

## **UNIDAD DE ACCIÓN Y RESULTADOS HOMOGÉNEOS: ¿CONCURSO REAL DE DELITOS?**

---

*Alfonso Ortega Matesanz*

*Investigador Predoctoral UVa*

I.- Introducción. II.- El objeto de valoración para la teoría del concurso de delitos: El concurso ideal homogéneo. III.- El presupuesto fáctico del concurso: ¿acción o hecho? III.I.- El concepto de acción para la teoría del concurso de delitos. IV.- La admisibilidad del concurso ideal homogéneo en la doctrina del Tribunal Supremo. V.- Conclusiones.

### **I.- Introducción**

---

Varias son las cuestiones que plantea la teoría del concurso de infracciones. Desde su formulación hasta sus consecuencias jurídicas, comenzando, inclusive, por su controvertida ubicación sistemática dentro de la teoría del delito, de la teoría de la pena o a caballo entre ambas. De todas ellas, además del continuo e inacabado debate –y sin visos de una solución legislativa a corto plazo– sobre cuál es el sentido de aplicar un tratamiento penológico diferenciado para las dos grandes modalidades concursales, real e ideal, resulta substancialmente interesante el concurso ideal homogéneo, especialmente por la solución *extra legis*, amparada y exigida por una parte de la doctrina, que ha amplificado recientemente el Tribunal Supremo para aproximar las consecuencias de aquel a las del concurso real.

### **II.- El objeto de valoración para la teoría del concurso de delitos: El concurso ideal homogéneo**

---

Aunque el legislador recurre al silencio positivo, entendemos que «*hay concurso de delitos cuando un sujeto ha cometido una pluralidad de infracciones a través de uno o de varios hechos, siendo necesaria la aplicación de todos los tipos concurrentes para abarcar plenamente la totalidad de la situación antijurídica, siempre que, además, no medie sentencia condenatoria entre los delitos en concurso*». Los requisitos que deben concurrir son los siguientes: a) unidad subjetiva; b) pluralidad de infracciones; c) unidad o pluralidad del objeto valorado por aquellas; y d) unidad de enjuiciamiento<sup>1</sup>.

El objeto de la valoración puede ser unitario o plural, dando así lugar a las dos grandes hipótesis concursales: ideal y real<sup>2</sup>. La cuestión más importante, en este momento, consiste en determinar cuál es el presupuesto fáctico del concurso, su base, es decir, si la pluralidad de delitos surge de un único hecho o de varios, porque la presencia de una y otra clase de concurso depende fundamentalmente de la existencia o inexistencia de unidad de acción o de hecho<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982, pág. 8.

<sup>2</sup> Ib. pág. 8.

<sup>3</sup> Por todos, ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, traducción directa del italiano por Juan DEL ROSAL y Ángel TORÍO, UTEHA, Buenos Aires, 1960, pág. 166.

La doctrina mayoritaria entiende que estamos en presencia de un concurso ideal o formal de delitos cuando una única acción es constitutiva de una pluralidad delictiva, mientras que el concurso real o material se ilustraría negativamente sobre la base del ideal, *per exclusionem*<sup>4</sup>, pues, en contra de la unidad de acción que integra el presupuesto del concurso formal, en el material se habrán puesto de manifiesto varios delitos a través de una pluralidad de acciones o de omisiones. La unidad de hecho, característica del concurso ideal, definida como identidad absoluta o parcial en el presupuesto del tipo objetivo, constituye la frontera entre las especies concursales<sup>5</sup>. También en relación con el concurso de normas, donde aquellas realmente no concurren, sino que alguna desplaza al resto en su aplicación en virtud del principio de prohibición de la doble valoración, resultando suficiente aquella para abarcar la totalidad de la situación antijurídica.

En el concurso ideal, la consideración de uno solo de los tipos es insuficiente para colmar el desvalor jurídico-penal del hecho. SANZ MORÁN<sup>6</sup> efectúa la siguiente precisión en relación con el concurso ideal homogéneo: cuando una acción produce múltiples resultados típicos homogéneos estaremos ante un único delito *«siempre que el tipo en cuestión incluya la elevación cuantitativa del objeto de ataque»*, como ocurre con los delitos patrimoniales y en los delitos de peligro abstracto; mientras que estaremos ante un verdadero concurso ideal homogéneo en los supuestos de *«delitos contra bienes jurídicos suprapersonales y, en general, delitos contra bienes jurídicos que tienen un valor individual propio»*.

Al concurso ideal se refiere el legislador en el art. 77.1 CP cuando habla de los supuestos en que *«un solo hecho constituya dos o más delitos»*. Se discute si en dicho precepto, a efectos punitivos, encaja el concurso ideal homogéneo. Por ahora baste señalar que, por concurso ideal homogéneo, al menos en teoría, se comprenden los supuestos de unidad de acción con violación múltiple del mismo tipo penal.

El artículo 77.2 CP limita la penalidad, que no el cumplimiento de las penas en sentido estricto, mediante la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (*absorción agravada*), sin que esta pueda exceder de la pena que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones (*acumulación material*). En ese último caso, si la pena computada excede de dicho límite, las infracciones se sancionarán por separado al ser más beneficioso para el reo.

Simplemente señalar, con SANZ MORÁN<sup>7</sup>, aunque luego lo veremos con mayor claridad, que tres son las teorías que han tratado de *calificar* la realización múltiple del mismo tipo penal mediante una única acción. La primera de ellas, bajo la consideración de que hay tantas acciones como bienes jurídicos lesionados, considera el concurso ideal homogéneo como un concurso real. La segunda, sobre la hipótesis de la equivalencia *unidad de acción y unidad de delito*, con independencia del número de lesiones normativas, entiende que estamos ante un delito unitario. La tercera y última, en

---

<sup>4</sup> MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, nueva edición revisada y puesta al día por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, Vol. II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 358.

<sup>5</sup> COBO DEL ROSAL, M.,/VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general (edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983)*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, pág. 648.

<sup>6</sup> *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, pág. 151.

<sup>7</sup> *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...Ob.cit.*, pág. 149-150.

cambio, entiende que estamos ante un supuesto asimilable al concurso ideal heterogéneo, en tanto que la unidad o pluralidad de delitos no puede quedar sujeta al carácter homogéneo o heterogéneo de los resultados.

### **III.- El presupuesto fáctico del concurso: *¿acción o hecho?***

---

A la hora de caracterizar el concurso de delitos no es baladí su cimentación sobre la base de la *unidad de acción* o la *unidad de hecho*. Sin perjuicio de que consideremos que se trata de expresiones equivalentes, sinónimas, la preferencia por una u otra encierra, aunque con ciertos matices, la inclusión del resultado y la propia admisibilidad del concurso ideal homogéneo.

GONZÁLEZ RUS<sup>8</sup> afirma que la preferencia por el *hecho* no es casual, sino que está íntimamente relacionada con el contenido del sustrato fáctico que constituye el presupuesto del concurso real de delitos (pluralidad de acciones o de omisiones y pluralidad de delitos), pues en realidad se alude al modo en que es contemplado el comportamiento humano. En ese sentido, puede decirse que el *hecho* es más amplio que la *acción* porque un hecho puede comprender varias acciones u omisiones.

Para MIR PUIG<sup>9</sup> la *unidad de hecho* ostenta la ventaja sobre la *unidad de acción* en tanto que permite vincularla a la unidad típica, sin desconocer que el tipo describe a menudo varias acciones: «*Toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos*». El *hecho*, siguiendo esa tesis, se correspondería mejor con los casos de «*unidad típica de acción*» –donde el tipo hace de unión o de abrazadera entre toda la actividad delictiva–, con los delitos de varios actos, los compuestos, etc., en los que a pesar de existir múltiples acciones mecánicas en el plano natural estas se valoran como un único hecho<sup>10</sup>.

Algunos autores, herederos del pensamiento de la *terza scuola* italiana, consideran que el *hecho* es preferible sobre la *acción* porque el primero remite a la totalidad de la valoración y no a la valoración misma, mientras que la segunda, al menos en sentido estricto, apunta solamente a la fase ejecutiva<sup>11</sup>. Una interpretación tal supone que el *hecho* debería ser entendido como un proceso, como un todo, que no engloba solamente el modo en que aparece contemplado el comportamiento humano ni se reduce únicamente al momento ejecutivo, sino que comprendería las fases causal y

---

<sup>8</sup> “Artículos 73 y 75 al 78”, en COBO DEL ROSAL, M., (director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, pág. 938.

<sup>9</sup> *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición a cargo de Víctor Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011, Lección 27, 4.

<sup>10</sup> “Artículos 73 y 75 al 78”... Ob.cit., pág. 938.; GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, CEDECS, Barcelona, 1995, pág. 277. SUÁREZ LOPEZ, J.M., *El concurso real de delitos*, Edersa, Madrid, 2001, pág. 71 y ss.; JOSHI JUBERT afirma que nuestro CP en ningún momento emplea la *unidad de acción*, sino que habla de un *hecho* o del *hecho*. A través de ello, la autora llega a la conclusión de que un solo *hecho* puede estar constituido por diversas acciones u omisiones. Un sujeto puede realizar, dice la autora, una pluralidad de acciones y omisiones y existir un solo hecho. Considera, por ello, innecesarias las artificiosas construcciones de unidad de acción en sentido amplio y de unidad de acción en sentido estricto, «*pues en ambos casos y con independencia de los distintos movimientos corporales existentes, del número de acciones y omisiones que haya realizado el sujeto estaremos frente a un solo hecho porque así lo dice el tipo legal [...] Por ello también es más adecuado el término hecho, que refleja algo ya acabado, que el de acción, que quizás pone más el acento en lo que se está haciendo, denota más la actividad*», ADPCP, Fasc/Mes 2, 1992, pág. 618.

<sup>11</sup> COBO DEL ROSAL, M.,/VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*...Ob. cit., pág. 644. Añaden, sin embargo, que no puede desconocerse que la acción es el núcleo esencial del hecho, por lo que la configuración del concurso sobre la base de la acción, en sentido amplio, la reputan como no errónea.

efectual, es decir, el resultado<sup>12</sup>. La acción, por contra, quedaría reducida al momento ejecutivo. Esta tesis, como hemos anticipado, considera en su versión más radical que estaremos ante un concurso real de delitos cuando los resultados sean múltiples y la acción unitaria.

### **III.I.- El concepto de acción para la teoría del concurso de delitos**

---

El concepto de acción de la teoría del concurso de delitos es de carácter valorativo. Nos interesa conocer aquí cuándo una pluralidad de movimientos corporales puede ser objeto de una valoración unitaria<sup>13</sup>, lo que dependerá fundamentalmente del significado que queramos atribuir a la *acción*.

Varias son las teorías que han tratado de descomponer el comportamiento humano en una *única acción* o en una *pluralidad* de ellas a efectos concursales<sup>14</sup>. Parece irrefutable, en primer lugar, que el concepto de *acción* propio de la teoría del delito es ineficaz para determinar cuándo estamos ante una o varias acciones, pues su finalidad es marcar qué presupuestos son necesarios, como mínimo, para considerar un comportamiento como acción con relevancia jurídico-penal, así como los requisitos que deben confluir para considerar aquellas como tales<sup>15</sup>, lo que en parte dependerá del concepto de acción defendido (causal, final, etc.).

Rechazado también un criterio fisiológico, extremadamente naturalista que nos llevaría a entender que cualquier movimiento muscular daría lugar a tantas acciones o hechos en sentido penal, pudiendo llegarse inclusive con un criterio tal a soluciones infinitas<sup>16</sup>, se presentan tres alternativas: la naturalística, la finalista y la jurídica.

Para la concepción naturalista, la unidad y pluralidad se reducen de estructuras preexistentes, *rerum natura*, identificables de acuerdo con una teoría general de la realidad<sup>17</sup>. Según esta teoría, habrá unidad natural de acción cuando los diversos actos obedecen a una única manifestación de voluntad. Entre otros, han defendido la teoría

---

<sup>12</sup> GONZÁLEZ CUSSAC afirma que la unidad de acción natural se limita a la fase de ejecución, dejando al margen las fases causal y efectual (resultado). «La acción de matar abarca exclusivamente la ejecución del homicidio. Pero no toma en cuenta ni el curso actual ni el resultado del homicidio. Y precisamente eso es lo que significa jurídicamente la expresión “hecho”. De modo que el “hecho del homicidio” se extiende desde la exteriorización de la voluntad hasta la producción del resultado de muerte, pasando por la acción de matar (ejecución) y por el curso causal». En VIVES ANTÓN T.S., (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I (Arts. 1 a 233), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 431-432. De la misma opinión, JOSHI JUBERT, U., “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”...Ob. cit., pág. 619 y ss.

<sup>13</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 88; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículos 73 y 75 al 78”...Ob.cit., pág. 940; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*...Ob.cit., Lección 27, 4.; SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*...Ob.cit., pág. 146; JOSHI JUBERT, U., “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”...Ob. cit., pág. 614, con la matización «y más concretamente de una valoración jurídica, que únicamente puede proporcionar el sentido de los tipos legales».

<sup>14</sup> JESCHECK, H.H./WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª Edición, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002, § 66, 1, 2.

<sup>15</sup> “Artículos 73 y 75 al 78”, Ob. cit., págs. 938-939. En el mismo sentido, JESCHECK, H.H./WEIGEND T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*...Ob.cit., § 66, 1, 2; COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*...Ob. cit., pág. 645; SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*...Ob.cit., pág. 146, 212 y ss.; GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales...Ob. cit., pág. 264.

<sup>16</sup> JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*...Ob. cit., § 66, 1, 2; MIR PUIG, S., “Concurso de delitos y concurso de leyes”, *Studia iuridica*, Nº 1, 1992, pág. 95; SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*...Ob.cit., pág. 147; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito continuado*...Ob.cit., pág. 88; CERESO MIR, J., *Curso de derecho penal, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 289.

<sup>17</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 4ª edizione, CEDAM, Padova, 2001, pág. 483. Realmente trata la problemática entre unidad y la pluralidad de delitos.

naturalística MEZGER<sup>18</sup> y ANTÓN ONECA<sup>19</sup>. A ella se superpondrá luego, aunque con idéntico sustrato, el requisito de identidad o conexión temporal y espacial entre los distintos movimientos.

La perspectiva naturalista fue superada por el finalismo de WELZEL<sup>20</sup>, a partir del que resultaría fundamental, a efectos de la delimitación de *factum*, la unidad de resolución del sujeto. Dos son los factores relevantes para el finalismo: la proposición de fin, esto es, que los actos estén encaminados voluntariamente a un acontecer y, en especial, el factor normativo<sup>21</sup>. Entre la dogmática española ha acogido esta doctrina MUÑOZ CONDE<sup>22</sup>.

El finalismo se rechaza, como principal argumento, por el recurso a la unidad de dirección volitiva, en el sentido de que, de mantenerse como *conditio sine qua non*, en supuestos de resultados plurales se estimaría siempre la existencia de concurso real, en detrimento del ideal, que no podría presentarse<sup>23</sup>. Se ha reputado insuficiente, por algunos autores, la unidad de propósito para dotar a la acción de carácter unitario, porque varias acciones podrían estar dirigidas también por una sola finalidad.

ANTOLISEI<sup>24</sup>, con posterioridad, defendió la «*unidad de contexto*», criterio según el que, para determinar cuándo estamos ante una única acción, los diversos actos habrían de seguirse de manera inmediata, sin notable interrupción, formando un conjunto distinto. Por contra, si transcurriera un lapso considerable entre los diversos actos, no habría unidad de acción, sino pluralidad de hechos. El contexto, en definitiva, se entiende en sentido temporal y espacial.

Un sector de la doctrina alemana, por otro lado, ha defendido que el criterio más adecuado para delimitar los supuestos de unidad y pluralidad de acciones es la «*concepción general de la vida*». Estamos ante una idea de carácter prejurídico dotada de cierta relevancia o sentido social y esencialmente valorativa, continuadora del

---

<sup>18</sup> *Tratado de Derecho penal...Ob.cit.*, pág. 345 y ss.

<sup>19</sup> *Derecho penal*, 2ª edición, anotada y corregida por José Julián HERNÁNDEZ y Luis BENEYTES MERINO, Akal, Madrid, 1986, pág. 489. CID MOLINÉ se posiciona también a favor de la teoría de la unidad natural de acción, pues considera que ésta, en contra de la teoría de la unidad jurídica, acepta la tesis de la identidad, de forma que se entendería que existe una acción cuando las diversas descripciones se realizan con los mismos movimientos corporales. «*La teoría de la unidad natural comparte la tesis de la identidad, pues considera que hay unidad de acción si determinada secuencia de la actividad humana admite diversas descripciones pero todas las descripciones se realizan con idénticos movimientos corporales*». Para que exista unidad de acción señala el autor que se requeriría de una secuencia de movimientos corporales (o ausencia de ellos) dentro de un mismo marco espacio-temporal, y que esa secuencia admita una descripción mediante una única clase natural de acciones que recoge las propiedades que toman en consideración otras posibles descripciones de la acción. “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”, *ADPCP*, Tomo 47, Fasc/Mes 1,1994, pág. 50.

<sup>20</sup> *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª edición, 2ª edición castellana, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, § 29, I, 2.

<sup>21</sup> *Derecho penal alemán. Parte general...Ob., cit.*, § 29, I, 2: «*El problema de qué sentido de acción y cuántas unidades de sentido sociales han sido realizadas en esta real conexión final, se determina de acuerdo al enjuiciamiento social objetivo de esta conexión, que para el Derecho Penal está expresado en los tipos legales [...] Por ello, él establece cesuras dentro de un amplio contexto final voluntario y abarca ya en tratamientos parciales, como un delito, lo que criminalmente se corresponde entre sí*».

<sup>22</sup> *Teoría general del delito*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 194.

<sup>23</sup> CALDERÓN CEREZO, A., “El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas”, en CALDERÓN CEREZO, A., (director), *Unidad y pluralidad de delitos*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1995, pág. 141.

<sup>24</sup> *Manual de Derecho penal. Parte general...Ob.cit.*, pág. 166. En la doctrina española, SAINZ CANTERO, J.A., “El delito masa”, *ADPCP*, Tomo 24, Fasc/Mes 3, 1971, pág. 670 y *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª Edición, BOSCH, Barcelona, 1990, pág. 841.

criterio naturalístico, según la que se entiende que habrá unidad natural de acción –que no se debe confundir con las unidades típicas de acción en sentido amplio– cuando los diversos actos están comandados por una resolución de voluntad unitaria y se suceden en estrecha conexión espacial y temporal, pero además aparecen como única unidad para un observador imparcial<sup>25</sup>. Los elementos que integran esta concepción son de carácter subjetivo, la valoración del tercero imparcial, y objetivo, la conexión espacio-temporal entre los diversos actos.

En contra de la «*concepción genera de la vida*» se aduce lo decisivo que resulta el que un observador imparcial valore la realidad vital como unidad o pluralidad de acciones<sup>26</sup>. CUERDA RIEZU<sup>27</sup> añade con carácter crítico que la valoración social o natural, desde el plano subjetivo de la naturaleza psíquica del espectador imparcial, no es apreciable externamente por los sentidos, aspecto este que imposibilitaría enjuiciar si las decisiones se han adoptado unitaria o sucesivamente. En cuanto al elemento objetivo, parece que este sí podría servir de ayuda para contabilizar la voluntad. La unidad de acción se haría depender, entonces, no de criterios subjetivos sino de criterios objetivos<sup>28</sup>.

Ahora bien, como dice el propio CUERDA RIEZU<sup>29</sup>, la «*concepción general de la vida*» es una tesis igualmente rechazable, porque, si se trata de determinar cuándo se presenta una unidad de acción en sentido penal, lo lógico es que la decisión dependa de criterios jurídico-penales. Y ese parece ser el criterio que domina en la actualidad el debate doctrinal. La determinación de cuándo estamos ante una unidad o una pluralidad de acciones o de hechos se desprende del sentido del tipo correspondiente. Por ello, es habitual rechazar todo criterio que recurra de forma exclusiva a elementos naturalistas, ya sean el tiempo, el espacio o la voluntad, en tanto que la realidad puede ser acotada de diversas maneras<sup>30</sup>.

JESCHECK<sup>31</sup>, gran defensor de la teoría de la unidad jurídica, afirma que «[...] *ni hay unidades de acción de naturaleza prejurídica a las que el punto de vista normativo pueda referirse sin más, ni tampoco puede ser determinante la unidad del plan del autor en la medida en que de una resolución delictiva unitaria pueden originarse muchos actos individuales que, ya por motivos de Justicia, no pueden ser contraídos a unidad de acción [...] Decisivo para la delimitación sólo puede ser más bien, el sentido de los correspondientes tipos legales infringidos*». Y de igual modo MIR PUIG<sup>32</sup> expresa «*la descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado*

---

<sup>25</sup> Por todos, GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem material*” y concurso de leyes penales...Ob.cit., pág. 264.

<sup>26</sup> “La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., (ed), Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 345.

<sup>27</sup> Ib. págs. 347-348: «*En efecto, no hay manera de saber si el sujeto ha decidido dar varios golpes a la víctima en un único momento o en varios momentos, como tampoco hay manera de saber si el dirigir una catarata de insultos contra alguien fue decidido de forma unitaria o sucesiva. En definitiva, no podemos introducirnos en la mente de una persona para contabilizar sus decisiones*».

<sup>28</sup> Ib. pág. 348: «*Por ejemplo, es más factible unificar una serie de puñetazos sucesivos, realizados sin interrupciones, contra una víctima, que si hoy se da un puñetazo y mañana otro. Esta matización pone de relieve que la unidad de acción depende fundamentalmente, no de una decisión unitaria, sino de elementos objetivos*».

<sup>29</sup> “La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”...Ob.cit., pág. 352.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículos 73 y 75 al 78”...Ob.cit., pág. 940.

<sup>31</sup> JESCHECK, H.H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*...Ob.cit., § 66, I, 3.

<sup>32</sup> “Concurso de delitos y concurso de leyes”...Ob.cit., pág. 96.

*fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho».*

Frente a la unidad típica, puede argüirse su contradicción con el punto de partida generalmente aceptado en la teoría del concurso, que no es otro que la distinción unidad-pluralidad de hechos, presupuesto tanto de la unidad delictiva como del concurso ideal, según afirma CUERDA RIEZU<sup>33</sup>. Si a la unidad de delito, siguiendo al citado autor, le es exigible la realización única de todos y cada uno de los elementos de la figura delictiva –en clara referencia al resultado–, es evidente que tal presupuesto no es el que rige para el concurso ideal, pues este parte de la unidad de hecho o de acción. Y es universal que los presupuestos, en uno y otro caso, son distintos, porque la unidad de delito no es una figura concursal mientras que el concurso ideal pertenece con todo a la teoría del concurso y lleva aparejado un sistema de punición extraordinario.

La doctrina mayoritaria defiende el sentido del tipo como criterio determinante de la unidad-pluralidad de acciones o de hechos. En este sentido, destacan las opiniones de GONZÁLEZ RUS<sup>34</sup>, MIR PUIG<sup>35</sup>, JOSHI JUBERT<sup>36</sup>, GARCÍA ALBERO<sup>37</sup> y SUÁREZ LÓPEZ<sup>38</sup>.

Aceptado mayoritariamente que el sentido de los tipos es el criterio para determinar cuándo estamos ante un único hecho o ante una pluralidad, habrá de fijarse qué elementos del tipo han de ser tomados en consideración. Una versión extrema de esta teoría, según la cual existirían tantas acciones como tipos realizados, resultaría incompatible con las opciones del legislador, pues no puede desconocerse que el art. 77.1 CP recoge que un mismo hecho puede realizar diversas descripciones típicas<sup>39</sup>. Un enfoque más templado de la unidad típica considera que, admitida la existencia de tipos que hacen referencia a un único resultado, el número de acciones o de hechos sería equivalente al número de resultados típicos producidos dolosamente. Defienden esa postura, entre otros, MIR PUIG<sup>40</sup>, JOSHI JUBERT<sup>41</sup>, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>42</sup>, GUINARTE CABADA<sup>43</sup> y SUÁREZ LÓPEZ<sup>44</sup>.

---

<sup>33</sup> “La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”...Ob.cit., pág. 352 y ss.

<sup>34</sup> “Artículos 73 y 75 al 78”...Ob.cit., pág. 940-941: «*La agregación o desagregación de los distintos actos en “unidades de sentido”, sólo puede hacerla el tipo penal, que acota la realidad según criterios propios y no según los naturalistas o los de plan o fin del autor. El tipo es, por tanto, el único parámetro válido conforme al que determinar cuándo un comportamiento integra uno o varios hechos o acciones. Así se explica [...] que unas veces el Derecho penal valore conjuntamente y unifique en una sola acción típica, en un solo hecho, distintos actos [...] o que otras, al contrario, fragmente en varios hechos, obligando a aplicar diversos tipos penales, lo que en una consideración atenta a la realidad natural o al plan o fin del autor puede aparecer como una unidad. Lo determinante es, pues cómo aparezca configurado el tipo de injusto, lo que hace perfectamente posible que una sola acción (“natural”) pueda realizar varios tipos o que varias acciones integren uno solo. Otra cosa es que, dentro de ese marco, operen criterios complementarios como el de la conexión temporal o espacial entre los actos capaces de integrar una única acción.*».

<sup>35</sup> “Concurso de delitos y concurso de leyes”... Ob.cit., pág. 95: «*Más precisa es la opinión de quienes sostienen que el criterio para valorar un hecho como unitario en Derecho penal sólo puede ser jurídico y, más en concreto, según se desprende del sentido de los tipos correspondientes. Ésta es la solución preferible, puesto que existen distintos puntos de vista posibles para decidir socialmente la presencia de un solo hecho y es lógico que el Derecho penal elija de entre ellos el que le es propio.*».

<sup>36</sup> “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”...Ob.cit., pág. 614 y ss.

<sup>37</sup> “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales”...Ob.cit., pág. 265: «*El sentido de los tipos determina, pues la unidad o pluralidad. Dicho en otros términos: el aludido “observador” no puede ser en modo alguno neutral, sino que debe representar las valoraciones normativas. Sino se desea practicar un crudo y poco fructuoso naturalismo, el problema de la unidad no puede desvincularse de las distintas realizaciones típicas concurrentes.*».

<sup>38</sup> *El concurso real de delitos*...Ob.cit., págs. 74-75.

<sup>39</sup> CID MOLINÉ, J., “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”...Ob.cit., pág. 49.

<sup>40</sup> *Derecho penal. Parte general*...Ob.cit., Lección 27, 9-12: «*La producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituirá un solo hecho la lesión ideal de*

Por nuestra parte, entendemos que el número de resultados materiales debe ser excluido para determinar la unidad o la pluralidad de hechos. Una acción puede lesionar una pluralidad de bienes jurídicos y no por ello deja de ser una acción<sup>45</sup>. Si bien, pensamos, aunque esta es una consideración de política criminal, que el resultado no puede omitirse sin más, pero ha de negarse su virtualidad, es decir, no es efectivo a efectos de la existencia o no de concurso de delitos.

CHOCLÁN MONTALVO<sup>46</sup> considera que la *unidad de hecho* no es unidad de tipo, sino unidad de acción, de modo que no puede aceptarse que la unidad de hecho dependa del número de resultados, sino únicamente de la unidad y la pluralidad de acción. Para el autor, el hecho equivale a la manifestación de voluntad; el número de hechos, en principio, depende del número de acciones volitivas. La teoría del concurso, frente a los defensores de la equivalencia o identidad entre los plurales resultados dolosamente producidos y la pluralidad de hechos pese a existir una sola acción –concurso real, por tanto–, parte de que no estamos ante acciones necesariamente típicas, sino ante acciones como producción evitable de cualesquiera resultados, teniendo que ser, además, acciones típicas esas acciones no necesariamente determinadas típicamente<sup>47</sup>.

Una acción, como hemos venido diciendo, puede realizar diversas descripciones típicas, pero la pluralidad de realizaciones típicas no determina la pluralidad de hechos. Es necesario distinguir la unidad de comportamiento de la unidad de acción típica. La unidad de hecho, nuevamente con CHOCLÁN MONTALVO<sup>48</sup>, no es la unidad de tipo, sino la unidad de acción. El hecho, en definitiva, se compone necesariamente de una

---

*varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento. El matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba. En cambio, el dar muerte a un agente de la Autoridad sólo dará lugar a un hecho».*

<sup>41</sup> “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”...Ob.cit., pág. 619 y ss.: «La razón de que el resultado forme parte del concepto de hecho no es una puramente subjetiva, ni tampoco otra absolutamente objetiva. Me explico. No se incluye el resultado exclusivamente porque el sujeto ha dirigido hacia él su dolo, ni únicamente porque el resultado material sea algo que se ha dado efectivamente. Mucho más, estimo que el resultado forma parte del hecho porque el sujeto lo ha abarcado con su acción y porque finalmente ha tenido lugar. Es sólo de este modo que, en mi opinión, el resultado entra a formar parte del tipo penal de los delitos dolosos».

<sup>42</sup> En VIVES ANTÓN T.S., (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*...Ob.cit., págs. 431-432.

<sup>43</sup> Considera el autor que existe un único hecho cuando tanto la conducta como el resultado empírico sean únicos, mientras que, caso contrario, habrá pluralidad de hechos cuando el sustrato material de la conducta no sea único, o cuando se realice la producción dolosa de varios resultados materiales típicos, aun cuando sea mediante una sola conducta. Añade que la unidad de hecho a la que se refiere el Código ha de entenderse como identidad absoluta en el presupuesto de los elementos objetivos del tipo de los delitos concurrentes, habida cuenta de que cuando el presupuesto objetivo de los tipos concurrentes coincida solo en parte, habrá que entender que hay varios hechos, al no poder sostenerse que el sustrato empírico de las valoraciones sea único. Así, un solo hecho podrá apreciarse cuando los diversos delitos tengan el mismo sustrato material o el sustrato material de alguno o algunos de ellos sea en su totalidad parte del sustrato material de otro. “El concurso medial de delitos”, *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 13, 1990, pág. 613.

<sup>44</sup> *El concurso real de delitos*...Ob.cit., pág. 83-84.

<sup>45</sup> A favor de excluir el resultado, JESCHECK, H.H./WEIGEND T., *Tratado de Derecho penal. Parte general*... Ob.cit., 66, I, 2; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*...Ob.cit., § 29, II, 1 y ss.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*...Ob.cit., pág. 489; VIVES ANTÓN, T.S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*...Ob.cit., 1982, pág. 11 (23); GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículos 73 y 75 al 78”...Ob.cit., págs. 947-948; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)”, *Revista del Poder Judicial*, N.º 49, 1998, pág. 273 y “Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: una reforma necesaria”, *Cuadernos de Derecho judicial*, N.º 10, 2006, pág. 167.

<sup>46</sup> *El delito continuado*, Marcial Pons...Ob.cit., pág. 91.

<sup>47</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La unidad y la pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)”...Ob.cit., pág. 275.

<sup>48</sup> *Ib.* pág. 277.



acción, el resultado, por el contrario, es contingente y puede formar parte o no del mismo<sup>49</sup>.

Para DELGADO GARCÍA<sup>50</sup> debe prescindirse igualmente del resultado material por dos razones. Primero, porque hay muchos delitos –los de mera actividad– en que tal resultado no existe y, segundo, porque en la concepción espiritualista del Derecho penal actual, dice literalmente el autor, se concede más relevancia a la conducta del sujeto, que es lo que en definitiva se pretende orientar a través de la norma penal, que a su resultado, que se liga a conceptos ya superados de responsabilidad objetiva.

Finalmente, SANZ MORÁN<sup>51</sup> entiende también que la unidad de acción no depende del número de realizaciones típicas, pues si esto fuera así, la configuración del concurso ideal, especialmente del homogéneo, devendría imposible. A toda pluralidad de realizaciones típicas, bajo ese criterio, le correspondería siempre una pluralidad de acciones. Lo determinante para el autor será la exteriorización volitiva susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal, con independencia de los resultados materiales que dicha acción produzca<sup>52</sup>. Y previamente, CÓRDOBA RODA<sup>53</sup>, aunque renunciando a su tesis inicial<sup>54</sup>, afirmó que el CP admite que la producción de varios resultados, en el sentido ideal de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, puede descansar en un solo hecho. Nadie debería afirmar, entonces, como dijo ANTÓN ONECA<sup>55</sup>, que hay diez acciones porque al poner una bomba se causaron diez víctimas.

En síntesis, creemos que no puede desconocerse que para construir la base del concurso ha de partirse de un concepto prejurídico previo al tipo: la unidad de acción natural. No resultará decisivo, desde esta posición, el número de bienes jurídicos lesionados, aunque ello puede resultar trascendental para distinguir el concurso ideal de delitos del concurso de normas, como dice ESCUCHURI AISA<sup>56</sup>. Entendemos, con CÓRDOBA RODA<sup>57</sup>, que el hecho es la acción o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal.

La teoría del concurso de delitos requiere de su propio concepto de acción. Y este, como también afirmó SANZ MORÁN<sup>58</sup>, no solo está caracterizado por una actuación de voluntad en el exterior, sino también por la coincidencia o identidad, al menos parcial, de la actividad típica ejecutiva de las infracciones concurrentes. Para determinar lo que es una acción debe atenderse, primero, a la concepción general de lo que en la vida ordinaria puede ser catalogado como una acción, en el sentido usual del lenguaje, como concepto de relevancia social y, de otra parte, al presupuesto fáctico que está en la

---

<sup>49</sup> *El delito continuado...* Ob. cit., pág. 95. Continúa el autor del siguiente modo: «*Lo esencial de la base fáctica del concurso de delitos es la unidad de manifestación volitiva, y ello es un atributo de la acción más que del hecho. En todo caso, si se parte de la idea de que el hecho punible es la lesión de bienes jurídicos de modo contrario a la norma [...]».*

<sup>50</sup> “Los concursos en el Derecho Penal”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Editorial LA LEY, pág. 8.

<sup>51</sup> SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...* Ob.cit., pág. 147.

<sup>52</sup> *Ib.* pág. 213.

<sup>53</sup> *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 314.

<sup>54</sup> “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español (continuación)”, *ADPCP*, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965, pág. 29 y ss.

<sup>55</sup> *Derecho penal*, Ob.cit., pág. 489.

<sup>56</sup> ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pág. 368 y ss.

<sup>57</sup> *Comentarios al Código Penal...* Ob.cit., pág. 315.

<sup>58</sup> *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...* Ob.cit., pág. 147, 212 y 245.

base del tipo penal<sup>59</sup>. La unidad o pluralidad de acciones no puede determinarse sin la ayuda de un criterio normativo, pero hasta llegar a él debemos aproximarnos desde la acción en sentido natural; el modo en que es contemplado el comportamiento humano. En principio, a estos efectos, no solo es circunstancial el resultado material, el cual puede producirse dolosamente o no, sino también la pluralidad de carácter exterior, pues en ocasiones aquella es mera apariencia.

La identidad típica de los actos de ejecución nos dirá que estamos ante un concurso ideal, mientras que la no identidad, parcial o total, de los actos ejecutivos determinará la pluralidad de hechos, esto es, el concurso real de delitos y la aplicación del sistema de acumulación ilimitada (*quot crimina, tot poenae*, es decir, a tantos delitos tantas penas) o de acumulación jurídica (art. 76 CP), a través del que puede limitarse el cumplimiento sucesivo de las penas concurrentes no compatibles a efectos de su ejecución simultánea, en términos relativos, al triple de la pena más grave en que se incurrió, o, en términos absolutos, en función de la gravedad de los delitos cometidos, a 20, 25, 30 o 40 años, y siempre que las infracciones hubieren podido enjuiciarse, al menos potencialmente, en un mismo sumario atendiendo cronológicamente al momento en el que fueron cometidas (art. 76.2 CP en relación con el art. 988 LECrim).

Por todo ello, admitimos la realidad plena del concurso ideal homogéneo, pues estamos ante la violación múltiple de un mismo precepto penal con una única acción o hecho bajo la coincidencia de los actos de ejecución. La literalidad del art. 77.1 CP comprendería entonces, a nuestro modo de ver, el concurso ideal homogéneo.

En los supuestos en que se han causado múltiples resultados con una misma acción o un mismo hecho debería aplicarse, estemos o no de acuerdo con esta regla, la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. Aunque sea indiscutible que el concurso ideal homogéneo, en algunos casos, presenta un mayor contenido de injusto que el concurso real, también lo es que en tanto que el legislador no afronte de una vez por todas una reforma legislativa por la que se asimile la punición para todas las modalidades concursales, la postura defendida por un sector doctrinal y, lo que es más importante, por el Tribunal Supremo es contraria, a nuestro modo de ver, con el tenor literal del art. 77 CP. Ahora nos referiremos a la doctrina emanada del TS.

#### **IV.- La admisibilidad del concurso ideal homogéneo en la doctrina del Tribunal Supremo**

---

Inicialmente, la doctrina emanada del Tribunal Supremo español venía acogiendo la tesis de la asimilación del concurso ideal homogéneo al heterogéneo. Baste señalar la STS 300 de 8 de marzo de 1982 donde se admiten como hipótesis de concurso ideal – al que caracteriza como «*un solo pensamiento criminoso y una sola acción*»– la de «*un solo acto, un único resultado y varias violaciones jurídicas*», la de «*un mismo acto con varios resultados heterogéneos*» y la de «*un solo acto con resultados múltiples y homogéneos*», además de reputarse también como modalidad de concurso ideal el medial (relación de medio a fin necesaria). En el mismo sentido, SANZ MORÁN<sup>60</sup> refiere las sentencias de 18 de junio de 1872, 15 de octubre de 1883 y 20 de junio de 1891,

---

<sup>59</sup> Ib. pág. 147.

<sup>60</sup> *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa...* Ob.cit., pág. 151.

todas ellas referidas a supuestos de pluralidad de homicidios provenientes de una misma acción.

E incluso, en la relevante STS de 23 de abril de 1992 (caso de la Colza) se afirmó que *«...la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado»*, de tal forma que la norma sólo puede ser vulnerada por la acción *«y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos...»* (FJ 17 b).

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha cuestionado la admisibilidad en el Código Penal del concurso ideal homogéneo, con argumentos como que *«la penalidad procedente no satisface el contenido del injusto»*, o que los múltiples resultados queridos por el autor (dolo directo), causados, por ejemplo, mediante la detonación de un artefacto explosivo presentan *«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»*, argumentos ambos recogidos por la STS 1672/1999, de 24 de noviembre (también STS 17/2005, de 3 de febrero de 2015). De ahí que se entienda que el artículo 77.1 CP recoge únicamente el concurso ideal heterogéneo, sancionado, como hemos dicho, con la aplicación de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, o, subsidiariamente, y cuando fuere más beneficioso para el reo, con el sistema de acumulación material del art. 73 CP.

En la STS 861/1997, de 11 junio, se dijo que, *«si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos –es decir, si el mismo actúa con “dolo directo”– y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de “varios hechos” punibles en concurso real»*. Así, en los supuestos de causación de la muerte de una pluralidad de personas directamente perseguida por el homicida *«su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba»*. Pero si la voluntad del sujeto afectase directa y fundamentalmente a la acción, y no al resultado, previsto, pero no perseguido directamente (dolo eventual) *«estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal»*, castigado conforme las reglas del art. 77.2 CP.

La STS 1672/1999, de 24 de noviembre, refirió también que *«el término “hecho” incorpora tanto el disvalor de la acción como el del resultado»*, de forma que *«cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (cfr. art. 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos»*.

Nuevamente, la STS 1837/2001, de 19 de octubre, reitera que cuando se trata de un homicidio, a efectos del concurso ideal no se tiene tanto en cuenta la acción de matar (ejecutiva) *«sino el hecho de matar que comprende la acción y el resultado»*. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos (consumados o intentados) con dolo directo *«estamos en presencia de tantos hechos punibles como sujetos pasivos,*

*tanto desde el punto de vista de la antijuricidad, como el de la culpabilidad».* En el mismo sentido, la STS 122/2010, de 25 de febrero, dice que *«matar a varias personas, aunque se produce a través de una sola acción, implica diversos injustos típicos de la misma naturaleza en concurso real»;* y la STS 365/2013, de 20 marzo, concluye que *«unidad de hecho no es lo mismo que unidad de acción. Los tipos penales describen no solo conductas sino también resultados. El hecho de matar comprende acción y resultado y no solo acción».*

La STS 365/2013, de 20 de marzo, explica que hoy la jurisprudencia no discrimina entre dolo directo de primer o segundo grado, ni entre resultados consumados o solo pretendidos; tampoco entre dolo eventual o dolo directo. Se afirma allí que *«cada resultado pretendido o asumido intencionalmente considerado como delito da vida a una infracción penal independiente sin que pueda hablarse de “unidad de hecho”».* En ese sentido, el *hecho* expresa la totalidad del sustrato valorado y no únicamente la acción humana. Se considera que la preferencia del legislador por la *unidad de hecho* y no por la *unidad de acción* no es irrelevante: *«Una voluntad dirigida a varios resultados supone jurídicamente pluralidad de hechos, aunque solo exista una manifestación de voluntad [...] El injusto descansa no solo en el desvalor de la acción, sino también en el desvalor del resultado. La pluralidad de objetos materiales, como sucede aquí, sería para otro sector doctrinal dato clave para excluir el concurso ideal. Si en casos de dolo eventual sería posible acoger la tesis del concurso ideal (SSTS de 23 de abril de 1992, 11 de junio de 1997, o 24 de noviembre de 1999), no lo es conforme a la línea predominante en la actualidad, aunque existan precedentes que pudieran apoyar esa visión, cuando estamos ante casos de dolo directo, sea de primero o de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias)».* Llamativamente se pone allí como ejemplo de concurso real de delitos la detención ilegal de varias personas con la única acción de guardar la llave y aunque el objetivo del autor se dirigiese exclusivamente frente a una de ellas.

La STS 418/2014, de 21 de mayo, continua en el sentido de que *«en los delitos dolosos hay tantos hechos como resultados en las personas víctimas y, en consecuencia, habrá tantos delitos de homicidio o asesinatos, consumados o tentativa, cuantas fuesen los lesionados».*

Hasta el momento, en síntesis, se vino entendiendo, a juicio de este intérprete, que si los múltiples resultados alcanzados fueron pretendidos o asumidos intencionalmente por el agente estaríamos ante una pluralidad de hechos, penados en concurso real, y no ante una única acción (pese a que solo existe una manifestación de voluntad). En cambio, si el dolo fuere eventual, no se castigaría el resultado sino la acción, de forma que dicha conducta se sancionaría con el sistema de absorción agravada, salvo mayor perjuicio para el reo. Parece, además, que el TS acoge una tesis combinatoria de la teoría naturalista, desde el plano de la voluntad, y el criterio de la resolución delictiva unitaria (finalismo), para la que lo importante es que el sujeto dirija su acción a la consecución de los múltiples resultados. De igual modo, se ha venido admitiendo la prevalencia del *hecho* sobre la *acción* bajo la premisa de que los tipos penales no solo describen conductas sino también resultados, como demandaba una parte de la doctrina.

Posteriormente, en el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 20 de enero de 2015 se adoptó el siguiente criterio: *«Los ataques contra la vida de*

*varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 CP y 76 CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del CP)».*

La inmediata STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, resume la posición de la jurisprudencia y los distintos argumentos a los que se ha recurrido para excluir al concurso ideal homogéneo de su previsión legislativa, desde la interpretación apoyada en la expresión *hecho ex art. 77 CP*, pasando porque el art. 77.2 CP prevé una regla penológica referida *«a la concurrencia de delitos penados con distinta pena»*, y finalmente, con alusión a la *«distinta intensidad, energía criminal, preparación del resultado, de la conducta dirigida a la causación de un único resultado de la que persigue una pluralidad de resultados, queridos o previstos y asumidos»*.

La sentencia citada entiende que dicho acuerdo no afecta a los supuestos de «unidad natural de acción», a la concurrencia de *«una pluralidad de resultados heterogéneos causados por una acción»* o a *«una pluralidad de resultados cometidos por imprudencia»*. En cambio, sí se refiere *«a los supuestos en los que concurre una unidad natural de acción, realizada dolosamente, de la que resultan varios resultados lesivos, de titularidad distinta, que sean subsumibles en la misma ley penal. En otras palabras, los concursos ideales homogéneos»*. El acuerdo no distingue entre dolo directo y eventual. En ambos casos se seguirá la punición del concurso real. Entendemos que dicho acuerdo, por el que se admite totalmente el concurso ideal homogéneo, abandona el criterio de la resolución de voluntad unitaria. El concurso ideal homogéneo, independientemente de los resultados producidos y de que estos fueran queridos o no, previstos o no, y se atente contra la vida de varias personas, es un concurso real, al menos a efectos penológicos.

Incide también la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, en que de fondo permanece latente un problema de proporcionalidad, pues el régimen punitivo del concurso ideal, aplicable *a priori* a estos supuestos, por ejemplo, cuando se causan varios homicidios con una misma acción, no prevé una consecuencia proporcionada a las lesiones causadas.

## **V.- Conclusiones**

---

Entiendo, y de ello estoy convencido, que la presencia del concurso ideal homogéneo a efectos penológicos es negada, al menos por el TS, tanto por el defecto de proporcionalidad en que se incurriría de seguirse su punición conforme al vigente art. 77.2 CP, como por razones de justicia material. Que el concurso ideal con unidad de acción y resultados homogéneos pueda conllevar una mayor energía criminal del agente o mayor desvalor de acción o de resultado que el material, es indiscutible; pero también lo es que se le ha buscado una fórmula penológica, la del concurso real, contraria al propio presupuesto de hecho del art. 77.1 CP, que admite que un hecho, sin mayor precisión, puede causar dos o más delitos.

Una acción no deja de ser una acción por el hecho de que produzca un mayor o un menor número de resultados típicos. Lo relevante es la unidad o la pluralidad de acciones. Si hay una única acción el concurso es ideal; si hay varias acciones (u

omisiones) el concurso será real. A todo ello se superpone, no obstante, la identidad típica ejecutiva como criterio delimitador.

En contra de las competencias exclusivas del legislador, se ha adoptado una decisión similar a la prevista respecto del delito masa cuando el art. 74.2 CP permite elevar la penalidad en uno o dos grados en relación con las infracciones patrimoniales cuando el ataque hubiese sido dirigido, con acción continua, contra una pluralidad de bienes pertenecientes a distintos titulares (también alude a ello la STS 717/2014, de 29 de enero de 2015). El acuerdo del 20 de enero de 2015 no solo ha relegado a un segundo plano el resultado, que puede concurrir o no, –con lo que tampoco por esta vía puede sostenerse la preferencia por el *hecho*– sino también la tradicional exigencia de que la voluntad del responsable hubiere estado dirigida a su plena consecución. ¿Terrorismo? Indudablemente.

No discutimos que la violación múltiple de un mismo tipo penal a través de una única acción, en especial cuando atenta contra la vida de varias personas, deba ser castigada con una regla penológica más severa que la del art. 77.2 CP, pero no por esta vía, sino por la de una reforma legislativa futura que de una vez por todas aproxime las consecuencias jurídicas concursales sin distinción entre concurso ideal y real. Una vez presente esa voluntad por parte del legislador, todo sería debatir qué criterio punitivo es el ideal (y nunca mejor dicho).

#### Relación de Bibliografía consultada:

ANTOLISEI, F., *Manual de Derecho penal. Parte general*, traducción directa del italiano por Juan del ROSAL y Ángel TORÍO, UTEHA, Buenos Aires, 1960.

ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2ª Edición, anotada y corregida por José Julián HERNÁNDEZ y Luis BENEYTEZ MERINO, Akal, Madrid, 1986.

CALDERÓN CEREZO, A., “El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas”, en CALDERÓN CEREZO, A., (director), *Unidad y pluralidad de delitos*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1995.

CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal, III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- “La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)”, *Revista del Poder Judicial*, N.º 49, 1998, pág. 273.
- “Tratamiento penal de la pluralidad delictiva y de los concursos de delitos: una reforma necesaria”, *Cuadernos de Derecho judicial*, N.º 10, 2006, pág. 167.

CID MOLINÉ, J., “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos (1)”, *ADPCP*, Tomo 47, Fasc/Mes, 1, 1994.

COBO DEL ROSAL, M.,/VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general (edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983)*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972.

- “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español (continuación)”, *ADPCP*, Tomo 18, Fasc/Mes 1, 1965.

DELGADO GARCÍA, J., “Los concursos en el Derecho Penal”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Editorial LA LEY.

ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.

GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, CEDECS, Barcelona, 1995.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN T.S., (Coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Volumen I (Arts. 1 a 233), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

GONZÁLEZ RUS, J.J., "Artículos 73 y 75 al 78", en COBO DEL ROSAL, M., (director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000.

GUINARTE CABADA, G., "El concurso medial de delitos", *Estudios penales y criminológicos*, Vol. 13, 1990.

JESCHECK, H.H./WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª Edición, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002.

JOSHI JUBERT, U., "Unidad de hecho y concurso medial de delitos", *ADPCP*, Fasc/Mes 2, 1992, pág. 618.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 4ª Edizione, CEDAM, Padova, 2001.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, nueva edición revisada y puesta al día por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, Vol. II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 9ª Edición a cargo de Víctor Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011, Lección 27, 4.

- MIR PUIG, S., "Concurso de delitos y concurso de leyes", *Studia iuridica*, Nº 1, 1992.

MORILLAS CUEVA, L., "La punición del concurso de delitos ante una hipotética reforma del Código Penal", en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.M./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ J.F., (Editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 465.

SAINZ CANTERO, J.A., "El delito masa", *ADPCP*, Tomo 24, Fasc/Mes 3, 1971.

- *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª Edición, BOSCH, Barcelona, 1990.

SUÁREZ LOPEZ, J.M., *El concurso real de delitos*, Edersa, Madrid, 2001.

VIVES ANTÓN, T.S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982.