junto con el que se regula, sirviéndonos lo que antes hemos dicho al respecto.

La penalidad del concurso medial presenta problemas de interpretación añadidos, cuando hay una pluralidad de delitos "medio" en relación con el delito "fin". Estudia la cuestión la S 7-3-2007, nº 179/2007, EDJ 2007/19757, que dice:

<< La doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones:

1º) Aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin.

2º) Un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SSTs. 13.3 y 2.11.84) que se penarían con independencia.

3º) Todos los delitos en concurso medial (SSTS. 191/95 de 14.12 EDJ 1995/765 con cita STS. 8.7.85, homicidio frustrado, atentado y lesiones).

Descartada la primera por cuanto preventiva a serias objeciones desde el principio "non bis in idem", la posición que sostiene la aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante trata de evitar el supuesto privilegio para el autor, sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas infracciones que se

encuentran en relación medio a fin de forma objetivamente necesaria. De igual manera que el inciso primero del art. 77.1 CP, no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por una única acción, tampoco debe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teológicamente.

Ahora bien, esta solución en el caso concreto, debe ser corregida, por cuanto concurren dos delitos de detención ilegal, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalismo como es el de la libertad de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas, SSTS. 1397/2003 de 16.10 EDJ 2003/127617 , cuando se quiere privar y se priva de libertad a varias personas se cometen tantos delitos de detención ilegal en concurso real, pues se estima que se realizan varias acciones, STS. 788/2003 de 29.5 EDJ 2003/50853, deben apreciarse tantos delitos como detenidos, STS. 1261/97 de 15.10 EDJ 1997/7105.

Siendo así en el caso presente ambos delitos de detención ilegal estarían en relación de concurso medial con el delito de robo con violencia, acorde con la doctrina de esta Sala de la que son exponentes las sentencias 1588/2005 de 16.12 EDJ 2005/256049 , 73/2005 de 31.1 EDJ 2005/23859 y 452/2003 de 18.3, que declararon, en supuestos similares, que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial .

(...) Así las cosas este motivo debe estimarse con este alcance: *apreciar un concurso medial entre el delito de allanamiento de morada, delito de robo con violencia y uso de armas y un delito de detención ilegal, y otro concurso medial entre el delito de robo con violencia y uso de armas y el segundo delito de detención ilegal*>>.

Pero el Proyecto de reforma recoge una modificación del artículo 77 CP, que en su párrafo 3., pasa a decir que,

<< En el segundo [cuando un delito es medio necesario para cometer otro], 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 >>.

Parece que este precepto se basa en que se había considerado excesivamente benigna la previsión anterior para los delitos que se encontraban en concurso medial.

Lo lógico, en principio, será llevar a cabo los siguientes pasos para determinar la pena:

1º.- Elegir la de la infracción más grave (conforme a lo ya visto al hablar del concurso ideal).

2º.- Determinar la pena correspondiente al delito más grave. En principio habría que tener en cuenta el grado de ejecución, de participación y la concurrencia de circunstancias, pero como a ésta se refiere el propio precepto -con la mención que

hace al artículo 66-, como de aplicación posterior, parece que en principio no habrán de valorarse ahí, sino al final.

3º.- La pena así fijada será el mínimo. A partir de ahí se impondrá *una pena superior*, pero no dice una pena superior en grado. Ahora bien, si se aplicara una pena en el mismo grado, la solución llegaría a ser igual o más benigna que en el concurso ideal (del que el legislador pretende diferenciar al medial). Por ello parece referirse a la pena superior en grado

4º.- Valorar después las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, aplicables conforme al artículo 66.

5º.- Hacer la comparación con lo que resultaría si se penaran las infracciones por separado.

6º.- Estar a los límites del artículo precedente (76).

1.2.6. Casos de concursos dudosos o conflictivos

· *Homicidio de mujer embarazada que provoca además el aborto:*

SSTS de 16-5-2007, nº 444/2007, EDJ 2007/68153 Si el aborto no es directamente querido, concurso ideal; de lo que se deduce *sensu contrario*, que si ambos son directamente queridos, sería concurso real.

“La concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art.188.1, (*determinación a la prostitución*)y del previsto en el art.318 bis.2 del Código Penal (*inmigración clandestina*), debe estimarse concurso de delitos.” (más no indica de cuál). Acuerdo Pleno no jurisdiccional del TS de 24-04-2007.

· *Robo – detención ilegal :*

STS 1053/2006, de 27 de octubre: El suceso dura media hora y se priva de libertad al director (del banco) mientras se comete el robo: robo y detención ilegal.

Auto del TS 2942/2000, de 5 de diciembre: Innecesario encerrar en la víctima en los aseos, además de atarle y amordazarle: robo y detención ilegal.

S AP de Madrid (Sec. 3ª) nº 44/2004, de 20 de octubre: Víctima atada de pies y manos y llevada a la planta baja del local: Robo y detención ilegal

La STS 28-10-2010, nº 917/2010, EDJ 2010/241758 resume perfectamente la cuestión:

<< Acerca de las interrelaciones entre el delito de detención ilegal y robo, usualmente acompañado de allanamiento de morada, esta Sala tiene establecida una doctrina que pretende deslindar los tres supuestos que pueden presentarse en la ejecución conjunta de estos delitos.

Así, la reciente sentencia de 13-10-2010 (nºm. 844) EDJ 2010/219323 nos dice:"Esta Sala ha resuelto el problema y deslindado las situaciones en diversas sentencias. Como dice la de 24-2-2005 (nºm. 53/05) *se pueden distinguir en el plano teórico tres situaciones distintas*, que clarifica la número 337/04 EDJ 2004/13193, con cita de copiosa jurisprudencia precedente, y al definir la

relación de los delitos de robo con intimidación y detención ilegal, expone que *existirá concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento*, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que sólo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo, teniendo en cuenta que este delito con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria del perjudicado (también SSTs 1632 EDJ 2002/39430y 1706/2002 EDJ 2002/44041, 372/2003 EDJ 2003/6582 o 931 EDJ 2004/159694y 1134/2004 EDJ 2004/159739). Debemos señalar a este respecto que es indiferente que el propósito directo o primario del sujeto activo sea desapoderar a la víctima de sus bienes muebles, en la medida que ello no implica la ausencia del dolo propio de la detención ilegal (basta que la acción sea voluntaria y el conocimiento del agente abarque el hecho de la privación de libertad), pues el mencionado propósito no es otra cosa que el móvil que guía al autor y la transcendencia de su conducta no puede quedar a expensas de la mera discrecionalidad del mismo.

En segundo lugar, precisamente *en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación se dará el concurso ideal siempre que aquélla (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio, para la comisión del robo*, pero su intensidad o duración excedan de la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previamente la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación del concurso ideal (art. 77) es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos.

Por último, el concurso real entre ambos delitos se dará cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo, excediendo de esta forma del concurso medial (encerrar o inmovilizar a la víctima indefinidamente con independencia del tiempo empleado para perpetrar la acción de desapoderamiento) >>.

· *Agresión sexual y lesiones*. La STS de 17-7-2008, nº 506/2008, EDJ 2008/131360 analiza los casos en los que hay concurso de normas y en los que se aplica el concurso ideal de delitos:

<< La posibilidad de castigar, conjuntamente, *tanto el delito de agresión sexual como el de lesiones*, cuyos bienes jurídicos protegidos son indudablemente distintos, ha sido admitida normalmente por la jurisprudencia, si bien no han dejado de plantearse problemas sobre la posible compatibilidad de ambas sanciones, especialmente en los supuestos de lesiones de carácter leve, de lesiones inherentes al ejercicio de la violencia típica del primero de los delitos, o de las posibles secuelas psíquicas de la víctima. En cuanto a éstas se refiere, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del T.S., de fecha 10 de octubre de 2003 EDJ 2003/120647 , tomó el siguiente acuerdo: "las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil" (acuerdo recogido posteriormente en SS TS de 7 de noviembre de 2003 EDJ 2003/139682, 4 de febrero EDJ 2004/8289 y 7 de octubre de 2004 EDJ 2004/159732, entre otras).

Por lo que a las lesiones concierne, la jurisprudencia ha tomado posición al respecto, con independencia del carácter grave o leve de las mismas, declarando que "la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa

consecuencia del acceso carnal forzado" (v. STS de 10 de diciembre de 2002 EDJ 2002/61199); y la razón de ello es que el delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales,"de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual" (v. STS. de 2 de noviembre de 2004 EDJ 2004/183494). De ahí que, como se pone de manifiesto en la STS de 14 de diciembre de 2004 EDJ 2004/229452 , el problema aquí planteado "es si estamos ante un concurso de normas del art. 8 CP o ante un concurso ideal de delitos del art. 77" y, para distinguirlos, ha de utilizarse el criterio siguiente:"si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas ; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estamos ante un concurso ideal de delitos". En conclusión, como se pone de relieve en la STS de 21 de marzo de 2004,"el criterio de la consumación sólo podría admitirse y con limitaciones en referencia a las lesiones causadas de forma absolutamente imprescindible para la agresión carnal"; pues,"las lesiones -no se olvide-, tienen un bien jurídico -la integridad física-, distinto del de la agresión sexual -libertad sexual-, de suerte que para el ataque de ésta no se exige necesariamente la lesión a la integridad física", y ello "incluso en el caso de lesiones constitutivas de falta (Cfr. STS 305/2001, de 2 de marzo EDJ 2001/2929)>>>.

· *Conducción con consciente desprecio a la vida y homicidio resultante*

Si el conductor obra con dolo directo de matar, concurso real. Si obra con dolo eventual, concurso ideal con el homicidio imprudente. STS 146472005, de 17 de noviembre, EDJ 2005/237383.

· *Blanqueo.* El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 18-07-2006 vino a decir que "el artículo 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente" para el conocimiento de estos supuestos, la sala segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco magistrados

A su vez, la STS de 26-11-2014, nº 809/2014, EDJ 2014/216384, sobre los *Delitos contra la salud pública y de blanqueo y el autoblanqueo*, dijo:

<< Aunque el auto encubrimiento, no sea sancionado, el blanqueo de capitales, en cuanto exceda del mero encubrimiento, debe ser sancionado, aunque sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias.

(...)

No obstante, sí que resulta de suma dificultad, aplicar determinadas actividades típicas del artículo 301, al propio autor del delito previo o determinante; y así el propio informe del Consejo General del Poder Judicial respecto a los autores o cómplices de delitos patrimoniales y socioeconómicos; donde advertía del riesgo de conculcar la proscripción constitucional de bis in idem, en relación fundamentalmente con la actividad de "posesión", al formar parte de la consumación en estos.

De otra parte, en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, *la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática*, tanto más con la expansión del tipo de blanqueo tras la reforma de 2010, que puede conllevar en el sentir de la doctrina a "un resultado insatisfactorio", "desmedido", "cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales" que produce "perplejidad", "extrañas consecuencias", "absurdas", así como "supuestos paradójicos" que nos colocan en los límites de lo punible y pueden rozar el "esperpento" o "alcanzar niveles ridículos"; de modo que al menos, se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas.

Otra ulterior restricción se apunta en la STS núm. 884/2012 de 8 de noviembre EDJ 2012/282429, donde avanza la insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, cual es atender a la idoneidad de los

comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas; de modo que concluye esta sentencia, que "(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito".

Pero aún con todas estas restricciones, el supuesto de autos, integra un acto de blanqueo de capitales, que excede del mero autoencubrimiento >>.

Autoencubrimiento. STS de S 16-3-2004, EDJ 2004/13195

<< También se admite la consunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, como la inhumación ilegal de cadáver, en relación con el homicidio.

Se recepciona así la teoría del autoencubrimiento impune que, en sentencias como las de 24 de octubre de 1989 EDJ 1989/9402 , núm. 1916/92, de 18 de septiembre EDJ 1992/8940 , ó 1303/95 de 23 de diciembre EDJ 1995/7702 , sostiene que no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos, en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Sin embargo, ello no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos. La STS 5-2-90 EDJ 1990/1051precisa que el autoencubrimiento es -en términos generales- impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por sí un nuevo delito >>.

· Malversación y falsedad:

La STS núm. 1807/2000, de 25 de noviembre EDJ 2000/44218 contempla el supuesto de un funcionario auxiliar de Correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes, y se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente subsumible en el art. 390.1.3º CP rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

La STS núm. 482/80, de 28 de abril EDJ 1980/1657 , indica que en modo alguno se pueda entender, por la teoría de la consunción , que uno de los delitos por el que fue condenado el acusado fue absorbido por el otro, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra.

Como ya dijimos en relación al motivo tercero, en el supuesto de autos el acusado fue condenado por dos hechos distintos, cometidos con una diferencia temporal de casi cinco años, con los que se atacaban bienes jurídicos diferenciados: el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de los ciudadanos en su honesto manejo, por un lado, y la

seguridad y confianza en el tráfico mercantil por otro. Si se admitiera la aplicación del principio de consunción no se produciría la íntegra desvaloración del hecho.

Si se penara sólo la malversación y no la falsedad, no existiendo en el hecho progresión delictiva alguna, quedaría impune una parte injusta del mismo.

Prevaricación e impedir el ejercicio de derechos cívicos. STS de 9-2-2012, nº 79/2012. EDJ 2012/6372:

<< Esta Sala ha resuelto de esta misma forma supuestos de prevaricación que ocasionaban una infracción consistente en el impedimento del ejercicio de los derechos cívicos. Así, en la STS 246/2003 EDJ 2003/3212 se aplicaban los principios de especialidad y de consunción (artículo 8.1 y 3); y en la STS 784/1997 EDJ 1997/4838 y en la STS 965/1999 EDJ 1999/13514 se aplicaba el principio de especialidad (artículo 8.1 CP). En sentido contrario, aisladamente, la STS 172/1993 EDJ 1993/1046 , que apreció un concurso ideal de delitos.

En otras sentencias ha llegado a la misma conclusión, aplicando exclusivamente el delito de prevaricación, al considerar que la vulneración de los bienes jurídicos afectados se encontraba en el caso especialmente imbricada, (STS 1070/2000 EDJ 2000/13862 y STS 818/1992 EDJ 1992/3577).

En consecuencia, se aprecia en este caso un concurso aparente de leyes que se resolverá con aplicación del principio de consunción del artículo 8, apartado 3, aplicando solamente el delito de prevaricación como precepto más amplio>>.

(Caso de escuchas a letrados y sus defendidos presos).

Homicidio y profanación de cadáveres:

En principio la manipulación de cadáveres para su ocultación tras un homicidio, se resolverá por el concurso de normas (criterio de absorción), pero si transcurrió tiempo y atendido lo deleznable de la acción (en ese caso incendio de un coche en el que habían introducido el cadáver tras arrastrarlo, con resultado de carbonización), estaremos ante dos delitos en concurso real: STS de 21-1-2004, EDJ 200417467.

Homicidio-asesinato frene a incendio:

Aunque por regla general se da la Prevalencia del delito de asesinato frente al de incendio con riesgo para la vida cuando éste se provocó con el fin de lograr el resultado lesivo por concurso de normas, por la que el primero absorbe a éste (v. *supra* STS Sala 2ª de 19 mayo 2011, EDJ 2011/91039), en alguna ocasión se ha admitido delito de incendio en concurso medial con otro de asesinato (la acusada había prendido fuego al colchón de su habitación y murió su hija que estaba en la de al lado, a la que no sacó de allí y murió por intoxicación de monóxido de carbono). S 30-10-2008, nº 678/2008, EDJ 2008/222320.

Colaboración con bandas terroristas

STS Sala 2ª de 22 mayo 2009 (EDJ 2009/92400) : arts. 576 y 574 CP

<< En el caso presente hemos de partir de que en el art. 576 se trata de la punición de determinadas conductas que en sí mismas no lesionan ningún bien jurídico pero que se sancionan penalmente porque contribuyen a ayudar a las bandas terroristas, en consideración precisamente a la singular gravedad de las actuaciones o fines de estas organizaciones. Le Ley, por tanto, ha anticipado el castigo penal de quienes colaboran con estos grupos terroristas llevándolo hasta conductas que están alejadas de un delito concreto de los cometidos por ellos, incriminando la colaboración por medio de actos no conectados con ninguna actividad delictiva específica de la

banda terrorista, pues si así ocurriera, la colaboración habría de sancionarse como cooperación necesaria del art. 28 b, o como complicidad del art. 29, respecto del delito principal al que sirvió (asesinato, estragos, detención ilegal etc...) que absorbería la colaboración en el caso de estar aquella participación más gravemente penada (SSTS. 11.11.98, 11.2.2000, 31.3.2003), y su distinción con el art. 574 debe hacerse en razones de tipicidad, así mientras las conductas de éste se describen como la realización de cualquier otra infracción y por tanto se trata de conductas que tienen ya de por sí desvalor y que adquieren un plus de gravedad en atención a su vinculación con actividades terroristas, las conductas del art. 576 carecen de significación autónomamente consideradas, por lo cual el desvalor de las mismas deviene de su vinculación con actividades terroristas. El art. 576 contempla conductas que adquieren relevancia penal al ser integradas en actividades terroristas, mientras que las conductas del art. 574 que ya son punibles en sí mismas, el factor terrorismo opera como elemento de agravación.

Ahora bien el supuesto analizado ofrece la peculiaridad de que las actividades de los recurrentes constitutivas de los delitos comunes, constituyen los actos de colaboración con la organización terrorista que se subsumen en el art. 576 CP, por lo tanto si aquellos delitos comunes son la única forma probada de cooperación, no puede aplicarse a los mismos el tipo agravado del art. 574 que implica que se actúe al servicio o colaboración con los grupos terroristas, por cuanto se estaría valorando penalmente un mismo dato dos veces con violación del principio "non bis in idem", aplicándose, en este caso, el art. 576, en virtud del principio de alternatividad, art. 8.4 CP, en cuanto prevé pena más grave.

Por ello, cuando la comisión de los delitos comunes por personas no integrantes de la organización terrorista, constituya la forma de colaboración del art. 576 CP, siendo la única forma de cooperación, se traduce en una situación concursal sin aplicación del art. 574 CP, al que se deben aplicar las reglas del concurso ideal, al ser evidente la unidad de acción (STC. 12.6.2000) >>.

2. LOS ELEMENTOS IMPERATIVOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Para determinar la pena a imponer a una infracción penal, una vez que hemos concretado el tipo aplicable hay que tener en cuenta no sólo el principio de legalidad sino también la necesidad de una racional individualización por el Juez dentro de lo que la ley permite. Esa otra fase es necesaria pues de lo contrario podría ser injusto castigar por hechos que en abstracto son iguales, pero que atendiendo a las circunstancias de cada autor o de cada caso devienen distintos en lo concreto.

Se habla por lo tanto de dos fases fundamentales en la individualización de la pena: la legislativa y la judicial. A ella se puede añadir una fase administrativa o penitenciaria, que tiene en cuenta la personalidad y comportamiento del penado. Además, entiendo que a la hora de fijar la pena a imponer, se habrán de tener en cuenta otros factores, como son los que trato en el último apartado (4).

En primer lugar tratamos de la fase de individualización legislativa. No se pretende reproducir aquí los preceptos del Código Penal sino, con una mera referencia a ellos, aclarar algunos extremos de acuerdo con la jurisprudencia. Y ello partiendo de que el propio Código contiene unas *Reglas generales para la determinación de la pena (Sec.1ª del Capítulo II, del Título III del Libro I: artículos 61 a 72)* y luego, en la Sección siguiente -*artículos 73 a 79*- habla de las *Reglas especiales*.

Después, en el Capítulo III (artículos 80 a 94), contempla lo relativo a la posible suspensión de la ejecución o la sustitución de penas, y en el IV (artículos 95 a 108), de las medidas de seguridad, que pueden concurrir con las penas. Estos otros preceptos no son propiamente reglas para la determinación de la pena, pero qué duda cabe que serán factores que, junto con otros que también analizaremos luego, estarán en la mente del Juez o Tribunal, a la hora de fijar la extensión de la pena (si piensa suspenderla o sustituirla o que se cumpla como medida de seguridad de internamiento, por ejemplo).

Nos referimos ahora a los criterios que llamo imperativos en la determinación de la pena, dejando para luego aquellos en los que se deja al Juzgador un mayor arbitrio judicial (cuando el Código utiliza expresiones como “podrá...” Y me refiero esencialmente a las reglas generales, pues de las especiales, relativas principalmente a las normas de los concursos, delito continuado y delito masa así como de los máximos legales, ya hemos tratado antes.

Tengamos en cuenta que en ocasiones son los propios subtipos penales los que llevan obligatoriamente a imponer la pena inferior o superior a la del tipo básico, como en la detención ilegal del 163.2 y 3, o la presentación en juicio o uso de documentos falsos del 393; o exigen imponer la pena concreta en alguna de sus mitades, como en el aborto a partir de la vigésimo segunda semana d gestación, del 145.3; incluso en el delito continuado, 74.1, primer inciso: mitad superior.

Mas antes de hablar de esos criterios imperativos, debemos dejar constancia de que el Proyecto de reforma del CP añade un párrafo, el 4, al artículo 70, que dice que *la pena inferior en grado a la prisión permanente es la de prisión de veinte a treinta años*. Y que se modifica el artículo 71.2 que pasará a decir:

<< No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente >>.

También se modifica la regla 2ª del artículo 66 bis, relativo a las circunstancias a tener en cuenta en la penalidad de las personas jurídicas (V. ponencia aparte en este Curso).

2.1. EL GRADO DE EJECUCIÓN

Parte el Código Penal en su Artículo 61 de la autoría y de la consumación del delito. Seguidamente, en el 62 habla de la imposición de la pena inferior en uno o dos grados en el caso de la tentativa. Nos referimos a ella en el apartado de los criterios facultativos, aunque en cierto modo tiene una dosis imperativa: la obligación de bajar (aquí no dice “podrá” sino “impondrá”).

Debe destacarse, no obstante, que en ocasiones la tentativa tiene su propia pena, así ocurre en el 485.2, relativo al que matare al Rey..., en que sólo baja la pena un grado. Ello es acorde con el artículo 64.

Lo mismo ocurrirá con los caso de provocación, conspiración y proposición para delinquir singularmente penados.

También en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho, en los que el artículo 14.3 CP dice que *se aplicará* la pena inferior en uno o dos grados.

2.2. EL GRADO DE PARTICIPACIÓN

El artículo 63 atribuye la pena inferior en grado al cómplice, en comparación con la que corresponda al autor de un delito consumado o intentado, según los casos.

También tiene el Código reglas específicas al respecto (de acuerdo con el artículo 64), como la del 192.2, que impone la pena correspondiente pero en su mitad superior a los cómplices de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, si son tutores, curadores, guardadores o maestros de las víctimas menores o incapaces.

2.3. LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

En el artículo 66 el CP fija las normas a valorar por la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Remitiéndonos a su contenido para no reproducirlo aquí, sí destacaremos que en él unas veces se establecen con carácter imperativo y otras de modo facultativo.

Entre las imperativas encontramos las de los siguientes números del párrafo 1, conforme al siguiente esquema:

1ª.-Una atenuante → Pena en mitad inferior.

2ª.- Dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas, sin agravante alguna → se puede bajar uno o dos grados.

Pero al menos se baja uno (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22-3-1998).

3ª.- Una o dos agravantes → mitad superior.

7ª.2.- Cuando concurren atenuantes y agravantes

Si persiste fundamento cualificado de atenuación → impondrán la pena inferior en grado.

Si persiste fundamento de agravación → Aplicarán la pena en su mitad superior.

La Fiscalía General del Estado, en la Consulta 2/2004, de 26-11, estimó que si concurre la multirreincidencia y una o más atenuantes, se aplicará la regla 7ª, pero sin posibilidad de imponer la pena superior en grado.

La concurrencia de la eximente incompleta (21.1ª CP) → impondrán la pena inferior en uno o dos grados.

Sin embargo, en otros números da opción a subir o bajar de grado o permite recorrer toda la extensión: criterio facultativo (v. *Infra*).

2.4. EL ORDEN A SEGUIR EN LA DETERMINACIÓN

Dados los diferentes elementos que para la concreción de la pena a imponer prevé el Código penal, se hace necesario fijar el orden en que se han de valorar o tener en cuenta, dado que de atender a uno u otro prioritariamente, se pueden llegar a conclusiones distintas.

Puesto que el Código no señala un determinado orden, habrá que estar a primero al marco previsto en la Parte especial del Código para ver el tipo o subtipo aplicable, apreciando en su caso la norma aplicable en caso de concurso, conforme al artículo 8.

Luego habrá que acudir a las normas de los artículos del Capítulo dedicado a *la aplicación de las penas* (artículos 61 a 79). A falta de un orden establecido, se puede seguir el propio del Código:

- Grado de ejecución: consumación o tentativa (art. 61 y 62).
- Grado de participación: autoría o complicidad (art. 63).
- A eso se añadiría el posible error de prohibición vencible (art. 14.3).
- Circunstancias atenuantes y agravantes genéricas (arts. 65 a 66 bis y excepción del 67), así como la referencia del artículo 68 a las eximentes incompletas, y con las normas sobre las penas superiores e inferiores en grado (arts. 69 a 72).
- Concurso real y delito continuado o delito masa (artículo 73 y 74).
- Concurso ideal o medial y límites de penas (artículos 75 a 79).

Ello sin perjuicio de que si es aplicable el delito continuado o los concursos, se haga de nuevo el cálculo con la aplicación de las circunstancias genéricas concurrentes (en éste último caso para hacer la comparación y apreciar lo más favorable al reo).

Ejemplo de que debe ser ese el orden y no el de partir de las reglas especiales lo encontramos en las siguientes sentencias:

STS de 16-6-2005, nº 745/2005, EDJ 2005/103468

<< La doctrina de esta Sala ha entendido que para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos según los razonamientos del Tribunal en relación con el caso enjuiciado, prescindiendo de la pena asignada en abstracto por la Ley. De esta forma, el Tribunal debe precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, y, una vez determinada, aplicar las normas especiales del artículo 77, pues no resulta posible saber si la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior excede o no de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambos delitos hasta que estas últimas no están adecuadamente precisadas en el caso concreto >>.

STS de 5-5-2006, nº 513/2006, EDJ 2006/71198

<< El artículo 77 del Código Penal, al regular el concurso ideal, dispone que la pena a imponer será la correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior, si bien con un límite máximo, constituido por la penalidad que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. A estos efectos es preciso determinar para cada caso, conforme a las reglas aplicables y teniendo en cuenta el margen discrecional del Juez o Tribunal, el máximo imponible penando separadamente las distintas infracciones. No procede realizar tal cálculo sobre los mínimos que legalmente pudieran ser posibles, pues no se trata de imponer al reo la pena mínima en todo caso, lo que supondría aplicar un beneficio injustificado, por desproporcionado, sino de establecer un límite máximo a la pena tipo que viene señalada con carácter general por la regla del artículo 77, sin perjuicio de aplicar después las reglas de la individualización que prevén que el Tribunal tenga en cuenta no solo las circunstancias modificativas concurrentes, sino también las circunstancias del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho >>.

2.5. OTRAS CUESTIONES

Sin entrar a detallar la forma en que el Código regula el modo de aumentar o disminuir la pena en grados, pues nos remitimos a ello, si conviene dejar constancia de lo siguiente:

- El modo en que se aumenta se recoge en el art. 70.1,1ª, y para los casos en que de esa forma se supera los límites máximos, se fijan unos nuevos (en el 70.3). El 70.2 fija el día y el día multa, como indivisibles.

- El modo de disminución se prevé en el 70.1.2ª

- En la disminución no hay límite mínimo (v. gr., si concurren complicidad, tentativa, eximentes incompletas, atenuantes muy cualificadas...).

- En el aumento sí lo hay: los referidos topes del artículo 70.3. Y, en otras penas, como los trabajos en beneficio de la comunidad, a las que este precepto no se refiere, habrá que estar a lo dicho en otros. Así, si su duración normal, conforme art. 33.3-k y 4-h CP es de 31 a 180 días, como pena menos grave y de 1 a 30 días como pena leve, en el art. 40.4 se dice que es de 1 día a 1 año; sin embargo, al hablar de sustitución de penas de hasta de 2 años de prisión el actual artículo 88 permite que se imponga 1 día de trabajo por cada uno de los días de esos dos años de privación de libertad.

Es de recordar que en el Proyecto de reforma del CP, mantiene ahora lo de la duración de esa pena entre 1 día y 1 año y que suprime el art. 88, pero se regula la sustitución de penas al hablar de la suspensión, en el art. 84, como condicionante de ésta y dice a estos efectos que la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad, será de un día por cada uno de privación de libertad, con un límite de dos tercios.

Veamos aquí también, algunos *Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de la Sala 2º del TS*, que son de interés en este punto:

- Multa: Grados superior e inferior en las multas proporcionales (art. 370CP) : Acuerdo de 22-07-2008

<< 1.- En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos.

2.- El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales >>.

· Responsabilidad personal subsidiaria: Acuerdo de 1-03-2005

<<La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art.53 CP>>.

· Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación: Acuerdo de 27-12-2007:

<< El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omita o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena>>.

3. CRITERIOS FACULTATIVOS EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Entra aquí en juego principalmente la fase de determinación judicial de la pena, en tanto que es donde se deja un mayor arbitrio al Juez o Tribunal para concretarla y, como veremos, en ocasiones el margen que se le otorga es muy grande, lo que obligará a que sea aún más motivada.

3.1. LA POSIBILIDAD DE BAJAR O SUBIR LA PENA TIPO O RECORRER TODA LA EXTENSIÓN

· En primer lugar encontramos el caso del artículo 65.3 CP, de los inductores y cooperadores necesarios en los que no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor.

Se refiere al *extraneus*, partícipe en un delito especial propio. Téngase en cuenta que si fuera cómplice, permitiría una doble rebaja: la específica de aquél grado de participación y la de esta otra. Así lo entiende la Circular 2/2004, de 22-12 de la FGE.

· Luego, algunos de los números del 66.1 y el 66.2 CP, *por la concurrencia o no de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal*, conforme al siguiente esquema:

Del art. 66.1

4ª.- Más de dos agravantes y ninguna atenuante → Podrá imponerse la pena superior en su mitad inferior.

5ª.- Multirreincidencia → Podrá imponerse la pena superior en grado.

6ª.- Sin circunstancias → En la extensión que estimen conveniente.

7ª.- Cuando concurren atenuantes y agravantes (sin fundamento cualificado de atenuación o agravación) → Las valorarán y compensarán racionalmente.

8ª.- Si aplican la pena inferior en más de un grado → podrán hacerlo en toda su extensión.

Caso del 66.2, delitos imprudentes → No han de sujetarse a las reglas del 66.1. Lo mismo cabe decir respecto de los que el Proyecto de reforma llama *delitos leves*, antes faltas, tal cual incluye en el propio 66.2., como en el 638 aun vigente.

Caso del delito continuado: 74.2, 2º inciso → pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

En todos estos casos y cuando no se den pautas específicas a valorar, habrá que estar al artículo 72, que es aplicable siempre: *En la aplicación de la pena los Jueces y Tribunales...razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.*

· Otras veces son los propios tipos penales de la parte especial del Código (Libro II) los que prevén esa posibilidad. Por regla general el Código ofrece los criterios a tener en cuenta para ello, por ejemplo:

- En las *lesiones* del 148, *atendido el riesgo causado o el resultado producido*, se puede imponer una pena que es superior a las básicas del 147.
- En el robo con violencia o intimidación, del 242-4, *atendiendo a la menor entidad de la misma y las demás circunstancias del hecho*.
- En el *incendio* del 351, con peligro para la vida o integridad de las personas, *atendido a la menor entidad y demás circunstancias del hecho*.
- En la *tenencia ilícita de armas* del 565; *cuando se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos*.
- Y en el *tráfico de drogas* del 368.2, *en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*.

Ejemplos en la jurisprudencia:

· Se aprecia el subtipo agravado de lesiones de 148-1º, por el uso de un palo de características desconocidas, pero [que debía ser] de proporciones importantes, *dada la herida que causó* (STS 795/2008, de 27-11). Sin embargo no la aprecia en el caso de un objeto “que podría ser” una cadena de hierro o artilugio similar (STS 544/1999, de 8-4).

· En el robo del 242-4, se admite el tipo atenuado aunque se empleen armas si la intimidación es de menor entidad: se baja un grado y luego se aprecia en su mitad superior por el 242-3 (STS 56/2005, de 20-1 y 346/2003, de 26-6, entre otras, con referencia al Pleno no jurisdiccional de 27-2-98).

Casos en que se aprecia: sustraer una escasa cantidad de dinero usando un machete (STS1170/1998, de 13-10; amenazas verbales leves (STS 324/1999, de 5-3); uso del palo de una fregona para intimidar (STS 1408/1998, de 12-11) y mero empujón al sujeto pasivo (STS 842/2000, de 20-5).

- Para aplicar el subtipo atenuado de incendio, se valora los medios empleados para causarlo, lugar de aplicación de los mismos, incluso la naturaleza de los materiales (STS 932/2005, d 14-7).

- En la tenencia ilícita de armas, subtipo atenuado: La posibilidad de usar las armas no quiere decir que haya de ser con fines ilícitos (STS 16-2-2007).

- En el tráfico de drogas atenuado, se valora por ejemplo la cantidad y calidad de aquélla, que sea próxima a la dosis mínima psicoactiva (STS 15-6-11),

3.2. LA ELECCIÓN ENTRE BAJAR O SUBIR LA PENA UNO O DOS GRADOS.

- El primer ejemplo lo tenemos en el caso de la *tentativa* (Artículo 62):

El propio Código da unas pautas atendiendo pues permite al Juez imponer la pena *en la extensión que estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.*

La referencia a la extensión, puede ser coincidente o no con la concurrencia de circunstancias prevista en el artículo 66: en el primer sentido SSTS1600/98, de 15-12 y 1085/98, de 29-9; en el segundo STS 633/1994, de 21-3, pues se habla de *extensión*, no de *grado*.

Además, el TS dice que debe bajarse un grado en el caso de *tentativa acabada* (la *frustración* del anterior Código), y dos en la *inacabada* (tentativa pura): SSTS 610/2002 610/2002, de 28-5 y 977/2004, de 24-7. En igual sentido la STS 625/2004, de 14-5, que valora el *peligro inherente al intento*.

No obstante, la STS 79/2009, de 10-2, viene a indicar que el Código hoy no hace esa distinción, y que lo importante es que se motive suficientemente.

Si se baja un grado, se ha de estar a las normas del artículo 66 (STS 23-4-98), si se bajan dos, no necesariamente (STS 489/2002, de 20-3).

- También en los casos de error vencible sobre la ilicitud del hecho, en los que, como se ha dicho, el artículo 14.3 CP dispone que *se aplicará* la pena inferior en uno o dos grados.

- Artículo 68, *eximentes incompletas* (21.1ª CP) → sin perjuicio de la obligación de bajar la pena, podrán elegir entre hacerlo uno o dos grados.

Según el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 1-3-2005:

<<El art. 68 CP, cuando remite al art.66 CP, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas la regla 8ª >>.

· Cuando concurran dos o más atenuantes o una o varias muy cualificadas (art. 66.1.2ª, conforme a lo arriba dicho).

· Ejemplo de la posibilidad de *subir la pena uno o dos grados* lo encontramos en el delito masa (artículo 74.2 CP), o en algunos subtipos agravados, como el del tráfico de drogas del 370 (utilización de menores, extrema gravedad, etc.).

En todos esos casos, la elección entre bajar o subir uno o dos grados, se regirá también, además de por los criterios específicos que respectivamente indiquen, por lo dispuesto en el mencionado artículo 72 (razonamiento) y por lo que decimos al final de este apartado en orden a los criterios de motivación

3.3. LA ELECCIÓN ENTRE LAS PENAS ALTERNATIVAS

Son numerosos los tipos penales en los que se da la opción al Juez o Tribunal de imponer una pena u otra. Ejemplos de ello podemos citar como de aplicación más frecuente, incluso en Diligencias Urgentes en el Juzgado de Guardia, estos:

· Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas del 379.2 CP → Prisión o multa o trabajos en beneficio de la comunidad (además de la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores).

· Conducción sin permiso del 384 → prisión o multa.

· Malos tratos del 153-2 y 3, amenazas del 171-4 y 5 y coacciones del 172-2 → Prisión o trabajos (además de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas).

· Lesiones del 147.2 → Prisión o multa.

· O en otros casos (que no suelen ir por Diligencias Urgentes), como el impago de pensiones del 227 CP → Prisión o multa.

Es claro que cuando una de las penas es la de trabajos en beneficio de la comunidad se precisa el consentimiento a tal efecto de la persona a quien se le vaya a imponer, conforme al artículo 49 CP. Mas aun contando con tal consentimiento, habrá que valorar si es lo más procedente.

A falta de criterios del Código Penal al respecto, habrá que estar, naturalmente, al caso concreto. V. gr., no es lo mismo quien es condenado por primera vez por conducción sin permiso, que quien ya lo ha sido muchas veces y en poco tiempo.

A veces algún penado preferirá la pena de prisión y que se le suspenda, a la de multa que habría de pagar.

Sin ser penas alternativas propiamente dichas, hay también casos en los que se da la opción de elegir entre dos grupos de ellas, como en el tipo básico de las lesiones, haciéndolo con sujeción a algunos criterios en cierto modo indeterminados. Así, se permite acudir al 147.2 CP (que fija penas inferiores) “*cuando el hecho sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*”.

En todos estos casos la elección podrá depender de *esos otros factores* de los que hablo al final de esta ponencia.

En el caso de las penas accesorias el artículo 56 también da la opción de imponer alguna o algunas de las que prevé, y sólo respecto de las inhabilitaciones especiales que prevé en el nº 3 (profesión, oficio, patria potestad, guarda, etc.), se dice que han de tener relación con el hecho cometido.

3.4. LA EXTENSIÓN DE LAS PENAS CONJUNTAS

En el caso de penas conjuntas (por ejemplo, la prisión y multa de las estafas del 250, o las penas del delito de malos tratos del 153), dice el Tribunal Supremo que el aumento o disminución de grado de la pena debe alcanzar a toda ella: SSTS 21-7-1992, 18-11-1987, 754/2009, de 13-7 y 591/2003, de 5-4.

De ahí habría que recordar la excepción de la pena de multa proporcional cuando hay que subirla, que no es posible por falta de previsión legal, tal y como se dijo en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 22-7-2008 arriba citado.

3.5. PENAS POTESTATIVAS: ¿CUÁNDO IMPONERLAS?

Al margen de las penas accesorias previstas en el artículo 56 CP, en el 57.1 se hace referencia a otras (una serie de prohibiciones), que se dice que *se podrán imponer*. Insisto que me refiero al 57.1, pues en el caso del párrafo 2 (ámbito familiar), se dice que *se acordará en todo caso* la prohibición de aproximación y comunicación prevista en el 48.2 .

En el primer caso (potestativo), el propio Código fija como criterio *atender a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente*. No es necesario que concurren ambos requisitos a la vez (STS 356/2008, de 4-6).

Ejemplos de otros casos concretos, que figuran en la parte especial del Código (Libro II) y en que es potestativo imponer una pena los encontramos en:

- Prohibición de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza aquél en que se causaron desórdenes públicos: Artículo 557.2 y 558 CP.

- Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, guarda o tutela: 153. 1 y 2 y 173.2 (violencia en el ámbito familiar), 192.3 (delitos contra la libertad sexual), 226.2 (dejar de prestar los deberes legales de asistencia en el ámbito familiar), y 233 en relación al 229 a 232 (abandono de menores).

Otras veces esa pena es obligatoria: 220.4 (suposición de parto), 221 (utilización de menores para mendicidad), 25 (sustracción de un menor por su progenitor).

Cuando es potestativa, a falta de criterios que ofrezca el CP, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto y, como luego se verá, razonarlo debidamente.

El Proyecto de reforma del CP, añade una precisión en el art. 48.1 que permitirá en matizar la pena obligatoria de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, diciendo:

<<...en los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presente los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida>>.

No es exactamente un caso de opción de imponer o no la pena, pero permite un margen importante de decisión en cuanto a los efectos.

En cualquier caso, dado que está en el párrafo 1 -y no en el 2- del artículo 48, relativo a la pena de alejamiento y de imposibilidad de comunicación con la víctima, que es de obligatoria imposición por el artículo 57.2, que se remite a él (*se acordará en todo caso*, dice), cuando se refiera a las personas mencionadas en el 173.2 (ámbito familiar), no parece que esa reforma hay solucionado o paliado el problema de los padres que denuncian a un hijo (que tenga algún trastorno mental) por malos tratos y que luego no quieren que se le imponga el alejamiento por no tener dónde ir a ser cuidado.

3.6. ELEMENTO INDISPENSABLE: LA MOTIVACIÓN

En relación con el artículo 66.1.6ª CP (cuando no concurren atenuantes ni agravantes genéricas), la STS 15-10-2010, nº 853/2010, EDJ 2010/219329 señala unos criterios de individualización que entendemos que son aplicables a todos los casos expuestos en este apartado, en especial a aquéllos en los que el precepto penal concreto no señala otros.

Dice esta sentencia, en lo que aquí interesa:

<< En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando;

estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim para la infracción de Ley >>.

Y en cuanto a la necesidad de motivación en sí, destacamos estas sentencias:

La STS de 7-12-2006, nº 1223/2006, EDJ 2006/345612, que dijo:

<< La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. En este sentido STS núm. 886/2005 EDJ 2005/116855>>.

Y la STS de 27-9-2006, nº 901/2006, EDJ 2006/269930:

<< La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Pero esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. *Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad* y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos. Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso ilogístico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

Sin olvidar finalmente, que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE ha señalado reiteradamente que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional (SSTC, 5/87 EDJ 1987/55, 152/87 EDJ 1987/152 y 174/87 EDJ 1987/174), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado (STC. 196/88 EDJ 1988/512), y tampoco la tutela judicial efectiva implica que los Tribunales accedan a todas las pretensiones interesadas por las partes>>.

Especialmente será exigible la motivación, según la STS 1574/2002, de 27-9 y las que cita, cuando (pudiendo elegir):

- Se impone una pena en su mitad superior o se eleva a la superior en grado:
- En aquellos casos en que en igualdad de circunstancias, pero atendiendo a las personales se impone a unos acusados mayor pena que a otros por los mismos hechos.
- O se impone a todos una misma pena cuando en algunos concurren circunstancias modificativas y en otros no.

A lo anterior podríamos añadir:

- Cuando se impone la pena mayor de entre las alternativas.
- Cuando se establece una pena potestativa.

Esa obligación de motivación es menor, hasta el punto que se debilita hasta desaparecer en sus aspectos formales, cuando la pena se impone en el mínimo legalmente previsto (STS 461/11, de 25-5) o cuando se quedan próximas a ese mínimo legal (STS 850/2003, de 11-6).

No obstante lo anterior, la Circular 2/2004, de 22-12, de la Fiscalía General del Estado, vino a decir que los Fiscales “habrán de evitar la mala praxis de solicitar e imponer la pena mínima con total ausencia de razonamiento, con el pretexto de que no se dispone de datos concretos o con la invocación acomodaticia del principio *in dubio pro reo*”.

4. OTROS FACTORES A CONSIDERAR

Acabamos de ver que en la determinación de las penas hay criterios de necesario cumplimiento y otros facultativos. A éstos nos referimos cuando el Código Penal utiliza expresiones como “podrá imponer” o “impondrá la pena... en uno o dos grados”, etc.

Hemos visto también que, incluso en esos casos, a veces da unos criterios en los que basarse, pero otras no. Pero incluso cuando los ofrece, la propia vaguedad o imprecisión de los términos que se utilizan “gravedad, escasa entidad, circunstancia personales, etc.”, hace que finalmente hayamos de tener en cuenta finalmente otros factores para fijar la pena concreta. Creo que a nadie escapa la idea de que lo primero que se plantean los operadores del Derecho en esta materia es si la pena se va a cumplir, a suspender o sustituir; y en el primer caso si va a ser

efectiva o las dificultades que nos vamos a encontrar al respecto y, sobre todo que se adecue a la verdadera entidad de los hechos por los que se impone.

De todo ello tratamos en este apartado.

4.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

Son numerosísimas las Sentencias que hacen referencia a este principio. Destacamos dos. La primera se refiere a él expresamente. La segunda lo pone en relación a otros principios, como el de igualdad – no discriminación y legalidad. y, con remisión a otra, dice que es *el eje definidor siempre de cualquier decisión judicial*.

STS 16-4-2003, nº 555/2003, EDJ 2003/25267

<< En cuanto al principio de proporcionalidad denunciado como vulnerado en la aplicación de la pena, la sentencia de esta Sala 389/97 de 14.3 EDJ 1997/2564 , estima que tal principio supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, incumbiendo el principio de proporcionalidad en principio al Legislador; y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al Juzgador, que no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas si éstas se atemperan a las reglas dosimétricas del CP.

Según se razona en la sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2000 EDJ 2000/31876 , el principio de proporcionalidad de las penas , si bien no tiene un expreso reconocimiento constitucional, es innegable que se tiene en cuenta en nuestro Ordenamiento Jurídico, como directamente derivado del valor justicia, proclamado en el art. 1.1 de nuestra CE, y que integra uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento.

Como criterio general, debe entenderse que la ausencia total de motivación de la individualización de la pena debe determinar la anulación de la sentencia y su devolución al Tribunal de instancia para que subsane tal defecto, según se estableció en las sentencias de esta Sala 1026/98 de 21.9 EDJ 1998/18392 y 1085/98 de 24.9 EDJ 1998/23095. Pero tal devolución no será necesaria cuando el Tribunal de casación pueda inferir de los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulneran el principio de proporcionalidad >>.

S 14-9-2011, nº 934/2011, EDJ 2011/223387

a) *supone un tratamiento discriminatorio* [la no aplicación de la norma más favorable tras la reforma de Código por L.O. 5/2010] en relación a los penados cuya sentencia no sea firme para quienes sí está previsto una adaptación a la nueva legalidad de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la L.O. 5/2010. Discriminación que carecería de justificación más allá de que unas causas hayan tenido una tramitación más rápida que otra, lo que se traduce que a los penados condenados en sentencias firmes no se les revisa, y sí a los no penados en sentencias no firmes.

b) *Tal tratamiento discriminatorio incide, a no dudar, en el principio de proporcionalidad de las penas*. Ciertamente el principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución, sin embargo no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas , y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena . Hay que recordar que como ya declaró una antigua sentencia de esta Sala --STS de 18 de junio de 1998 EDJ 1998/19861 -- *el principio de proporcionalidad "es el eje definidor siempre de cualquier decisión judicial"*, lo que ha sido recordado en sentencias posteriores -- SSTS 500/2004 de 20 de abril EDJ 2004/40402, 747/2007 EDJ 2007/188980 ó 827/2010 EDJ 2010/219322 --. De esta última sentencia retenemos la reflexión de que dicho

principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal.

c) *También la doctrina del Tribunal Constitucional* ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al legislador, declara la STC 53/1985 EDJ 1985/53 que "...el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento...". La STC 55/1996 EDJ 1996/976, recordada en la STC del Pleno 136/1999 EDJ 1999/14094 --asunto mesa nacional de HB-- declara en relación al principio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales "...Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza....".

d) Finalmente, en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* en su art. II-109 - Título VI, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas "...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción....>>".

En virtud de esos principios y a título de ejemplo, si nos encontrásemos, ante un caso de lesiones causadas con un cuchillo en una mano, que sólo han supuesto siete días de curación no impeditivos, con una sutura de dos puntos, precisando luego tan sólo su retirada, de entre los posibles preceptos aplicables (147.1 y 2 y 148.1º CP), es decir, en un abanico de penas que va desde la multa de seis meses a los cinco años de prisión, parece que lo más adecuado al referido principio sería una pena de multa.

Del mismo modo, habrá que valorar si se ajusta o no a ese principio una determinada inhabilitación especial que es potestativo imponer. Por ejemplo, a unos padres que para ir al médico y aunque pudieran haberlo dejado con una vecina, dejan a su hijo de seis años durante una hora al cuidado de otro de trece, en circunstancias que no denoten peligro *ab initio*, si se les condenase por abandono de menores (por ejemplo porque luego los hermanos discuten, se pegan y se hieren), no se debiera imponer, aunque se pueda, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, que sí sería más si se lo dejan sólo toda una mañana dentro de un coche al sol.

Un ejemplo específico del principio de proporcionalidad de las penas que tiene su reflejo escrito en un precepto del Código Penal es el que seguidamente tratamos.

4.2. EL ALCANCE DE LA SANCIÓN CONJUNTA A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y A SUS REPRESENTANTES LEGALES Y ADMINISTRADORES DE HECHO O DE DERECHO

La penalidad de las personas jurídicas, figura de relativa reciente creación puesto que antiguamente regía la máxima de *societas delinquere non potest*, es uno de los puntos más complejos de los que en cuanto a la determinación de las penas se recogen en el Código Penal (de hecho en el Curso al que se presenta esta ponencia, se dedica una en exclusiva a esta materia dada su trascendencia, por lo que aquí nos limitamos a lo que sigue).

De entrada, las personas jurídicas tienen un régimen distinto al de las personas físicas en varios extremos: sólo son responsables en los casos que se digan

expresamente (art. 31 bis.1), sus circunstancias atenuantes no son las mismas (art. 31. bis.4, y en el Proyecto de reforma, 31 quinquies), las penas que se les pueden imponer son diferentes (art. 33.7) y las reglas para aplicación de las penas respecto de ellas, también son singulares (art. 66 bis CP).

En lo aquí respecta, destacaremos que, siendo *la pena de multa* la principal de las que pueden imponérseles (que además tiene o puede tener una duración y extensión superiores: art. 50.3 y 4, y una regulación específica: art. 52.4 y 53.5), resulta que *puede coincidir en el tiempo con la que se imponga a la persona física que actuó por aquélla* (art. 31 bis.2 CP, y en el Proyecto de reforma, 321 ter.1). La solución es que los jueces o tribunales *modularán las cuantías, de modo que la suma no resulte desproporcionada en relación con la gravedad* [de los hechos].

Lo anterior obligará a una investigación doble o paralela de las posibilidades económicas de una y otra, lo que enlaza con el apartado siguiente.

4.3. LA DIFICULTAD Y COSTE DE LA CONCRECIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL SUJETO EN LAS PENAS DE MULTA. CRITERIOS ORIENTADORES

La pena de multa en nuestro sistema penal desde la entrada en vigor del Código de 1995 es el escandinavo, el de los días-multa. Según la Exposición de motivos de éste sirve para fijar la responsabilidad atendiendo a gravedad de los hechos (duración) y la capacidad económica del sujeto (cuantía).

Sirva aquí lo arriba expuesto en orden a la fijación de la pena base y los grados superior o inferior, cuya regulación viene dada por los artículos 33.3 y 4, 33.3.j, 33.7.a (para las personas jurídicas y 70.3.9º, para la duración máxima: 30 meses.

La multa puede ser por cuotas o proporcional. Ejemplo de este último caso es el de las penas por tráfico de drogas: multa del tanto al doble, de tanto al triplo, etc., del valor de la droga.

En relación con lo que planteamos en este punto, la importancia la tiene la multa por cuotas, en tanto que el artículo 50-5 CP exige fijar la extensión de la pena de multa, conforme a las reglas de determinación de la pena del Capítulo II (del Libro I), ya vistas.

Ese precepto añade que *para fijar el importe de las cuotas se tendrá en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.*

Sin duda esa norma está pensada para las personas físicas (su redacción es anterior a la inclusión en el Código de la responsabilidad penal de las personas jurídicas). Aun así, las dificultades de concreción de la capacidad económica del sujeto son enormes.

En ocasiones, sistemáticamente pedimos a los Juzgados de Instrucción que averigüen tal capacidad, con escritos en los que utilizamos frases como “atendiendo al art. 50-5 CP”. Y ¿Cuántas veces se hace? Mejor lo dejaremos sin respuesta...

Y es que atender a esa solicitud, si se quiere hacer bien -y no sólo “dándole a la tecla de un ordenador” para consultar vía telemática los archivos del “Punto Neutro” u oficina similar- implicaría averiguar la actividad laboral del acusado, su ingresos, nóminas, declaraciones de IRPF o de otros impuestos, titularidad de bienes muebles o inmuebles, así como número de hijos o personas a su cargo, préstamos contraídos, etc.

¿Es acaso eso compatible con la rapidez que se demanda de la Administración de Justicia, sobre todo en procedimientos en los que debe imperar la sencillez del trámite como en los Juicios de Faltas (en el Proyecto de reforma, delitos leves) o en las Diligencias Urgentes? Naturalmente, la respuesta es no.

Pensemos que para un simple hurto leve hubiera que hacer todo eso. O que no pudiésemos llegar a una conformidad en el Juzgado de Guardia, por carecer de todos esos datos, de los que, en la práctica, habitualmente se prescinde. A lo sumo se le pregunta al denunciado sobre todos esos extremos, y sus respuestas las creeremos o no, pero no tendremos ocasión de comprobar su certeza en la mayoría de los casos.

Piénsese además en el coste en personal y en medios que supone para la Administración el tratar de averiguar todas esas circunstancias personales en cada caso en el que a un infractor penal se le pide pena de multa. Si ya es difícil para el Ministerio de Hacienda controlar la totalidad de ingresos y bienes de las personas, no hace falta detallar la práctica imposibilidad para la Administración de Justicia de llegar a conocer la verdadera situación económica de todas las que se hayan de enjuiciar y a las que se les solicita pena de multa.

En esos casos en los que se demanda rapidez en el enjuiciamiento, puede haber algún criterio orientativo, como sería, en los delitos contra la seguridad vial, la titularidad del vehículo, si es del acusado, su modelo, marca, antigüedad, etc. Igualmente se podrá tener en cuenta la zona donde vive (que eso sí se puede comprobar en su DNI), etc.

Y si eso es así para las personas físicas, imaginemos las dificultades de determinar su capacidad en el caso de las jurídicas, salvo que nos fijásemos sólo en su capital social, domicilio, número empleados, etc., aunque incluso así, tratar de averiguar no ya sus bienes sino también sus obligaciones, requeriría el estudio de sus libros de contabilidad, balances, etc.; actividad que probablemente llevaría mucho más tiempo que la tramitación del resto del procedimiento penal en sí, así como la necesidad de asesoramiento por peritos economistas.

Para las personas jurídicas, en lo que respecta a la pena de multa, la única especialidad radica, conforme al artículo 53.5 CP, en que se le puede dar un plazo de hasta cinco años para pagarla (a las personas físicas, dos: art. 50.6), cuando su cuantía ponga *probablemente* en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo de la misma, o cuando lo aconseje el

interés general; pudiendo llegar a acordarse su intervención si no la abona voluntariamente o por vía de apremio. Vemos que el precepto dice *probadamente*; lo que nos lleva a la misma consideración de antes: ¿Y como se prueba la situación económica de la empresa, si no es con peritos que se pronuncien a la vista de los datos necesarios?

En definitiva, en la gran mayoría de los casos, a la hora de pedir y aplicar la pena de multa, habrá que conformarse con los escasos elementos que comúnmente se disponen para valorar la capacidad económica del sujeto, con lo que no se cumplirá la previsión legal al respecto, por inviable en la práctica. Por eso decimos que es un factor a tener en cuenta.

En cualquier caso, veamos unas cuantas referencias jurisprudenciales y de la FGE en este campo:

Empezando por esta última, en la Circular 2/2004, de 22-12, se analiza la jurisprudencia sobre la necesidad de investigación de las disponibilidades económicas, que no tiene que ser exhaustiva, de la falta de datos, que no implica que haya de imponerse automáticamente la pena en el umbral de su mínima extensión, el cual debe quedar reducido para casos extremos de indigencia o miseria, y la posibilidad de deducir el potencial económico de una persona costeado su propio Abogado.

Y algunas sentencias:

STS DE 14/4/98, EDE 98/1719.

<< Para perfilar debidamente la situación económica de las personas implicadas en hechos delictivos, es necesario introducir urgentemente reformas procesales que permitan agilizar y perfeccionar la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, pero mientras estas modificaciones llegan, debemos partir de lo que existe que no es otra cosa que la insatisfactoria forma de determinar el patrimonio e ingresos de los acusados y condenados.

En todo caso *la insolvencia declarada no es obstáculo para que la cuantía del día multa se fije en cantidades que superen el mínimo legal*, siempre que las consecuencias derivadas del impago no resulten manifiestamente desproporcionadas>>.

En parecidos términos la STS 3/3/98, nº 283/1998, que sancionó con 5.000 ptas./día, confirmando el TS la sentencia de instancia aunque ésta no expresaba las circunstancias personales económicas del acusado, aunque sí dijo que había obtenido 400.000 ptas. de unas ventas y la cuantía de 5.000 ptas. citada se aproxima más al mínimo que al máximo.

Otras sobre la cuantía:

Desconociéndose la capacidad económica del acusado. 6 €, cantidad mucho más próxima al mínimo que al máximo y que se considera justa en estos casos. STS 1207/98, 7/4/99, 200/2000 de 24 de febrero, 1800/00 de 20 de noviembre y 1377/01 de 11 de julio.

STS 7/4/99, EDE 1999/8570:

El acusado tenía coche propio y un apartamento. Se fija la cantidad de 2000 ptas. / día notoriamente más próxima al límite inferior que al superior. Se confirma.

Sobre la fundamentación: Debe motivarse la cuantificación diaria. STC 108/2001, de 23 de abril y 108/2005, de 9-5.

Y la S 28-1-2005, nº 49/2005, EDJ 2005/4964, resumió al detalle lo relativo a la cuantía y su razonamiento:

<< No podemos olvidar, en ese sentido, que si bien algunas Resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (STS de 3 de octubre de 1998 EDJ 1998/20161 , por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, de doscientas a cincuenta mil pesetas, *la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, por ejemplo en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento* (STS de 26 de octubre de 2001 EDJ 2001/36748). Interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes SSTS de 20 de noviembre de 2000, EDJ 2000/39251 y 15 de octubre de 2001, EDJ 2001/38468, que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que "Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva".

A su vez, la STS de 11 de julio de 2001 EDJ 2001/15483 insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

"El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo".

Como señala la Sentencia núm. 175/2001 de 12 de febrero EDJ 2001/3000 , con ello *no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado*, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999.

Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, *el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria*, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de mil pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la referida sentencia de 7 de julio de 1999 *si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer*

escalón iría de 200 a 5.180 ptas., por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas., ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto >>.

4.4. LA PROBLEMÁTICA DEL CUMPLIMIENTO DE ALGUNAS PENAS

4.4.1. Los trabajos en beneficio de la comunidad

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en la actual redacción del artículo 49.1º CP se configuran *como actividades de utilidad pública que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación del daño causado o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.*

En el primer aspecto, salvo que se refiera a hechos distintos del que fue objeto de sanción, se estaría confundiendo la pena con la responsabilidad civil en su modalidad de reparación de daño (artículos 110.2º y 112 CP), que podría imponerse al penado: piénsese por ejemplo en el deslucimiento de bienes cuando no se abona la indemnización por ello y que pudiese imponerse al autor como obligación de hacer (no como pena) con la expresada finalidad.

Por otra parte habrá que tener en cuenta si se dan los presupuestos necesarios a que alude el artículo 49, por ejemplo, si es un delito de seguridad vial, que se trate de trabajos relacionado con asistencia a víctimas de esos delitos. Carece de sentido el que al responsable de un accidente de circulación se le mande, por ejemplo, a limpiar jardines.

También habrá que ver si las penas de trabajos se vienen cumpliendo en ese lugar o provincia en los términos reglamentariamente previstos (Real Decreto 840/2011, de 17 de junio).

Así, el artículo 6 del mismo, dice que

1. Cada jornada tendrá una duración máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración y el plazo en el que deberán cumplirse las jornadas, se valorarán las cargas personales o familiares del penado, así como sus circunstancias laborales y, en el caso de programas o talleres, la naturaleza de los mismos.

2. La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, se podrá contemplar el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días.

También habrá que valorar en ese sentido las posibilidades o no de colaboración al respecto por parte de entidades como Ayuntamientos, ONGs, Cruz Roja, Asociaciones de defensa de animales u otras públicas o privadas, y la existencia de convenios o no a tal efecto, porque de ello puede depender un eficaz control del cumplimiento de la pena, además, sobre todo, de su efectividad.

En el segundo aspecto previsto en el art. 49 CP (participación en programas formativos), podría confundirse también con la medida de seguridad del 106.1.K), o con una de las condiciones que se pueden poner para la suspensión de la pena privativa de libertad (artículo 83.1.5º) o su sustitución (art. 88, que en el Proyecto de reforma se deja sin efecto como tal, regulando la sustitución junto con la suspensión de penas en el nuevo artículo 84). Por ello, cuando se pueda optar entre prisión o trabajos, dado que se puede llegar a lo previsto para éstos bien directamente, bien como sustitución de aquella, habrá que tener claro por qué inclinarnos por una u otra (por ejemplo, por la gravedad de los hechos) ya que las consecuencias de su incumplimiento serían distintas: si la pena directa es de trabajos, quebrantamiento de pena no privativa de libertad, del 468.1 inciso 2º CP (castigado con multa); mientras que si era un deber impuesto asociado a la suspensión, podría suponer la revocación de ésta y cumplimiento de la pena de prisión suspendida (art. 84.2.c; en el Proyecto, 86.1.c).

Recordemos que la Circular FGE 2/2004, de 22-12, dice que si los trabajos son sustitutivos de la pena de prisión, su quebrantamiento no da lugar a la deducción de testimonio, por el 88.2, sino al cumplimiento de aquella.

4.4.2. La localización permanente

Conforme al artículo 37 CP, se puede cumplir en el domicilio, en otro lugar que se designe o en el Centro Penitenciario (sábados y domingos, si es pena principal). En este último caso habrá que estar también a lo dispuesto en el citado Real Decreto 840/2011.

Si es en el lugar que se designe por el Juez (art.37.1), habrá de ser en alguno que permita la comprobación, v. gr., acudiendo los agentes policiales a dicho lugar a tal efecto en días y horas no predeterminados, sobre todo cuando no se disponga de los dispositivos electrónicos a que se alude en el 37.4. Por ello, si se trata de persona que no tiene domicilio conocido o que no puede facilitar uno, si se puede optar por otro tipo de pena, debería evitarse ésta.

4.5. LA CONCURRENCIA SIMULTÁNEA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En el caso de exención de responsabilidad criminal, obviamente no se les impone pena, aunque sí conforme a los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP se les aplicará si fuese necesaria, o se les podrá aplicar, dicen los arts. 101 a 103, la medida de internamiento en el centro respectivamente adecuado, aunque luego se pueda sustituir por otras no privativas de libertad (art. 105 y 106).

· La cuestión a que nos referimos en este apartado está referida a los casos de concurrencia de pena y medida de seguridad, *en caso de eximente incompleta* del referido artículo 20.1º, 2º o 3º, por disposición del 104 a 106, en relación con el 95 CP. Las medidas pueden ser privativas de libertad o no (estas últimas, las del 96.3, entre ellas la libertad vigilada, en sus modalidades previstas en el 106). La medida privativa de libertad sólo podrá aplicarse si se impuso pena de esa

naturaleza y por un tiempo que no supere al de la pena de prisión prevista por el Código para el delito por el que se sanciona.

Aquí, lo primero que hay que tener en cuenta es que *el límite de la medida de internamiento no es el de la pena privativa de libertad concretamente impuesta* (que será uno o dos grados inferior a la pena tipo, por aplicación del art. 68 CP), *sino el de la pena en abstracto que corresponda al delito* (el máximo, sin contar esa disminución). Así, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 31-3-2009 y STS 1170/2004, de 18-10, 473/2009, de 22-4 y 603/2009, de 11-6.

Recordemos que es facultativa la imposición de las medidas (STS 992/2000, de 2-6). Es claro, pues el 104 dice “podrá” imponer además...

Y que, impuesta la de internamiento, se ha de alzar cuando devenga innecesario (STC 12/1988, en relación con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8-6 y STS 2442/1993, de 29-10).

Si ha de perdurar el internamiento pero ha habido mejoría por alcanzar el penado conciencia de su enfermedad y someterse al tratamiento adecuado, pese a ello no es procedente que pase a Centro ordinario, abandonando el Hospital Psiquiátrico Penitenciario, pues eso lo impide el tenor literal del 96.2.1º, que habla de centro psiquiátrico, y porque los ordinarios carecen de equipo multidisciplinar de seguimiento (Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, Madrid 10 y 11 de 2013).

Para aplicarla, según señala el propio art. 104, habrá que estar a lo dicho en el 99: se abonará el tiempo de cumplimiento de la medida como tiempo de cumplimiento de la pena, y una vezalzada la medida se podrá suspender el cumplimiento de la pena o sustituirlo por otras medidas, las del 96.3 (las no privativas de libertad).

· Caso distinto es el de las medidas que han de ejecutarse *después* del cumplimiento de la pena privativa de libertad (art. 98 en relación al 95 CP), como se deduce también del 106.2 (que dice, “sin perjuicio de lo dispuesto en el 105”, que a su vez se remite al 101 a 104, casos antes vistos de exención completa o incompleta de responsabilidad criminal). Se refiere a la *libertad vigilada* que opera cuando así lo disponga de manera expresa el Código, como en el caso del 192, por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, cuya imposición es obligatoria si se condena por más de un delito y facultativa en el caso de delincuente primario, según expresa.

En consecuencia, queremos destacar en este punto que a la hora de fijar la pena a imponer, habrá que valorar en estos casos la conveniencia o no de simultanear la sanción con una medida de seguridad y cuál de ellas (sin perjuicio de que luego puedan ser sustituidas por otras si así resulta conveniente, como prevé el artículo 97 CP).

· Al concederse la libertad condicional, también se prevé que se puedan acordar por el Juez de Vigilancia alguna de las reglas de conducta previstas en el artículo

83 (en materia de suspensión de condena), o las medidas -no privativas de libertad- del 96.3.

4.6. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO O DE SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS

El Código Penal, en su redacción aun vigente diferencia entre la suspensión de condena (arts. 80 a 87) de la sustitución de penas (88 y ss.).

En el Proyecto de reforma del Código se suprime el artículo 88, y la sustitución de penas pasa a contemplarse como una de las posibles condiciones para otorgar la suspensión (pagando una multa o realizando trabajos en los términos que el nuevo artículo 84 establece). Mas no habla ahí de penas, sino de *prestaciones o medidas*.

Como de esas cuestiones trata otra ponencia específica en este curso, nos limitamos a ver aquí la posibilidad de acordarlas o no y cual de ellas y algún otro posible problema, teniendo en cuenta que no cabe duda de que en la mente de quien solicita la imposición de una pena, en la del Juez o Tribunal que la ha de imponer y, sobre todo en la del acusado y su Defensa, subyace la idea de si ha de entrar o no a cumplir una pena privativa de libertad, que podría evitar por estas vías.

4.6.1. ¿Sí o no?

Con ese interrogante quiero referirme a si es o no *obligatorio* conceder la suspensión o sustitución de la pena, cuando se dan los presupuestos legales. Si nos atenemos al tenor literal del artículo 80 CP (...*podrán dejar en suspenso*), y del 88 -hasta la reforma- (...*podrán sustituir*), es claro se trata de algo facultativo.

Pero ni la concesión ni la denegación han de ser automáticas. Hay que motivarlas, para que no sean arbitrarias (ambas). Así, en materia de suspensión, aunque el Código se refiera solo a la resolución motivada en caso de suspensión: V. SSTC 224/1992, de 14-12, 115/1997, de 16-6 y 2027/2004, de 15-11. El TC lo que puede controlar es la arbitrariedad de la decisión, no revisar la procedencia o no (STC 436/1987 y 90/1986).

La concesión se ha de basar en la concurrencia de los requisitos legalmente previstos. ¿Pero basta razonar que concurren? ¿Si se dan ha de ser automática? Entiendo que no, pues de lo contrario el Código no utilizaría la expresión *podrán* sino otras como *concederán*.

Si, en definitiva, es facultativo el conceder o no la suspensión o sustitución (ésta última, en el Proyecto de reforma del CP, ligada a la anterior, insisto), deberá no sólo decirse que concurren los requisitos sino por qué se otorga. E igualmente, en caso de denegarse, si es por ausencia de alguna de las exigencias legales al respecto o, por qué motivo si, aun concurriendo todas ellas, se deniega.

De esa forma evitaremos *la tentación* de imponer pena superior a dos años de prisión (por ejemplo, dos años y un día), para evitar la posibilidad de suspensión

de condena. Se puede pena de menor extensión y obligar a que se cumpla sin conceder la suspensión cuando de la naturaleza del hecho y las circunstancias penales del autor, resulte lo más razonable.

Sí hay un caso de sustitución obligatoria, que es cuando se impone una pena de prisión inferior a 3 meses. Se contempla en el artículo 71 CP, que en el Proyecto de reforma tiene una redacción distinta (lo cual es lógico al vincularse a la suspensión). Ahora, en vez de remitirse “a la sección 2ª del capítulo II de este título” dice directamente *sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa, un día de trabajos en beneficio de la comunidad o un día de localización permanente*.

4.6.2. **¿Suspensión sin más o sustitución?**

En los términos en que estaban redactados los preceptos respectivos, la decisión era facultativa, siempre que se cumpliesen los requisitos respectivos, pudiendo en ambos casos imponer alguna o algunas de las observancias o deberes previstas en el artículo 83.

En su redacción vigente (antes de la proyectada reforma), el art. 71 CP permite que, tras la sustitución obligatoria por ser la pena de prisión impuesta inferior a tres meses, se otorgue la suspensión, en los casos que proceda (v. gr., por insolvencia si lo que se impuso al sustituir la pena, fue una multa).

Tras la reforma, se podrá sujetar al suspensión, como decíamos, además de a las condiciones previstas en el artículo 83, a unas prestaciones o medidas, entre ellas el pago de una multa o realización de trabajos en beneficio de la comunidad que fijará el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, con un día de trabajo por cada uno de prisión, con un límite de dos tercios.

4.6.3. **La problemática de la posible decisión por un órgano jurisdiccional (Juzgados de Ejecutorias) distinto del sentenciador**

En algunas ciudades operan los llamados Juzgados de Ejecutorias, que sin duda pueden ofrecer algunas ventajas como es la de tener un mayor control sobre algunos extremos necesarios para el cumplimiento de algunas penas (por ejemplo, multas, alejamientos, etc.) y también en lo relativo a la insolvencia o no de las personas obligadas a cumplir con responsabilidades civiles derivadas de las infracciones penales.

En estos casos, aun así, habrá ocasiones en que el propio órgano sentenciador decida de inmediato la suspensión o no, pero otras no será posible y pasará al de Ejecutorias, por ejemplo si ha de analizarse previamente la solvencia del penado para ver si tiene o no medios para haber satisfecho las responsabilidades civiles.

Pero pueden suponer algún “inconveniente” en el caso de tener que ser decidida por ellos la suspensión y sustitución de las penas (o, tras la reforma, suspensión con prestaciones o medidas). Y ese podría ser el caso de que el juzgador hubiese impuesto una pena de menos de un año por aplicación de los preceptos oportunos

del CP., pero en su mente estaba el cumplimiento de la misma; siendo que quien decide sobre la suspensión es otro que no ha conocido todos los avatares del juicio. Algo parecido puede ocurrir con la valoración de lo que trato en el siguiente apartado (que puede decidirse en la sentencia o en auto posterior a la firmeza de la misma)

4.7. LA POSIBLE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL DEL EXTRANJERO SIN RESIDENCIA LEGAL

El artículo 89 del CP vigente contempla la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, por la expulsión del territorio español. La prevé como obligatoria (*serán sustituidas*, dice). Aunque luego matiza: *salvo que aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España*.

También prevé la expulsión para el caso de llegar al tercer grado penitenciario o al llegar a las tres cuartas partes de condena.

También se prevé la expulsión como sustitutiva de la medida de seguridad impuesta (arts. 96.3.2ª y 108 CP).

El Proyecto de reforma da una nueva redacción a este tema de la expulsión de extranjeros no residentes, dando una nueva redacción al artículo 89, de lo que destacamos:

- Se fijan otros límites: pena de más de un año.
- Se distingue si se trata de ciudadano de la Unión Europea o no. La primera sólo procederá si supone una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.
- Se añaden requisitos si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión.
- Se prevé la decisión sobre el cumplimiento de parte de la pena en España.
- Establece la excepción la expulsión en caso de que por el arraigo que tenga resulte desproporcionada.
- E impide la sustitución si las penas se han impuesto por los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis. (trata de seres humanos, tráfico ilegal de mano de obra, determinación a la emigración con engaño y contra los derechos de los trabajadores extranjeros).

4.8. EL CUMPLIMIENTO DE PENAS EN EL EXTRANJERO CONFORME A LA LEY 23/2014 SOBRE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

La reciente publicación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento de resoluciones judiciales penales de la Unión Europea* ha supuesto la implementación o transposición a nuestro orden ámbito jurídico una

serie de Decisiones Marcos cuyo plazo para trasposición ya había sido superado ampliamente por el Estado español.

Entre ellas:

- DM 2008/909/ JAI de 27 noviembre 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, conocida como la referente al traslado de personas condenadas.

- DM 2008/947/JAI de 27 noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada

- DM 2009/999/JAI de 26 febrero 2009 por la que se modifican las DM 2002/584/JAI, 2005/214/ JAI, 2006/783/ JAI, 2008/999/ JAI y 2008/947/ JAI destinadas a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de la resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

-DM 2009/829/ JAI de 23 octubre 2009 relativa a la aplicación entre los estados miembros de la UE del principio de reconocimiento mutuo a la resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional

- La relativa al exhortó europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

- y la Directiva 201/999/UE de 13 diciembre 2011 sobre la orden de protección europea.

En lo que afecta a esta ponencia (aunque está prevista otra específica al respecto en este curso), hemos de destacar de la mencionada Ley 23/2014 lo relativo a la posibilidad del cumplimiento en el extranjero de determinadas penas impuestas por juzgados y tribunales españoles (lo mismo se prevé a la inversa). Y en particular las derivadas de:

· Resoluciones por la que se impone una pena o medida privativa de libertad (Título III).

· Resoluciones en las que se acuerda la libertad vigilada (Título IV).

· Y resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias (Título IX).

En cuanto a la primera (arts. 63 y ss.), se prevé que es una facultad de la autoridad judicial española competente, previo *consentimiento* del condenado (con las excepciones que prevé la Ley).

La segunda (arts. 96 y ss.) está prevista para cuando el condenado ha regresado al Estado donde reside legal y habitualmente.

Respecto de las terceras (arts. 173 y ss.) se incluyen no solo las multas, sino también cantidades para fondos públicos o de apoyo a víctimas, distintas de lo concerniente a la responsabilidad civil y el decomiso. Y se dice al regular el procedimiento que sólo se podrá dirigir a un Estado de ejecución cada vez.

Mas lo relevante a los efectos que comentamos (la necesidad de valorar estas posibilidades), se acentúa si tenemos en cuenta que *no todos los Estados de la Unión Europea han transpuesto o implementado las Decisiones Marco (o todas ellas), por lo que habrá que ver primero a qué Estado habríamos de dirigirnos en cada caso, para saber, a la hora de fijar una pena, si se va a poder cumplir o no en el extranjero*. Es más, hay Estados que lo han hecho sólo con algunas (v. gr.,

Alemania sí la de sanciones pecuniarias, pero no las otras de las que hablamos; o Italia: no la de sanciones pecuniarias ni la de libertad vigilada, pero sí la de penas privativas de libertad). Puede consultarse al efecto la Nota informativa que facilitó la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado en diciembre de 2014.

4.9. LA CONVENIENCIA DE LOGRAR LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO

4.9.1. Voluntad del legislador

Otro de los factores que se han de tener presentes al solicitar una determinada pena correspondiente a una infracción penal, es la posibilidad de obtener la conformidad del acusado.

Esa posibilidad viene recogida de antiguo en nuestro sistema procesal penal y plasmado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se ha ido reforzando en sus sucesivas reformas.

4.9.2. El Protocolo de conformidades

Hasta tal punto las instituciones relacionadas con la Administración de Justicia consideran oportuno facilitar las conformidades, que el 1 de abril de 2009, se suscribió entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española el Protocolo de actuación para juicios de conformidad.

En él se analizan las diferentes posibilidades de llegar a un acuerdo entre acusaciones y defensas, con la anuencia, claro, de los acusados. Dice a tal efecto:

<< Su regulación [de la conformidad] originaria y esencial se recoge en los artículos 655 y 688 a 700 de la Ley Procesal penal (...) El principio de consenso sigue existiendo como incidencia que se produce en la fase preparatoria del juicio, tras la apertura del juicio oral, en momentos casi coincidentes a los previstos en la regulación original, así: en el trámite de evacuación del escrito de defensa (artículo 784.3, párrafo 1); mediante la novedad que representa el posible escrito de calificación suscrito por acusación y defensa, fruto de la previa negociación, que se incorpora a la causa en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (artículo 784.3, párrafo 2); y, finalmente, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba (artículo 787.1).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene el ámbito de aplicación que la conformidad ordinaria tenía en la regulación precedente. Las reglas del presente Protocolo se observarán igualmente en el procedimiento de sumario ordinario, en cuanto resulten aplicables, ya sea para la conformidad prevista en el artículo 655 LECrim., ya sea para favorecer el acuerdo de la acusación y la defensa que permita la confesión del reo con renuncia a la continuación del juicio que se regula en el artículo 688 >>.

Y dice expresamente que *la conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionado al acusado dispuesto a reconocer la*

culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización.

No en vano, los propios servicios de la Inspección Fiscal de la FGE vienen estudiando con los datos estadísticos que manejan, el número o proporción de asuntos en los que ha habido conformidad, advirtiendo de la conveniencia de ello.

4.9.3. Actitudes que la fomentan

Es lógico pensar que, conforme a lo anterior, uno de los modos de conseguir un mayor número de conformidades que agilicen la Administración de Justicia y faciliten la resocialización del reo, será la de pedir las penas en extensiones adecuadas para que ello sea posible.

No me refiero a pedir penas muy elevadas para así provocar la conformidad ante el riesgo de sanción con una mayor. En todo momento las penas que se solicitan son las que se consideran adecuadas de acuerdo con lo previsto en el Código Penal y con los criterios aquí expuestos hasta ahora.

Me refiero más bien a otras posibilidades. Por ejemplo, dado que la más efectiva es la conformidad obtenida en el juzgado de guardia, en trámite de juicios rápidos -pues para el reo le supone la rebaja de un tercio de la pena solicitada y para todos el evitar las citaciones de testigos, la celebración del juicio, etc.- se puede valorar dar a elegir al acusado, cuando el delito está sancionado con penas alternativas (v. gr., trabajos en beneficio de la comunidad o multa), aunque siempre que ambas penas puedan ser efectivas (téngase en cuenta lo dicho en apartados anteriores al respecto sobre los trabajos).

Y en el caso de penas de multa, ofrecer razonables posibilidades de fraccionamiento.

Mucho más eficaz viene siendo en la práctica, sobre todo cuando se trata de penas conjuntas y respetando que ambas han de sufrir la misma suerte en orden al grado en que se han de imponer, ofrecer la opción de elegir cuál quiere que sea de menor extensión de entre ellas y cuál mayor. Me refiero a los casos en los que por la entidad del hecho no sea lo más correcto acudir a las pena mínimas en ambas. Eso es muy útil en los delitos contra la seguridad vial, en los que se puede preguntar qué prefiere bajar más si la privación del permiso a conducir vehículos de motor y ciclomotores o la otra pena (multa, trabajos o prisión). Como esas preferencias dependerán de las circunstancias personales de cada uno, el darle esa opción de elegir, generalmente facilita el acuerdo.

4.9.4. Límites

Además de los legalmente establecidos, como el previsto para los juicios rápidos de no exceder de dos años la pena o suma de ellas una vez rebajado el tercio (art. 801.1.3º LECrim), hay que tener en cuenta que el hecho de ser bueno que haya lograr una conformidades, no debe llevar extremos que la haga irracional

Así, la rebaja del tercio prevista en el art. 801.2 de la Ley Procesal citada, no tiene que partir necesariamente de la mínima extensión prevista por el Código para la conducta de que se trate. Ello podría llevar a consecuencias que pusieran de manifiesto la infracción de principios como el de proporcionalidad de las penas, entre otros. Por ejemplo, supongamos que en un mismo servicio de guardia se han incoado Diligencias Urgentes por sendos delitos del art. 379.2 CP. Que uno de los denunciados haya dado una cifra de 0,70 y 0,71 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en un control preventivo, con leves signos externos de intoxicación etílica, y que otro, haya dado 1,1 y 1,2, después de haber infringido algunas normas de tráfico y apenas pueda mantenerse en pie. En los dos se podrá llegar a una conformidad, y habrá de intentarse, pero no partiendo en ambos de la pena mínima y sobre ella rebajarle el tercio.

En definitiva, este factor de procurar que se logren conformidades es uno más a valorar entre los que hemos escrito a lo largo de esta ponencia.

Alicante, marzo de 2015