

**GUMERSINDO GUINARTE CABADA**

**Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Santiago**

**El concurso *medial* de delitos (\*)**

---

(\*) El contenido del presente trabajo se corresponde sustancialmente con el de la *lección* desarrollada como segundo ejercicio del concurso a una plaza de Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Santiago.

## 1. INTRODUCCION

El artículo 71 del Código penal español establece, en su párrafo primero, que "las disposiciones del artículo anterior -en el que se regulan los efectos penológicos del concurso real de delitos- no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos *o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro*". Vamos a dedicar nuestra atención únicamente al inciso segundo del párrafo citado, esto es, al caso de que "uno de ellos sea medio necesario para cometer otro".

El origen de esta norma, reguladora de un específico supuesto de concurso de delitos, data del Código penal de 1848, en cuyo artículo 77 se incorporó a su texto una disposición prácticamente idéntica a la hoy vigente (1).

---

(1) El artículo 77 del Código penal de 1848 establecía: "La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

En estos casos sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándolo en su grado máximo."

La introducción del vigente inciso final del párrafo segundo en el texto del artículo 71 fue obra de la Ley de 3 de enero de 1908. Su finalidad no fue otra que la de evitar que la imposición de la pena del delito más grave en grado máximo constituyera una sanción más grave que la resultante de la acumulación de todas las penas. No obstante, la imprecisión técnica del tenor literal de la fórmula legal empleada ha obligado a la doctrina -y a la Fiscalía del Tribunal Supremo- a aclarar su auténtica significación y alcance. Al respecto, Vid., Córdoba Roda, J., *Comentarios al Código penal*, T.II, Barcelona, 1972, pp. 369 y s. y Gallego Díaz, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985, pp. 439 y s.

Debe subrayarse, antes que nada, la notable singularidad que significă la regla que contiene el artículo 71, inciso segundo, en el ámbito comparado de la regulación del concurso de delitos y de sus consecuencias en la determinación de la pena o penas a imponer. Como es sabido, hay un concurso de delitos cuando un mismo sujeto ha violado varias veces la ley penal, y, por ello, debe responder de varios delitos (2). A partir de esta formulación, la teoría del concurso de delitos se estructura sobre la base de la unidad o pluralidad del objeto de la valoración (3); en nuestro Código, el *hecho*. Si el objeto valorado es unitario estaremos ante un concurso ideal de delitos (un solo hecho implica una pluralidad de infracciones); si el objeto valorado es plural nos hallaremos en el ámbito del concurso real de delitos (varios hechos dan lugar a varias infracciones).

Los códigos penales aceptan, por lo común de modo expreso, la categorización aludida, formulando separadamente las hipótesis de concurso real y concurso ideal de de-

---

(2) Vid., por todos, Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, 2 ed., Valencia, 1987, p. 533, quienes toman la formulación propuesta por Mantovani (*D.P., P.G.*, Padova, 1979, p. 402 y nota 68), que a su vez expresa el parecer general de las doctrinas alemana e italiana.

Tres son, en consecuencia, los presupuestos incuestionados del concurso de infracciones: la efectiva existencia de una pluralidad de infracciones, la referencia objetiva -unitaria o plural- de las mismas y la unidad de sujeto al que se le imputan. El requisito de la unidad de enjuiciamiento, amén de ser presupuesto discutido, presenta en todo caso un ámbito más limitado, al entenderse suficiente para colmarlo la mera posibilidad abstracta de enjuiciamiento unitario, sin exigirse que este se produzca efectivamente. Vid., Vives Antón, T.S., *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universitat de Valencia, 1981, pp. 8 y 14.

(3) Como reconocen incluso quienes argumentan en contra de esta sistematización de la teoría del concurso, la distinción entre unidad y pluralidad de acciones (esto es, del objeto de la valoración) es la piedra angular en la que se ha basado todo intento de elaborar una teoría del concurso. Vid., sino, Cuello Contreras, J., "La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)" en *ADPCP*, 1979, p. 50.

litos (4). En el ámbito de la determinación de los efectos de cada una de las formas del concurso en la concreción de la pena, los textos legales pueden clasificarse en dos grandes categorías o corrientes legislativas. De una parte se situarían aquellos códigos que prevén un tratamiento uniforme de las consecuencias penales en caso de concurso de delitos (sea real o sea ideal); tal es por ejemplo el caso de los códigos penales de Francia (5), Austria (6), Suiza (7) o Portugal (8). Y de otra parte se sitúan los textos punitivos que estipulan un tratamiento diferenciado de las consecuencias penales en caso de concurso de delitos; este es el sistema adoptado por los códigos penales italiano (9), alemán (10) o belga (11).

---

(4) Lo que no significa que consagren legalmente la terminología de concurso *real* y concurso *ideal*, hoy sólidamente asentada en la doctrina científica y jurisprudencial, si bien no con unanimidad de criterios en orden a su delimitación.

(5) El artículo 5 del *Code pénal* francés preceptúa en su párrafo primero que "en caso de comisión de varios crímenes o delitos, será impuesta únicamente la pena más grave".

(6) El § 28 del StGB austríaco de 1974 prevé que "si una persona ha cometido una pluralidad de infracciones de igual o distinta naturaleza por uno solo o por varios actos independientes... habrá lugar a la aplicación de una pena privativa de libertad o pecuniaria única". A continuación, el precepto establece reglas específicas según que las penas concurrentes sean de igual o diferente naturaleza.

(7) También el Código penal helvético contiene una regla unitaria para los casos de concurso en el artículo 68, que establece: "Cuando, por uno solo o por varios actos, un delincuente haya incurrido en varias penas privativas de libertad, el juez le condenará a la pena de la infracción más grave, cuya duración incrementará según las circunstancias, pero no más allá de la mitad del máximo de la pena prevista para esa infracción".

(8) El artículo 71.1 del Código penal portugués de 1982 establece que: "Cuando alguien hubiese cometido varios delitos antes de que se produzca judicialmente la condena por cualquiera de ellos, será condenado a una única pena. En la determinación concreta de la pena serán considerados, en conjunto, los hechos y la personalidad del agente".

(9) El Código penal italiano contiene una prolija regulación del concurso de delitos. Al concurso real dedica las normas de los artículos 71 a 79. El concurso ideal se recoge en el artículo 81.1, equiparándose, desde 1974, a sus efectos penológicos los del delito continuado.

(10) El texto vigente desde 1975 de la Parte general del StGB federal alemán dedica a la concurrencia de delitos los parágrafos 52 a 55. En el primero de ellos se prevén separadamente las hipótesis de concurso ideal

También el Código penal español ha de incluirse junto a los pertenecientes a esta segunda categoría.

Ahora bien, mientras los textos legales citados de Italia, Alemania o Bélgica prevén un criterio de determinación del marco penal aplicable para todas las hipótesis de concurso real (bien el criterio de la acumulación, o el de la asperación), y otro para los supuestos de concurso ideal (por lo general los criterios de la absorción o de la combinación), el Código penal español, al lado criterio para el concurso real (artículo 70) y del criterio para el ideal (artículo 71, párrafo primero, inciso primero), prevé un específico criterio para el caso de la concurrencia de los presupuestos fácticos del artículo 71.2, esto es, para el caso del denominado *concurso medial*.

Cabe afirmar pues, de partida, que, si bien naturalmente *todas* las hipótesis de concurso de delitos (también las subsumibles en los presupuestos del inciso segundo del párrafo primero del artículo 71) son susceptibles de merecer la calificación de supuestos de concurso real o de supuestos de concurso ideal, en el plano de las consecuencias penales del concurso, el legislador español ha introducido en esa tradicional bipartición un *tertium genus*, al extraer determinados supuestos de hecho los subsumibles en el artículo

---

homogéneo, cuya punición se somete al principio de absorción (se impone una sola vez la pena de la ley varias veces violada [§ 52.I]), y concurso ideal heterogéneo, para cuyo castigo se acude al principio de combinación (se impone una pena común, como fruto de la combinación de las penas correspondientes a las diversas infracciones [§ 52 II-III]). Los párrafos 53 a 55 establecen, para el caso de se juzguen al mismo tiempo varias acciones del mismo autor (concurso real, pues) reglas penológicas que atienden en parte al principio de asperación y en parte al principio de acumulación.

(11) En Bélgica, los artículos 58 a 64 del Código penal regulan las hipótesis de concurso real, variando los principios aplicables a la determinación de la sanción a imponer según la naturaleza de ésta, y oscilando los criterios desde la pura acumulación material, a la absorción. El artículo 65 prevé, en cambio, para el concurso ideal de delitos que cuando el mismo hecho constituya varias infracciones, solo se pronunciará la pena más grave.

71.2.) de las reglas generales a que cabría someterlos, y determinar para ellos un tratamiento penológico diferenciado.

La explicación histórica generalmente aceptada acerca de las razones que llevaron al legislador de 1848 a prever excepcionales consecuencias penales para los supuestos de concurso medial de delitos no sirven, desde luego, para fundamentar su pervivencia ininterrumpida en los códigos penales españoles desde entonces, y aún su mantenimiento en los profundamente renovadores proyectos de 1980 y 1983.

Como reflejan de modo unánime los autores españoles, el fundamento de la expresa regulación del concurso medial se halla en la creencia -a la que fueron receptivos los legisladores españoles de entonces- por parte de los autores de la escuela clásica italiana de que la conexión de medio a fin entre dos delitos justifica únicamente la agravación de la pena del delito más grave (12). En este sentido, afirma Carrara, la unidad de fin conduce a la unidad delictiva, pero con pluralidad de derechos violados, lo que motivará la aplicación de la regla de la preponderancia, para ver que delito es el calificante y cual el calificado (13).

En la actualidad, rechazada, entre otras razones por imperativo legal, la consideración de cualquiera de las formas de concurso de delitos como un supuesto de unidad delictiva (14), la fundamentación histórica de la benigna consi-

---

(12) A esta justificación histórica hacen referencia, en la doctrina española, Córdoba Roda, J., *Comentarios al Código penal*, T.II, Barcelona, 1972, p. 362; Antón Oneca, J., *D.P.*, 2 ed., Madrid, 1986, p. 491; Mir Puig, S., *D.P.*, *P.G.*, 2 ed., Barcelona, 1985, p. 600; Quintero Olivares, G., *D.P.*, *P.G.*, Barcelona, 1986, p. 631; Vives Antón, *La estructura*, cit., p. 18 y Sanz Morán, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, p. 180.

(13) Vid., Carrara, F., *Programma del corso di Diritto criminale*, *P.G.*, Vol. I, 6 ed., Prato, 1886, §§ 166 y ss. (p. 173 y ss.).

(14) La polémica entre la teoría de la unidad y la teoría de la pluralidad es insostenible en España, por cuanto el artículo 71 requiere, en todo caso, que un hecho constituya "dos o más delitos". Así lo advirtió ya, con

deración del concurso medial carece de virtualidad como apoyatura al mantenimiento de su vigencia. No obstante, para valorar, en el plano de *lege data*, los efectos de la regulación positiva española es preciso delimitar su ámbito de aplicación y su alcance en el seno y en el contexto de las restantes reglas del concurso de delitos. Naturalmente, en consecuencia, esa valoración queda para el final. Ahora vamos a centrar nuestra atención en la precisión y exégesis del contenido y significado de la norma contenida en el artículo 71.2 del Código penal.

## 2. NATURALEZA JURIDICA

En el estudio del concurso medial de delitos ha dividido a la doctrina, en primer lugar, el tema de su naturaleza jurídica y consiguiente ubicación, bien en la órbita del concurso real, bien en la del ideal. A favor de la consideración del concurso medial como una especie del ideal se han manifestado en nuestra doctrina, entre otros, Antón Oneca (15), Cuello Calón (16), Puig Peña (17), Quintano Ripollés (18) y Cuello Contreras (19). A juicio del primero de los citados, la redacción de la ley no es diáfana en este punto,

---

claridad, Antón Oneca (*D.P.*, cit., p. 488). En Alemania, en cambio, autores como Mezger, Maurach, Mayer, Baumann o Blei han sostenido que al concurrir únicamente una acción en el concurso ideal, existe también un solo delito, aun cuando se apliquen varios tipos penales. Cfr., Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho penal*, P.G., Vol. 2, Barcelona, 1981, p. 1012 y notas 3 y 4.

(15) Antón Oneca, *D.P.*, cit., p. 491.

(16) Cuello Calón, E., *D.P.*, T. I, P.G., Vol. II, 18 ed., Barcelona, 1981, pp. 702 y s.

(17) Puig Peña, F., *D.P.*, T.II, P.G., Vol. II, 5 ed., Barcelona, 1959, p. 308.

(18) Quintano Ripollés, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1946, p. 398, y también, *Curso de D.P.*, T.I, Madrid, 1963, p. 264, en donde denomina al concurso medial "concurso ideal de la segunda especie", si bien resalta su innegable "parentesco con el concurso real".

(19) Cuello Contreras, *La frontera*, cit., p. 66.

pues al expresar el artículo 71 que "uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro" parece referirse a delitos, no a hechos, ya que la palabra delitos es la próxima y la voz "hecho" queda más lejana y en singular. Según esta interpretación, el artículo 71 contemplaría, junto a la identidad total del hecho común a dos o más delitos, a la que se refiere su inciso primero (es el caso, por ejemplo, de causación de menoscabo a la integridad física de un agente de la autoridad, hecho común a los delitos de lesiones y atentado), una segunda hipótesis de unidad de hecho por identidad parcial, esto es, por ser el hecho integrante de una figura delictiva, parte integrante de otra (por ejemplo, la alteración de un documento público con el fin de engañar y causar un perjuicio). Se afirma, en fin, desde un punto de vista material, que únicamente esta interpretación justifica para el caso del inciso segundo una regla de determinación de la pena idéntica a la aplicable al inciso primero del artículo 71 (20).

Por el contrario, la doctrina mayoritaria se inclina por estimar que el concurso medial es en realidad un supuesto de concurso real (21). Veamos brevemente sus argumentos.

---

(20) En este sentido, Antón Oneca (*D.P.*, cit., p. 491) no duda en considerar que su postura es la coincidente con la opinión del legislador nacional.

(21) Así lo han entendido: Del Rosal (*D.P. español [lecciones]*, Madrid, 1960, pp. 148 y s.), Cobo y Vives (*D.P.*, cit., pp. 535 y s.), Ferrer Sama (*Comentarios al Código penal*, T. II, Murcia, 1947, p. 292), Quintero Olivares (*D.P.*, cit., p. 631), Mir Puig (*D.P.*, cit., p. 600), Bustos Ramírez (*Manual de D.P. español, P.G.*, Barcelona, 1984, p. 346), Sanz Morán (*El concurso*, cit., p. 217), Rodríguez Devesa (*D.P. español, P.G.*, 10 ed., Madrid, 1987, p. 854), Gimbernat Ordeig (*Introducción a la P.G. del D.P. español*, Madrid, 1979, p. 155), Luzón Peña ("Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales", en *Estudios penales y criminológicos XI*, Santiago, 1987, p. 318), Manzanera Samaniego (*Código penal [Comentarios y jurisprudencia]*, Granada, 1987, p. 363), Sáinz Cantero (*Lecciones de Derecho Penal, P.G., III. Culpabilidad. Punibilidad. Formas de aparición*, Barcelona, 1985, p. 223), Rodríguez Muñoz (*Notas al Tratado de D.P. de E. Mezger*, T. II, 3 ed., Madrid, 1957, pp. 392 y s.) y Córdoba Roda (*Comentarios*, cit., p. 362).

Afirman Cobo y Vives que si en el concurso medial se exigiese unidad de hecho, su mención habría resultado superflua. En este sentido, concluyen, una interpretación que priva de utilidad y sentido a un fragmento de la proposición normativa debe rechazarse como contraria al principio de vigencia. En la misma línea argumental incide Mir Puig, para quien la ley no habla en este caso de "un solo hecho", sino que más bien parece contraponer la regulación de medio a fin al caso de un solo hecho que constituya varios delitos.

Ciertamente, los argumentos de quienes sostienen esta segunda postura doctrinal, son más convincentes.

Puede admitirse, desde luego, con Antón (22), que el inciso segundo del artículo 71 se refiere a un supuesto de pluralidad delictiva (por lo demás inherente a cualquier forma del concurso de delitos), pero de ahí no cabe deducir, como ha evidenciado Sanz Morán (23), que siga existiendo en este supuesto un único hecho.

El correcto enfoque de la cuestión planteada, y su consiguiente solución, requiere tener presente que es la unidad de hecho o pluralidad de hechos la piedra de toque que permite discernir las dos especies del concurso de delitos (24). Pues bien, así las cosas, se hace preciso exponer que se entiende, o que puede entenderse a la luz de nuestro dere-

---

(22) Vid., Antón Oneca, *D.P.*, cit., p. 491.

(23) Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 218.

(24) Vid., por todos, Mir Puig, S., *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de H.H. Jescheck*, Vol. 2, pp. 1005 y s., en donde el autor critica la postura de quienes, en la doctrina española, han intentado eludir el problema argumentando su innecesariedad o tratando de sustituir la unidad de acción por la unidad de tipo.

Para una exposición exhaustiva y crítica de las diversas posturas sostenidas en la doctrina penal acerca de los criterios de distinción entre unidad y pluralidad de conductas, a efectos de la teoría del concurso, vid., Correia, E.H., *A teoria do concurso em Direito criminal. I. Unidade e pluralidade de infracções* Coimbra, 1963, pp. 27 y ss.

cho positivo por "hecho", en la regulación del concurso de delitos.

Consideramos, al respecto, adhiriéndonos a la tesis minoritaria en la doctrina española (25), que existe un único hecho en el caso de que tanto la conducta como el resultado empírico sean único (por ejemplo, la agresión física que produce la muerte o lesiones a un agente da la autoridad); por el contrario, existirá 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 (por ejemplo: se falsifica un documento público, y utilizándolo como medio engañoso se causa un perjuicio patrimonial a otro [primer supuesto], o se provoca dolosamente la muerte de varias personas mediante la colocación de una bomba [segundo supuesto]). En concordancia con esto ha de estimarse que la unidad de hecho a que se refiere el inciso primero del artículo 71 ha de ser entendida 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, y sea, en consecuencia, en parte diverso, habrá que entender que hay varios hechos, al no poder sostenerse que el sustrato empírico de las valoraciones jurídicas sea único. De todo ello ha de concluirse que la identidad absoluta a que se refiere de modo expreso el artículo 71.1 con la expresión "un solo hecho" podrá apreciarse sólo cuando los diversos delitos tengan el mismo sustrato material, o cuando el sustrato material de alguno o algunos de ellos sea en su totalidad parte del sustrato material de otro.

Bien podría colegirse, de lo anterior, por lo que a nuestra exposición interesa, que si un hecho, un solo hecho

---

(25) Sostenida, entre otros, por Cobo y Vives (*D.P.*, cit., p. 536) y Mir Puig ("El delito de coacciones en el Código penal", en *ADPCP*, 1977, pp. 303 y s. y *D.P.*, cit., pp. 592 y s.).

(entendido como supuesto de identidad absoluta, siquiera parcial, en el sustrato empírico de diversas valoraciones jurídicas) da lugar a dos delitos, de los cuales uno es medio necesario para cometer el otro, le será de aplicación el inciso primero del párrafo primero del artículo 71, esto es, estaremos ante un supuesto de concurso ideal de delitos. Si ello es así, la lógica de la interpretación jurídica y el principio de vigencia (26) nos obligan a estimar que el inciso segundo del artículo 71 establece los presupuestos fácticos de un caso de concurso real de delitos, exigiendo, en consecuencia, una pluralidad de hechos.

La asunción de la tesis de Antón Oneca y, en general, de los defensores de la consideración el concurso medial como una hipótesis de concurso ideal no es posible sin ensanchar más allá de lo que el propio texto legal permite el concepto de unidad de hecho. Aún así, la interpretación que puede derivarse de ese ensanchamiento no satisface siquiera a su máximo paladín. El propio Antón, dejando a un lado lo que el llama "las sutilezas expuestas" (refiriéndose a los argumentos interpretativos de la unidad o pluralidad de hechos en el artículo 71.2), prefiere creer que el precepto agrupa todos los hechos (en plural, dice literalmente) en conexión teleológica necesaria, aunque no se dé tampoco identidad parcial (27).

### 3. REQUISITOS

En orden a la exégesis de la norma de derecho positivo previsor del concurso medial de delitos procede estudiar, separadamente, sus dos requisitos básicos, que son, según creemos, la existencia de una *relación de medio a fin*, y

---

(26). Al que aludía expresamente Vives Antón (*La estructura*, cit., p. 18) en su hilo argumental.

(27) Antón Oneca, *D.P.*, cit., p. 491.

la *necesidad medial*. El primer requisito obliga a precisar, de una parte, cuáles puedan ser los *términos* de la necesaria relación medial, y, de otra, cuáles los *elementos* concurrentes para que aquélla se entienda constituida.

### 3.1. La relación de medio a fin

#### 3.1.1. Los términos de la relación medial

La conclusión, ya alcanzada, de que el concurso medial no es sino una hipótesis de concurso real de delitos deja subsistente la cuestión de cuáles hayan de ser los términos de la relación medial, cuestión trascendental en la práctica para precisar el alcance de la aplicación de la regla concursal que nos ocupa. Aceptado que el concurso medial requiere tanto la presencia de una pluralidad de delitos -en tanto en cuanto forma de *concurrency delictiva*- como la presencia de una pluralidad de hechos -en cuanto variedad del *concurso real*- se hace preciso determinar si en cada uno de los extremos de la relación medial se exige la concurrencia de un *hecho* (que a su vez puede ser constitutivo de varias infracciones, en concurso ideal), o se exige la concurrencia de un *delito*. En todo caso, trátase de hecho, trátase de delito, parece claro que la literalidad de la norma, al referirse a "uno de ellos" y "otro" no permite aceptar la presencia simultánea en alguno de los términos de la relación medial de pluralidad de hechos y de delitos.

La opinión doctrinal al respecto es pacífica. No solo los autores que pretenden la consideración del concurso medial como ideal, sino también quienes lo estiman como forma de concurrencia real, señalan al "delito" como término de la relación medial (28). Al argumento, ya expuesto, de

---

(28) Vid., sino, Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., pp. 360 y ss., Quintano Ripollés, *Comentarios*, cit., p. 398, Ferrer Sama, *Comentarios*, cit., p. 293, Quintero Olivares, *D.P.*, cit., p. 631, Cobo/Vives, *D.P.*, cit., pp. 535 y s. y Mir Puig, *D.P.*, cit., p. 600. Bustos Ramírez (*D.P.*, cit., pp. 346 y s.),

Antón Oneca, cabría añadir, en el plano de *lege data*, en favor de esta postura prácticamente unánime, si acaso, que el verbo que conecta los dos términos de la relación, "cometer", es más adecuado para referirse a delitos que para referirse a hechos. En su significación más propia *cometer* equivale a "hacer una cosa que constituye *delito*, falta o desacuerdo" (29).

Aún es necesario, no obstante, precisar el alcance del vocablo delito en cuanto término singular de los dos polos de la relación medial. Al respecto compartimos la opinión de Sanz Morán de equiparar, para el caso, *delito* con "unidades delictivas" o "infracciones singulares" (30). De este modo, podrán ser constitutivos de delito-medio o delito-fin, en una concurrencia medial, no sólo los supuestos de unidades típicas en sentido estricto, incluidos desde luego los delitos permanentes y los delitos complejos, sino también los

---

que estudia el concurso medial bajo la rúbrica "los delitos en relación de medio a fin o en conexión teleológica", se refiere luego a los "dos hechos" o a "ambos hechos" como los términos de la relación medial.

Evidentemente, será obligado que en cada uno de los extremos de la relación medial exista también un hecho, por cuanto solo así podrá existir pluralidad de infracciones según hemos entendido el concepto de "unidad de hecho". Ahora bien, pudiera suceder que en uno o en ambos términos del concurso medial se diese una pluralidad de hechos en sentido naturalístico, esto es, una pluralidad de conductas que no impliquen pluralidad de valoraciones jurídicas. Tal es, por ejemplo, el caso de existencia de un concurso aparente de normas por presencia de actos copenados posteriores. En tal caso, la pluralidad de conductas no implica pluralidad de valoraciones (de *hechos*), pues uno de los tipos de delito consume todo el desvalor de las diversas acciones.

(29) Cuestión distinta es si, en una perspectiva de *lege ferenda*, no sería más satisfactorio que bastase para apreciar el concurso medial que cada uno de los términos de la relación estuviese constituido por un *hecho*, ello con independencia de si tal hecho da lugar a uno o varios delitos. La alternativa propuesta tiene trascendencia en la práctica respecto al ámbito de aplicación de la norma, ya que, de bastar legalmente tal exigencia sería posible considerar como extremos del concurso medial a varios delitos en concurso ideal, o los supuestos de preterintencionalidad heterogénea que den lugar también a concurso del artículo 71, inciso primero.

(30) Vid., Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 219 y pp. 115 y ss. También, Mir Puig, *D.P.*, cit., p. 593.

supuestos de unidad delictiva con realización sucesiva del tipo penal, cual es el caso de los delitos habituales; los supuestos aceptados por doctrina y jurisprudencia de unidad típica en sentido amplio (por ejemplo, lesiones o calumnias sin solución de continuidad a un mismo sujeto); o las hipótesis de delito continuado. A *sensu contrario*, no podrán aceptarse como términos de la relación medial los supuestos de pluralidad delictiva, ya sean consecuencia de un único hecho (concurso ideal), ya lo sean de una pluralidad de hechos (concurso real).

Nada obsta, en cambio, a que en alguno de los términos de la relación medial, o en ambos, exista una pluralidad de hechos (en sentido naturalístico), siempre y cuando esa pluralidad no implique, en el seno de cada uno de los términos, insisto, una pluralidad de delitos. Esto último no sucederá, desde luego, en aquellos supuestos en los que, conforme a las reglas de solución del concurso de leyes o concurso aparente de normas, uno de los tipos penales concurrentes absorba todo el desvalor de injusto de las diversas conductas llevadas a cabo. Esto, que desde luego es evidente cuando las reglas del concurso aparente a aplicar son la especialidad, la subsidiariedad o la alternatividad, ha de afirmarse con igual rotundidad en los supuestos de existencia de *actos copenados* subsumibles en la regla de la consunción. Así, por ejemplo, quien sirviéndose de un delito medio comete un delito de infanticidio, y posteriormente inhumana ilegalmente el cadáver del recién nacido, habrá de ser penado conforme a lo que resulte de aplicar la regla del inciso segundo del artículo 71 entre el delito-medio y el infanticidio, como delito-fin. La inhumación ilegal (delito sancionable conforme al artículo 339 del Código penal) concurre solo aparentemente, y resulta consumida por el delito del artículo 410, conforme a la opinión de Orts (31), mayoritaria-

---

(31) Orts Berenguer, E., "Inhumaciones ilegales e infanticidio", en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, p. 426.

mente seguida en la doctrina (32). Esta conclusión es, por lo demás, absolutamente coherente con todo lo anterior, si se considera, como procede, que en esos supuestos sólo en apariencia existe una pluralidad delictiva en uno o en los dos términos de la relación medial (33).

Todavía en el marco del empeño por delimitar el alcance de los términos de la relación medial se hace necesario abordar una nueva cuestión. Esta es si el vocablo "delito", como "medio" o como "fin" en el concurso del artículo 71, inciso segundo, debe ser entendido en sentido amplio, como equivalente a infracción penal, o por el contrario ha de interpretarse, en su estricto sentido, como "infracción castigada con pena grave". El inciso segundo del artículo 71 no designa expresamente al delito como término de la relación medial. Aquél se configura como tal por referencia al inciso primero del mismo artículo, en donde sí se alude explícitamente a "delitos".

Así las cosas, debe convenirse que la solución propuesta a la inteligencia del término delito en el inciso primero, determinará necesariamente el alcance que, por referencia, pueda atribuírsele en el segundo. Cuello Calón (34), Córdoba (35), R. Devesa (36) o Gallego Díaz (37) defienden que en el artículo 71 no está comprendido ni el concurso entre dos faltas, ni el que pueda producirse entre un delito y

---

(32) Vid., por todos, Muñoz Conde, F., *D.P., P.E.*, 7 ed., Valencia, 1988, p. 57.

(33) La conclusión alcanzada es fruto de considerar que en los supuestos de *actos copenados* existe un auténtico concurso de leyes, no de delitos, y ello en razón de que el presupuesto de una de las leyes concurrentes (en el ejemplo, el art. 410) abarca, valorativamente, la totalidad del acontecer enjuiciado. Cfr., Vives Antón, *La estructura*, cit., p. 11 y nota 22, y Cobo/Vives, *D.P.*, cit., p. 122.

(34) Cuello Calón, *D.P.*, cit., p. 703.

(35) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 353.

(36) Rodríguez Devesa, *D.P.E.*, cit., p. 854.

(37) Gallego Díaz, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985, p. 443.

una falta, concursos a los que sí serán aplicables las reglas de los artículos 69 y 70, en los que se alude a "delitos o faltas" o, genéricamente, a "infracciones". Esta es también la postura adoptada por la doctrina jurisprudencial (38). Por contra, la doctrina mayoritaria (39) estima preferible entender el término delito como equivalente a infracción penal, abarcando indistintamente delitos y faltas.

A favor de esta segunda tesis se ha esgrimido, básicamente, el argumento de que el artículo 601 del Código penal no excluye de las reglas de determinación de las penas aplicables a las faltas la contenida en el artículo 71, por lo que, a *sensu contrario* ha de estimarse de aplicación (40). Ahora bien, del contenido del artículo 601 no puede colegirse, sin otras apoyaturas, que la norma del artículo 71 sea aplicable a las faltas. Es claro que aquél precepto establece una regla de referencia respecto a los artículos 49 a 66, cuya aplicación excluye en los supuestos de determinación de la pena de las faltas, y respecto al artículo 68, cuya aplicación por el contrario prescribe. Los preceptos que no menciona ni en un sentido ni en otro (artículos 67, 69, 69 bis, 70 a 76, 78 y 79) serán aplicables o no a las faltas según su propia literalidad y sentido, con independencia de la regla del artículo 601. Y mientras en los artículos 68, 69, 69 bis y 70 se mencionan expresamente las dos clases de ilícitos penales de forma explícita (delitos y faltas) o implícita (infracciones), en el artículo 71 se hace exclusiva referencia a delitos. No

---

(38) Entre las Sentencias más recientes pueden citarse las de 2.VI.1970 (A.2837), 13.X.1972 (A.4071), 12-III-1976 (A.1099), 12-III-1980 (A.1120), 15-X-1981 (A.3656), 28-I-1983 (A.64), 14-II-1983 (A.1670), 17-I-1985 (A.319) y 3-VII-1985 (A.3873), referidas algunas al concurso ideal de delitos y otras al concurso medial.

(39) Representada, entre otros, por Antón Oneca (*D.P.*, cit., p. 494), Puig Peña (*D.P.*, cit., p. 309, nota 16), Rodríguez Muñoz (*Notas al Tratado de D.P. de E. Mezger*, T.I, Madrid, 1955, p. 185), Vives Antón (*La estructura*, cit., p. 22), Mir Puig (*D.P.*, cit., p. 602) y Sanz Morán (*El concurso*, cit., p. 211).

(40) Así, siguiendo a Antón (*D.P.*, cit., p. 494), Mir, Vives y Sanz (*loc. cit.* en nota *supra*) reproducen el argumento.

parece que pueda, en el caso, justificarse la omisión de las faltas en razones de economía gramatical, razones que el legislador sólo habría hecho valer en este precepto de todos cuantos en el Código regulan los concursos, sean de leyes o de delitos.

De otra parte, se ha aducido también, en favor de la interpretación del término delito en el artículo 71 como equivalente a infracción penal, que una inteligencia estricta del mismo conduciría a resultados absurdos, pues permitiría aplicar un castigo más grave en el supuesto de que el delito concorra con una falta que en la hipótesis de que concorra con otro delito, lo que, evidentemente, choca con la lógica de la interpretación jurídica (41). Sin embargo, el argumento tampoco es concluyente. Al respecto ha de tenerse presente que una u otra alternativa de solución afectará, si acaso, a los supuestos de concurrencia entre dos faltas (42). En cambio, en los casos de concurrencia medial (o ideal) entre un delito y una falta procedería, en todo caso, recurrir a la norma subsidiaria de determinación de la pena que contiene el artículo 71 en su párrafo tercero, y que equipara sus

---

(41) A esta argumentación acuden Sanz Morán (*El concurso*, cit., p. 211) y Vives Antón (*La estructura*, cit., p. 22). Si es cierto, como afirma Sanz Morán, que la interpretación estricta del vocablo *delito* del artículo 71 conduce a aceptar un régimen punitivo más severo (el propio del concurso real) para el caso de concurrencia medial o ideal de infracciones de menor gravedad (las faltas), que el que resulta aplicable a igual concurrencia de delitos. Pero, con el vigente sistema de penas que aún pervive en nuestro Código, no puede afirmarse que ello conduzca a soluciones absurdas o injustas. Obsérvese que, a la vista -insisto- de la actual conformación del sistema de penas de nuestro Código, la regla penológica concursal del artículo 71 no es más benigna que la del artículo 70 por el hecho de que aquélla opte por la asperación y ésta por la acumulación material, sino porque la regla del artículo 71 permite optar por una u otra según resulta más benigno el resultado en el caso concreto. Que esa opción no sea posible para los concursos entre las faltas es una decisión político-criminal seguramente desacertada, pero admisible.

(42) Hay autores que niegan incluso la virtualidad real de la cuestión en el posible concurso entre dos faltas. Manzanares Samaniego (*C.P.*, cit., p. 363) entiende que el problema tiene "mucho de teórico (también) entre dos faltas, por la opinión común de que carecen de grados"

efectos penológicos a los del concurso real, puesto que resultará más benigna la suma de las penas del delito y de la falta que la aplicación de la pena del delito en su grado máximo (43). No alcanzamos a imaginar hipótesis alguna en la que, al no aplicarse la regla primera de determinación de la pena del artículo 71, pueda resultar más gravemente castigado (con arreglo a las pautas del párrafo tercero del artículo 71) quien comete en concurso medial un delito y una falta, que quien, en idéntica concurrencia, perpetra aquel delito como medio para cometer otro.

Así las cosas, es preciso tener presente que la utilización de un concepto amplio de delito resulta excepcional en el texto del Código, por lo que, como afirma Luzón (44), es algo que hay que probar en cada caso con argumentos con-

---

(43) Así lo reconocen expresamente algunas resoluciones judiciales. Vid., S.T.S. de 13-II-1972 (A.4071) y 28-III-1984 (A.2299). En esta última Sentencia se declara acertadamente que las objeciones formuladas a la exclusión de las faltas del ámbito de aplicación del artículo 71, si bien pueden tener eficacia cuando se trate de concurso entre faltas, son virtualmente inoperantes cuando se trata de concurso entre falta y delito cuya punición separada siempre será más beneficiosa que la conjunta de la absorción por aplicación de la pena asignada al delito en su grado máximo.

(44) Luzón Peña, D.-M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, pp. 455 y s. Respecto a la concreta interpretación del término *delito* en el artículo 71, a la que también alude en el contexto de su argumentación, el autor evita decantarse por una u otra postura, pues señala: "en el caso del art. 71 se podría pensar que «delito» ha de comprender también a las faltas, porque no hay razón para que la regla aplicable al caso de que un hecho constituya dos o más delitos o de que uno sea medio necesario para cometer otro, no se extienda también a las faltas; pero que ello sea así (y que no se trate más bien de que el artículo 71 quiera excluir a las faltas, teniendo en cuenta que las reglas de los arts. 68 y 69 para casos de concurso de leyes y concurso real se han molestado en mencionar expresamente a delitos y faltas) es algo discutible y discutido".

A favor de la general exégesis en el Código de *delito* como equivalente a infracción grave, compartiendo la tesis de Luzón, Huerta Tocildo, S., "Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos", en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, p. 218. Por una interpretación en general más amplia se inclina Magaldi, M.J., *La legítima defensa en la Jurisprudencia española*, Barcelona, 1976, pp. 83 y ss.

tundentes apoyados en poderosas razones de lógica y en la confrontación sistemática con otros artículos. Nos parece a nosotros, en lo que respecta al artículo 71, que las razones lógicas y sistemáticas en favor de un entendimiento amplio de "delito" no pueden calificarse de poderosas.

Parece evidente, cierto es, que la restricción de la norma del artículo 71 a las infracciones graves constituye un defecto de técnica legislativa, y es también palmario que el precepto, en estricta observancia del principio de proporcionalidad de las penas, *debiera* abarcar también a las faltas. No obstante, por las razones expuestas, creemos que no es posible, a través de su interpretación, soslayar ese defecto.

Con buen criterio, tanto el artículo 88 del PLOCP de 1980, como el artículo 72 de la PANCP de 1983 sustituyen la palabra *delito* por el término *infracción*, allanando así definitivamente el camino para la aplicación de las reglas del concurso medial también a las faltas.

### ***3.1.2. Los elementos de la relación medial***

La doctrina y la jurisprudencia exigen e modo prácticamente unánime, si bien con escasa precisión, y parquedad de argumentos, la presencia de dos elementos (que bien podrían denominarse elemento objetivo y elemento subjetivo) para que se produzca entre delitos (concebidos en los términos ya expuestos) a hipótesis de relación medial a que alude el inciso segundo del artículo 71. Veamos en primer lugar como aparece caracterizado en la doctrina y en la jurisprudencia el elemento objetivo.

### 3.1.2.1. Elemento objetivo de la relación medial

El elemento objetivo de la relación medial implica, a juicio de Córdoba Roda (45), que la simple preordenación psíquica de un delito a otro no motiva aún la estimación de concurso real-medial de delitos. Recurriendo a pronunciamientos jurisprudenciales, el autor citado concibe el delito-medio como un instrumento real indispensable para el resultado. En parecidos términos ya aludía Quintano en sus *Comentarios* (46) a la exigencia de un encadenamiento lógico de causa a efecto y de principio a fin entre lo que el mismo denominaba duplicidad objetiva, de acto, y hasta de intención. La jurisprudencia del T.S., al formular, casi siempre *obiter dicta*, los requisitos generales para la apreciación del concurso medial, alude, en primer término, a la exigencia de un "carácter objetivo o real a la necesidad medial que se postula, o lo que es lo mismo, que la unidad del hecho (*sic*) ha de ser considerada en el orden ontológico de ser y de la causalidad efectiva" (47).

Entendemos que el elemento objetivo de la relación medial, tal y como ésta se configura en el artículo 71 del Código, supone la existencia de una conexión instrumental real y objetiva entre dos delitos, de tal forma que la realización de uno de ellos (al que llamamos *delito-medio*) sirva causalmente para la perpetración del otro (al que nos referimos con la expresión *delito-fin*). Son varias las conclusiones que cabe extraer de caracterizar de este modo la relación medial.

En primer lugar, es evidente que el delito instrumental, o delito-medio, ha de preceder cronológicamente al de-

---

(45) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 363.

(46) Quintano Ripollés, *Comentarios*, cit., p. 398.

(47) Vid., S.T.S. de 2.X.1975 (A.3534), que cita Sentencias anteriores en las que se recoge idéntico pronunciamiento.

lito-fin (48). Ello impide la aplicación de la regla concursal del artículo 71, inciso segundo, a aquellos supuestos en los que el delito que podría calificarse de instrumental tiene por finalidad encubrir la comisión de otro (49). No se ha pronunciado ni la doctrina ni la jurisprudencia sobre aquellos otros supuestos en los que exista un considerable intervalo temporal entre uno y otro de los delitos que se sitúan en los extremos de la relación medial (50). En principio, no parece que el simple espaciamiento cronológico entre las conductas deba excluir, por sí mismo, la posibilidad de apreciar con-

---

(48) Así lo ha exigido, con buen criterio, en alguna ocasión, el T.S. Por ejemplo, en la Sentencia de 25.VI.82 (A.3577). Cabe, no obstante, que la ejecución del delito-medio tenga lugar una vez que han dado comienzo los actos ejecutivos del delito-fin, teniendo la comisión de aquél por objeto facilitar la consumación de éste. En este sentido, Luzón Peña (*Detenciones ilegales*, cit., p. 318) entiende aplicable la regla del artículo 71.2 al caso de que se produzca una toma de rehenes (delito del artículo 481.1) como medio necesario (en el caso concreto) para facilitar la ejecución de un robo (delito del artículo 501.4). En sentido opuesto, la doctrina italiana exige, para la aplicación de la denominada "*aggravante teleologica*" (art. 61, n. 2 C.P.), que la ejecución de delito-fin no haya sido comenzada todavía en el momento (inicial) de la comisión del delito-medio. Cfr., por todos, Prosdócimi, S., *Contributo alla teoria del concorso formale di reati*, Padova, 1984, pp. 88 y ss.

(49) Así, por ejemplo, no es aplicable el artículo 71 a quien roba o hurta un automóvil y luego procede a sustituir sus placas de matrícula con la lógica finalidad de facilitar la impunidad del primer delito, y autoencubrirse. Son reiteradas las declaraciones jurisprudenciales de inaplicación de la regla del concurso medial al caso de los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. Vid., sino, las S.T.S. de 22-VI-1976 (A.3120), 1-VI-1979 (A.2341), 24-X-1981 (A.3776) y 25-II-1983 (A.1729).

(50) La cuestión sí ha sido objeto de consideración en la doctrina italiana con relación a la figura del delito continuado, que, tras la reforma del artículo 81.2 del Código penal por el d.l. 99/1974, tiene como elemento característico la "unidad de designio criminal", con independencia de la homogeneidad o heterogeneidad de las disposiciones penales violadas. El precepto es aplicable aunque las violaciones legales se produzcan "in tempi diversi", por lo que la doctrina ha oscilado desde posiciones que sostienen que el intervalo entre un delito y otro puede ser de años, hasta posiciones que demandan que los delitos se verifiquen en un arco temporal muy concreto. Cfr., sobre las diversas posturas al respecto, Crespi, A., Stella, F., Zuccala, G., *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 1986, p. 227, con ulteriores referencias bibliográficas.

curso medial. Ello no obsta a que se considere el factor temporal como límite lógico, y desde luego como un índice probatorio importante de la conexión medial.

En segundo lugar, sólo podrá apreciarse la concurrencia del elemento objetivo de la relación medial, y en consecuencia el concurso medial mismo, cuando el delito-medio pueda calificarse de instrumento idóneo para la comisión del delito-fin. Al respecto, también el T.S. ha barajado, en ocasiones, el criterio del *juicio hipotético*, a tenor del cual la conexión medial exige que pueda pronosticarse que el segundo delito no se hubiera producido (en el caso concreto) si el sujeto activo no hubiera, previamente, cometido el primero (51).

De ello no puede derivarse, no obstante, la exigencia de que se produzca necesariamente la consumación del delito-medio. La relación instrumental puede ser objetivamente constatable también en el caso de ejecución imperfecta del delito-medio, y, desde luego, nada obsta, en este ámbito, a la estimación del concurso real cuando el delito imperfectamente cometido es el delito-fin (52). Creemos que tampoco es obstáculo para tal conclusión a exigencia le-

---

(51) Vid., entre otras, las S.T.S. de 29-XII-1947 (A.1504), 13-V-1964 (A.2506), 13-III-1984 (A.1816), y 2-XI-1984 (A.5422). La Sentencia de 3-X-1951 (A.2044) lleva, a nuestro juicio, más allá de lo debido las consecuencias de la exigencia de *necesidad* medial. En ella, el T.S., confirmando el fallo del Tribunal *a quo*, y ante un supuesto de estafa de hospedaje para cuya comisión el agente se sirvió de un uso público e indebido de uniforme militar, niega la aplicabilidad de la regla del concurso medial, afirmando que "este precepto (artículo 71) exige, a los efectos de su posible aplicación que el delito medio sea necesario para poder cometer el delito fin, es decir: que su empleo no admita opción o facultad de elegir entre las diferentes formas de conseguir el propósito delictivo deseado por el delincuente lo que como es obvio no ocurre en el presente caso".

(52) Así lo reconoce, sin vacilaciones, la Jurisprudencia. Cfr., por ejemplo, la S.T.S. de 10-X-1987 (A. 7286), en la que se resuelve conforme al artículo 71.2 un supuesto de concurrencia de un delito de rapto como medio para cometer un delito de violación, que resultó en grado de tentativa.

gal de que los términos de la conexión medial sean *delitos* (53).

Cuestión distinta de la anterior, e igualmente preterida por la doctrina, es la relativa a la posibilidad de admitir el concurso medial en los supuestos de simple participación criminal, bien en el delito-medio, bien en el delito-fin, o incluso en ambos. Caso de aceptarse una contestación afirmativa a la hipótesis formulada, habría que pronunciarse también por la aplicación o no de la regla concursal a los casos

---

(53) En efecto, a la posibilidad de admitir como delito-medio o como delito-fin uno imperfectamente ejecutado no se opone la letra del precepto al demandar que en ambos extremos de la relación se produzcan "delitos". En este sentido resultan convincentes las argumentaciones de Mir Puig ("Los términos «delito» y «falta» en el Código penal", en *ADPCP*, 1973, pp. 351 y ss.) cuando afirma que no existen razones legales convincentes para no extender a la tentativa y a la frustración la denominación "delito". Considera Mir, a la cabeza de las consecuencias lógica y prácticamente intolerables a que conduciría la negación de la calificación de "delito" a las conductas constitutivas de tentativa o frustración que "las reglas relativas al cumplimiento de pena en el concurso real (arts. 69 y 70) no podrían extenderse a aquellas figuras: tampoco podría aplicarse a ellos la normativa de los arts 68 y 71, dejando vacía de regulación respecto a los mismos una materia tan importante" (*Loc. cit.* p. 357).

Más discutible resulta precisar si, para colmar la exigencia de un "delito" como término de la relación medial, basta la concurrencia de un acto preparatorio punible. En contra de aceptar esa eventualidad se manifiesta Rodríguez Mourullo (*Comentarios*, cit., T.I, pp. 163 y s.) por cuanto considera presupuesto para la aplicación del artículo 71 "la ejecución, siquiera sea parcial, de hechos constitutivos de un particular tipo delictivo. Los términos «delito» o «falta» que se utilizan en los artículos 69 y 71 -entiende R. Mourullo-, significan la ejecución, completa o incompleta, de un hecho previsto como delito o falta en la Parte especial del Código". Mir Puig (*Loc. cit.*, pp. 371 y ss.) sostiene, por su parte, con carácter general, que la extensión de la calificación "delito" a los llamados actos preparatorios punibles ha de condicionarse al entendimiento de dicho concepto "delito" -en sentido *accesorio o subordinado* a los delitos principales. Ello conduce -según el propio Mir- a la imposibilidad de entender incluidos los actos preparatorios punibles en el término delito, cuando este se utiliza en el sentido de "delito autónomo". Como ejemplos de ello cita los arts. 3, 4, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54, omitiendo los relativos al concurso. Desde la perspectiva político-criminal no parece en modo alguno satisfactorio excluir del ámbito de aplicación de las reglas del concurso medial los supuestos de actos preparatorios punibles.

de participación en distinto grado en cada uno de los dos delitos constitutivos de la relación medial.

La solución a la alternativa planteada en primer término pasa por dilucidar si *comete un delito* -como exige el artículo 71, implícitamente respecto al delito-medio, y explícitamente respecto al delito-fin- sólo el autor material o directo del mismo, en cuyo caso habría de concluirse que la regla del artículo 71 únicamente es aplicable a él, o si también *cometen el delito* los partícipes, en cuyo caso también a ellos será aplicable el artículo 71. Córdoba Roda ha sostenido, al comentar la circunstancia segunda del artículo 10 del Código penal, que "*sólo comete el delito* el autor material o directo, pues el legislador en el número 2 del artículo 10, concibe el 'cometer el delito' como *realizar el hecho típico*" (54). Tal conclusión, sin embargo, no nos parece trasladable al ámbito de las reglas concursales. En primer lugar, hay también argumentos legales para sostener, como lo hace Mir Puig (55), que tanto las formas de participación asimiladas a la autoría (56), como incluso la complicidad o el encubrimiento pueden ser designadas con la palabra "delito", y, por tanto, puede afirmarse de quien las lleve a cabo que *comete un delito* (57). En segundo lugar, no admitir la posibilidad de aplicar las reglas concursales del artículo 71 a los casos de

---

(54) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., T.I, p. 561.

(55) Mir Puig, *Los términos*, cit., p. 367.

(56) Respecto a ellas afirma Mir Puig (*Los términos*, cit., p. 360) que "No resulta difícil inferir de la letra del artículo 49 del Código penal que no sólo la acción del autor material constituye «delito» -o «falta»-, sino también la de los que, sin serlo, son asimilados por virtud del art. 14 o del art. 15. Todos ellos, en efecto, *cometen el «delito»*, según aquel precepto, aunque la real ejecución de los distintos tipos sólo pueda tener como sujetos a los autores materiales".

(57) El propio Córdoba Roda parece admitir esa posibilidad, pues, al estudiar la cuestión de la determinación de las dos penalidades alternativas en el artículo 71, concluye que las penalidades a comparar deben ser determinadas en concreto, para lo cual exige atender, entre otros criterios, a *las formas de participación*, con lo que reconoce la posibilidad de su existencia en los concursos del artículo 71. Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., T.II, p. 371.

participación criminal conduciría a consecuencias absurdas e injustas, y político-criminalmente inaceptables a todas luces, pues obligaría a aplicar un criterio punitivo más severo a quien únicamente participa en el hecho delictivo, que a quien resulta ser su autor material, permitiendo incluso que aquél sea más gravemente castigado que éste (58).

En consecuencia, aceptado que una conducta de simple participación (asimilada o no a la autoría) es suficiente para colmar la exigencia legal de concurrencia instrumental de dos *delitos*, no observamos obstáculos en admitir la posibilidad del concurso medial aun cuando el grado de aquella participación sea diverso en los dos polos de la conexión instrumental (por ejemplo, un sujeto es autor del rapto y cooperador no necesario en la violación, o, a la inversa, es cooperador no necesario en el rapto y autor material de la violación) (59).

---

(58) Si A y B fuesen coautores de un delito castigado con una pena de reclusión menor (por ejemplo, lesiones del art. 418), perpetrado como medio para cometer otro castigado con la misma pena (por ejemplo, violación), del cual el sujeto A fuese autor material y el sujeto B únicamente cómplice, resultaría, de aplicar la regla del concurso medial únicamente a los casos de autoría directa, que el sujeto A (a quien sería aplicable el artículo 71.2) respondería por ambos delitos, de los que es autor material, con una pena mínima de 17 años y cuatro meses (el mínimo del grado máximo de la reclusión menor) y una máxima de 20 años (el máximo del grado máximo de la reclusión menor). Por el contrario, el sujeto B, autor de un delito y cómplice del otro, sería castigado a una privación de libertad total de al menos 18 años y dos días (12 años y un día por las lesiones y 6 y un día por la violación), y que podría alcanzar los 30 años (veinte años por las lesiones y doce años por la violación, aplicando el límite de la regla segunda del artículo 70).

(59) No parece siquiera necesario, ni resultaría justificado, exigir que la participación, para ser sometida a la regla del artículo 71, fuese accesoria de una conducta también sometida a la regla concursal medial. Es decir, la regla del artículo 71 debe aplicarse, creemos, aunque el autor material de una de las conductas no haya participado en la otra, y, por tanto, no esté sujeto al concurso. Así por ejemplo, si el sujeto A rapta para violar, pero quien viola es el sujeto B -que no participó en el rapto-, siendo A cómplice de la conducta delictiva de B, el sujeto A responderá por un concurso medial entre el delito de rapto (del que es autor material) y el delito de violación (del que es únicamente cómplice).

Aún con referencia al elemento objetivo, ya por último, es menester recordar que resulta indiferente que se produzca o no una coincidencia parcial en el sustrato fáctico de las dos conductas delictivas finalísticamente conectadas. Ello es lógica consecuencia de la consideración del concurso medial como un concurso real de delitos, en el que, por tanto, elemento característico fundamental es la pluralidad de hechos jurídicamente desvalorados por el ordenamiento penal. Que los hechos relevantes a efectos de integrar el presupuesto material de las normas penales concuerden o no parcialmente es irrelevante.

### 3.1.2.2. Elemento subjetivo de la relación medial

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en la afirmación de un elemento subjetivo en la relación medial (60). Córdoba Roda (61), al tiempo que remarca que la cualidad medial no es una categoría subjetiva, y que, por tanto, la simple preordenación psíquica de un delito a otro no colma las exigencias del artículo 71.2, expresa también que el simple nexo objetivo, por sí solo, no debe motivar la estimación del precepto referido. Los términos de la exigencia de un elemento subjetivo son extraídos por Córdoba de la doctrina jurisprudencial que, si bien concreta en algunos fallos ese

---

(60) En la doctrina, sin embargo, los pronunciamientos acerca de la necesidad y alcance del elemento subjetivo suelen realizarse "de pasada", dando su exigencia por supuesta, o aludiendo a su papel en el origen de la específica regulación del concurso medial. Aludiendo únicamente al elemento subjetivo respecto al origen de la institución: Mir Puig (*D.P.*, cit., p. 600: "Probablemente el *fundamento* de la equiparación del tratamiento legal sea (no) ...castigar por separado los delitos *unidos en el plan del autor*"), Quintero Olivares (*D.P.*, cit., p. 631: "...responde históricamente a la conveniencia de *valorar un solo plan criminal (unidad de dolo, pese a la diversidad de hechos)*"), o Manzanares Samaniego (*C.P.*, cit., p. 364: "...aquí, en la *voluntad unitaria*, se ha visto la «ratio» del precepto"). Afirma el elemento subjetivo como requisito que se da por supuesto, por ejemplo, Muñoz Conde (*Teoría general*, cit., p. 223: "...no bastaría el plan subjetivo del autor").

(61) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 363.

elemento subjetivo en la "unidad de impulso criminal", siguiendo así la fundamentación de Groizard al precepto mismo, por lo general lo caracteriza a través de la exigencia de una "proyección de la voluntad del agente sobre el vínculo real o elemento objetivo de la relación medial (62).

Es palmario que con tan imprecisa caracterización del elemento subjetivo queda sin delimitar convenientemente cuál es el alcance y cuáles son las consecuencias en orden a la apreciación o no del concurso medial según se estime que el elemento concurre o está ausente (63).

Ahora bien, una primera cuestión a dilucidar en este plano debe ser si el concurso medial exige realmente algún requisito en el plano subjetivo. Al respecto creemos que merecen ser consideradas dos posibles alternativas: o se concibe el concurso medial con criterios estrictamente objetivos, o se concibe con un criterio mixto, exigiendo al lado de los requisitos objetivos otros en el plano subjetivo. Una ter-

---

(62) Así S.T.S. de 2-X-75 (A.3534).

(63) La respuesta a muchos interrogantes que pueden formularse respecto al ámbito de aplicación de la regla del concurso medial, depende del alcance y significado que se otorgue al elemento subjetivo, o, aún antes, depende de que el requisito subjetivo se considere exigible o superfluo. La concreción, o, en su caso, la inexigencia del elemento subjetivo determinarán la respuesta a cuestiones tales como las siguientes: ¿Es posible apreciar la conexión medial en el supuesto de que uno de sus términos sea un delito imprudente, o es exigible que ambos sean delitos dolosos?. ¿Cuando ha de producirse, en caso de que se estime exigible, la conexión subjetiva (lo que el Tribunal Supremo denomina la proyección de la voluntad del agente sobre el vínculo real)?, o sea, ¿es posible el concurso medial si la voluntad de cometer el delito-fin surge después de consumado el delito-medio?. ¿Qué alcance ha de tener esa proyección de la voluntad del agente sobre el vínculo real, es decir, ¿resulta aplicable la regla del concurso medial al caso de que el sujeto cometa como delito-fin uno distinto del inicialmente perseguido?. En este caso, ¿ha de ser el delito-fin preconcebido con anterioridad a la comisión del delito-medio?. ¿Se rompe la conexión medial si en el curso de la actividad delictiva instrumentalmente conectada se comete un delito (por ejemplo imprudentemente) ajeno a la relación teleológica de medio a fin?. ¿Y si el delito-fin es un delito imprudente fruto de una conducta inicial dolosa, esto es, si es un delito preterintencional, resultará aplicable la regla del concurso medial?.

cera opción, radicalmente subjetivista, y que consistiría en demandar para la aplicación de la regla segunda del artículo 71 una unidad de designio criminal o un dolo unitario, entendemos que ha de ser desechada. Tal solución podría, sin duda, dar pie a fundamentar esta modalidad *sui generis* de concurrencia delictiva en la supuesta menor reprochabilidad de quien cede una solo vez a los impulsos criminales y no se para a considerar las diversas lesiones de bienes jurídicos derivadas de su pluralidad de conductas (64), pero ni es defendible de *lege data*, a la luz de la regulación vigente del artículo 71.2, que para nada formula requisitos de tal naturaleza (65), ni, desde luego, es satisfactoria de *lege ferenda*, ya que su construcción plantearía insalvables obstáculos en

---

(64) La idea de que la unidad de resolución, dolo o propósito denota una menor reprochabilidad ha sido sostenida, no sin evidentes contradicciones, por el Tribunal Supremo en relación con la exigencia de un requisito subjetivo en el delito continuado. Las contradicciones son inevitables al caso, pues, si la aplicación de la continuidad delictiva en unos casos atenúa y en otros agrava la penalidad, la unidad subjetiva denotará, supuestamente, según el caso, menor o mayor reprochabilidad. Cfr. Castiñeira Palou, M.T., *El delito continuado*, Barcelona, 1977, pp. 91 y ss. La doctrina penal tiene, ciertamente, también respecto al concurso medial, la tendencia a afirmar la necesidad de "unidad de propósito y de plan" (Vid., v. gr., Luzón Peña, *Detenciones ilegales*, cit., p. 318), pese a que de la dicción del artículo 71.2 no pueda derivarse exigencia de semejante alcance.

(65) Nos parece indiscutible el objetivismo con el que han de ser interpretados los requisitos legales expresos que para apreciar el concurso medial formula el artículo 71. Singularmente, creemos que no pueden ser interpretados más que conforme a pautas objetivas las exigencias de "medio" y "necesario". Si no fuese así, y si por el contrario se diese un sesgo subjetivista a la exigencia de que un delito sea medio para otro podrían incluirse en la norma objeto de consideración supuestos como el siguiente: un sujeto retiene para ejercer la prostitución a otro (delito del artículo 452 bis a) tercero), y como éste se resistiere, le causa lesiones. Subjetivamente, el delito relativo a la prostitución es medio para las lesiones, en tanto en cuanto, de no mediar aquél no se hubiera producido éste. Tal hipótesis de concurrencia medial ha de rechazarse, sin duda alguna, pues, objetivamente, el primer delito no es, en modo alguno, instrumento idóneo (e imprescindible en el caso concreto) para la comisión del segundo.

el plano dogmático, y no sería político criminalmente deseable (66).

La doctrina y la jurisprudencia se inclinan, como ya hemos apuntado, por una concepción objetivo-subjetiva o mixta del concurso medial (67). Esta solución puede fundamentarse, a nuestro juicio, en el entendimiento de que la exigencia de que un delito sea "medio *para*" implica la consideración del que llamamos delito fin como un auténtico *fin o intención*, esto es, como la representación de un resultado que el agente se ha propuesto conseguir (68). Esta tesis conduce, desde luego, a excluir del ámbito de aplicación de la regla del concurso medial aquellos supuestos de conexión delictiva instrumental cuyo segundo término sea un delito imprudente (así, por ejemplo, no será aplicable concurso medial al supuesto de que un mismo sujeto cometa un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, y, en conexión instrumental con él, cause un homicidio imprudente, v. gr., por atropello de un peatón) (69). Ello, naturalmente, porque

---

(66) En un plano dogmático, la exigencia del llamado dolo único, conjunto o global, carece de sustantividad propia, ya que, aunque cabe pensar que el sujeto programe o proyecte la realización de una serie de acciones, es inadmisibles que las quiera realizar en un momento determinado a partir del cual actúe como un autómatas. El dolo ha de concurrir, también, en la realización de cada acción, por lo que, para que exista un dolo conjunto, éste o se configura específicamente al margen de cada delito o se duplica. Ninguna de las dos hipótesis parece posible. Cfr. Castiñeira Palou, *El delito continuado*, cit., pp. 106 y ss. y Cobo/Vives, *D.P.*, cit., p. 540.

(67) Ello con independencia de que se reconozca que, históricamente, en la base de la equiparación de estas hipótesis, en cuanto a su tratamiento punitivo, al concurso ideal, este "una supervaloración de elementos subjetivos". Vid., por todos, Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 217.

(68) En este sentido, Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 217, quien, al apuntar que la equiparación entre las dos hipótesis de concurso del artículo 71 tiene lugar "en atención al fin del agente" (en el caso del concurso medial), reconoce que ello (la existencia de un "fin" en el actuar del agente) constituye un presupuesto para la aplicación de la regla del inciso segundo del artículo 71.

(69) A esta conclusión llega, en lógica consonancia con su concepción del concurso medial, el Tribunal Supremo. Cfr. S.T.S. de 7-IV-1952 (A.610), 8-II-1957 (A.247), 13-V-1964 (A.2506), 23-X-1965 (A.4352) y 28-

el fin es siempre conocido, y por consiguiente deseado de manera consciente por el sujeto, lo que resulta incompatible con el delito imprudente (70). Tampoco esta concepción resulta fácilmente conciliable con la situación inversa, esto es, con los supuestos de conexión instrumental cuyo punto de partida (delito-medio) sea un delito culposo (tal sería el caso, por ejemplo, de quien causa imprudentemente lesiones y, aprovechando tal circunstancia, viola). En estos casos, necesariamente, el fin, como representación del resultado propuesto, no puede sostenerse sino que surge tras la producción del resultado no querido (pero causado por la falta de la diligencia debida), por lo que se confunde de modo absoluto con el elemento cognoscitivo del dolo del delito fin, y

---

III-1984 (A.2299). En esta última sentencia se afirma que "en el supuesto de conexión teleológica de delito medio necesario para cometer otro, por muy objetivo que se conciba el nexo de necesidad, es también obvio que sobre tal vínculo debe proyectarse la voluntad del agente que pone en marcha el delito instrumental a fin de lograr el último resultado delictivo propuesto, hasta el punto de que en este aspecto subjetivo del psiquismo del culpable, *refractario a la mera culpa en el delito-fin*, ha visto la jurisprudencia la *ratio* del precepto en la modalidad de que se trata". Excepcional, en éste como en otros ámbitos, ha de considerarse la S.T.S. de 9-II-1984 (A.742) que, ante un supuesto de homicidio preterintencional, estima de aplicación la regla del inciso segundo del párrafo primero del artículo 71 al entender "las lesiones dolosas como medio de cometer homicidio culposo". Afirma Huerta Tocildo ("Adiós al homicidio preterintencional", en *La Ley*, (T. 1984-4), p. 201), en crítica a esta última Sentencia, que "no comprendo cuál ha sido el razonamiento que ha conducido a apreciar en este supuesto una conexión de carácter medial allí donde no solo no la hay, sino que es de todo punto inconcebible". En parecidos términos, Silva Sánchez ("Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *ADPCP*, 1985, p. 202, nota 29) estima que "no puede hablarse de un *fin*, a propósito del homicidio culposo en estos casos".

(70) No hay obstáculo, según este criterio, para el mantenimiento del concurso medial si en el curso de ejecución, en el intervalo entre el delito-medio y el delito-fin, se produce por el mismo agente un resultado delictivo imprudente. Así, quien utiliza ilegítimamente un vehículo de motor ajeno para robar, pero en el curso de la ejecución causa homicidio o lesiones imprudentes (por atropello, v. gr.), responderá por utilización ilegítima de vehículo de motor y robo en concurso medial, a su vez, en concurso real con el homicidio o las lesiones culposas.

por consiguiente, relega la concurrencia medial al puro objetivismo de la conexión instrumental.

La estimación, conforme a esta primera tesis, de que es preciso la representación por el agente del delito-fin como el resultado que se ha propuesto conseguir, nos lleva ineludiblemente a plantearnos en qué momento y con qué precisión es exigible la aludida representación.

Considerar el segundo término de la relación medial como un auténtico fin conlleva suponer que su figuración es anterior a la comisión del delito-medio. En otro caso, ya lo hemos dicho antes, la representación de ese fin no sería más que la propia de los elementos del dolo de todo delito intencional. Político-criminalmente ello no tiene más consecuencias que la ya apuntada de excluir del ámbito de aplicación de la regla del concurso medial los casos de concurrencia de un (o de dos) delito imprudente.

Más trascendencia y dificultad presenta el tema de la precesión exigible a la representación del delito fin. Al respecto cabe, *ab initio*, plantearse dos alternativas con efectos diametralmente opuestos. Una primera consistiría en exigir que la ideación del resultado propuesto (del delito-fin) sea precisa y determinada. Conforme a ella, sólo se aplicaría la regla del artículo 71.2 cuando el agente se haya representado una determinada conducta como fin (así, por ejemplo, el sujeto se ha propuesto violar, para lo que precisa allanar la morada, llevando a efecto ambas conductas). Esta primera alternativa puede conducir, no obstante, a consecuencias insatisfactorias, e incluso injustas. Según ella, no sería aplicable el concurso medial al supuesto de que el delito fin efectivamente cometido fuese distinto al propuesto, aun cuando, por ejemplo, fuese de menor gravedad (71). Así, en

---

(71) La menor gravedad del delito efectivamente cometido podría venir determinada tanto por un menor grado de ataque al mismo interés tutelado (por ejemplo, el fin era violar, y la conducta efectivamente perpetrada fue una agresión sexual), como por un ataque en una dirección dis-

el ejemplo anterior, si el sujeto allana y viola responderá en concurso medial, por el artículo 71, pero si allana con aquella finalidad y se conforma *sólo* -permítaseme la expresión- con agredir sexualmente, o incluso causar lesiones (del artículo 420), habría de responder de ambas conductas por la regla más severa del concurso real de los artículos 69 y 70 (72).

La segunda alternativa a la precisión que es exigible a la representación del fin consistiría en admitir como suficiente una representación alternativa o eventual de uno o varios hechos delictivos como término final de la relación concursal (así, sería aplicable la norma del artículo 71.2 a quien allane la morada ajena con el fin alternativo de lesionar, violar o detener ilegalmente, si finalmente, por ejemplo, comete el delito del artículo 480 del Código penal). Esta segunda solución no presenta los inconvenientes efectos que hemos atribuido a la anterior, pues, en realidad, únicamente niega la aplicación del artículo 71.2 a los casos en los que el fin (delito-fin) no hubiese podido siquiera ser representado eventualmente, esto es, los supuestos en los que el delito fin sea un delito culposos (73).

---

tinta de la propia del fin (por ejemplo, el fin era violar, y se causaron lesiones del artículo 420.)

(72) No se nos oculta que, por lo general, la objeción formulada es más operativa en el plano teórico que en el de la praxis, pues el agente hipotéticamente sometido a las reglas concursales sostendrá siempre, en su propio beneficio, que el fin propuesto era coincidente con el delito cometido. Con todo no cabe desconocer la posibilidad de que existan situaciones en que realmente pueda probarse que existió un propósito, una intención representada, distinto del realmente materializado.

(73) Si se entiende en un sentido amplio la demanda de una representación eventual del delito fin, presenta dificultades insalvables en el plano probatorio la tesis que pretenda negar su existencia, pues la eventualidad del delito-fin puede abarcar cualquier conducta lesiva para cualquier bien jurídico, con lo que tal exigencia no supone límite alguno a la aplicación de la regla del concurso medial entre delitos dolosos. Vid., sobre tales consideraciones, Castiñeira Palou, *El delito continuado*, cit., pp. 119 y s.

Sin embargo, la interpretación hasta ahora expuesta, la seguida por doctrina y jurisprudencia, y que, en cualquiera de sus variables, condiciona la aplicación de la regla concursal medial a la concurrencia de una dirección final de la voluntad; que presupone, en suma, la representación de un *fin* (constitutivo de una conducta delictiva), para cuya realización es necesario (en el caso concreto) el empleo de un medio, constitutivo, a su vez, de (otro) delito, parece que puede cuestionarse, ya que, en un principio, la no exigencia explícita en el texto del artículo 71.2 de requisitos subjetivos permite también enfocar su interpretación a la luz de los exclusivos parámetros objetivos.

En efecto, cabe interrogarse acerca de si no es posible entender que la exigencia legal de que un delito "*sea medio (necesario) para cometer otro*" puede colmarse suficientemente con la sola exigencia de datos objetivos, sin necesidad de que concurran, además, presupuestos subjetivos. La pregunta de obligada y decisiva respuesta es, en este punto, si basta para afirmar la cualidad de "medio (necesario) para" (respecto de un delito) el que objetivamente sea vehículo instrumental idóneo (imprescindible, en el caso concreto) para cometer otro, sin ulteriores connotaciones en el plano subjetivo. Obviamente, una respuesta positiva a la pregunta formulada implicaría que el que llamamos delito-fin, dejaría entonces de constituirse en auténtico "fin o intención" del agente, pasando a ser, únicamente, el segundo término de una conexión meramente causal, empíricamente constatable, entre dos delitos independientes.

Así las cosas, ya en el plano de las consecuencias de esta alternativa interpretativa, nada se opondría a que un delito imprudente integrase alguno de los términos de la relación concursal medial. Conforme a este entendimiento, podría aplicarse la regla penológica del artículo 71 a quien, por ejemplo, tras allanar la morada ajena, causare culposamente la muerte (homicidio culposo) a uno de los morado-

res, o a quien, tras causar imprudentemente lesiones, violare, aprovechándose de la situación de indefensión de la víctima.

Quizás en el plano político-criminal, de las consecuencias *deseables* de la aplicación de la regla concursal que nos ocupa, esta postura exegética puramente objetivista merezca una mejor consideración que la tradicional postura mixta, pues evita aplicar un tratamiento punitivo más severo (en el plano concursal) a quien, con idéntico contenido de injusto, actúa menos culpablemente (sólo con culpa), que a quien lo hace de modo más reprochable (con dolo). Sin embargo, esta posición nos parece de *lege data* difícilmente sostenible, habida cuenta de que, como ya hemos puesto de relieve, implica prescindir de toda idea de *fin*, de toda idea de *conexión teleológica*, que complementa la, evidentemente precisa, *conexión instrumental*.

Es cierto que el artículo 71.2 no somete de modo explícito la apreciación del concurso medial de delitos al requisito de la configuración del delito-fin (74) como el injusto culpable que integre la plasmación de una intención subjetiva del común agente, previamente representada. Pero es también indudable que la formulación legal del citado inciso segundo del párrafo primero del artículo 71 del Código penal incorpora de modo implícito las suficientes alusiones a la idea de *fin*, y, por tanto, a la necesidad de la *conexión* también en el plano teleológico, como para que no sea posible prescindir en su glosa de un elemento subjetivo (75). El pre-

---

(74) Al que alude, recordemos, únicamente con el pronombre "otro".

(75) Ello, por supuesto, con independencia incluso de las razones subjetivistas, como ya hemos dicho hoy inatendibles desde un correcto enfoque de la teoría del concurso, que determinaron el surgimiento de específicas consecuencias penológicas para esta forma concursal. Razones que, desde luego, son prescindibles a la hora de tomar partido por una u otra interpretación respecto a las exigencias derivadas de la regulación en el Derecho positivo del concurso medial.

cepto conecta los dos extremos de la relación concursal con la expresión "*medio necesario para*". Veamos, desgranándolo, su significado (76). *Medio* es, según el sentido que le resulta propio en este contexto, "lo que puede servir para determinado *fin*". *Necesario*, que el texto legal califica a *medio*, alude a lo "que es menester indispensablemente, o hace falta para un *fin*". *Para* es, según el *Diccionario*, una "preposición con que se denota el *fin* o término a que se encamina una acción". Parece, en suma, que una interpretación que pretendiese colmar los presupuestos del artículo 71.2 con la única exigencia de requisitos objetivos, prescindiendo de toda referencia al requisito subjetivo de la representación del *fin* del agente, tendría en su contra insuperables argumentos no sólo de orden histórico, sino, sobre todo, de naturaleza gramatical y teleológica.

### 3.2. La *necesidad* medial

Una de las cuestiones que sí ha despertado interés en la doctrina a la hora de interpretar el inciso segundo del artículo 71 del Código penal ha sido, ya desde su mismo nacimiento, la referida al significado que haya de darse a la exigencia de *necesidad* medial, en tanto que la norma no se conforma con exigir que un delito sea medio para cometer otro, sino que requiere que aquél sea medio *necesario* para éste.

Ya Pacheco, al comentar el texto de 1850, se enfrentaba a la cuestión. No obstante, su planteamiento no resulta hoy asumible, pues, a su juicio, el requisito de la necesidad medial tenía por finalidad delimitar el ámbito de aplicación del concurso medial respecto al de la entonces circunstancia agravante del número 11 del artículo 10 según la que agravaba un delito el ser medio para la perpetración de otro

---

(76). Nos servimos para ello, en los tres casos, naturalmente, del *Diccionario de la Real Academia de la lengua española*.

(77). Aún considerando la trascendencia que pueda tener para una explicación histórica del requisito de la necesidad medial su coexistencia en el Código de 1848 con la mencionada agravante, la desaparición de ésta en los códigos posteriores abre nuevas perspectivas de interpretación del artículo 71, que para nada han de relacionarse con la mencionada circunstancia.

Por su parte, Groizard censura la exigencia de la necesidad del delito-medio, porque entiende que "todo lo que es necesario para la realización de un hecho punible es una condición característica de su naturaleza legal, y cabe y debe estar castigado dentro de la ordinaria determinación de su pena". A su juicio, solo sería procedente aplicar la regla del concurso medial "cuando un delito se cometa como medio de realizar otro, siempre que no sea medio necesario" (78). La crítica de Groizard parte de tomar la exigencia del medio *necesario* como un requisito abstracto, y una exigencia a considerar en el plano puramente legal.

En la actualidad, el debate doctrinal se centra en el alcance que haya de otorgarse a la exigencia de *necesidad* medial, siendo los dos polos de la discusión si la expresión "medio *necesario*" ha de entenderse en un sentido legal, abstracto y absoluto, o, por el contrario, ha de dotársela de un contenido lógico, concreto y relativo.

Dice Ferrer Sama (79) que, en términos absolutos, un delito es medio necesario para cometer otro cuando este delito-fin no puede perpetrarse en modo alguno sino mediante esa otra infracción. Por el contrario, en un sentido relativo, habrá de ser considerado el delito-medio como necesario para la comisión del delito-fin cuando efectivamente

---

(77) Pacheco, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, 3 ed., T. I, Madrid, p. 422.

(78) Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, T. II, Burgos, 1872, p. 428.

(79) Ferrer Sama, *Comentarios*, cit., p. 294.

haya sido preciso realizar aquél para cometer la otra infracción, tal como el sujeto ha planeado el proceso ejecutivo en el caso concreto, y aunque objetivamente apreciada la situación de hecho resulte que ese delito-fin también hubiera podido llevarse a cabo por otros medios.

Equivalentes a *necesidad* en sentido relativo son las expresiones "necesidad en sentido lógico", por oposición a necesidad en sentido legal, ambas usadas por Quintano (80); o "necesidad en sentido concreto", por oposición a necesidad en sentido abstracto, a las que aluden Córdoba, Antón, Muñoz Conde, Mir, Bustos, o Rodríguez Ramos (81), entre otros. Por ser la de más extendido uso en la doctrina emplearemos la terminología citada en último lugar, oponiendo *necesidad concreta* a *necesidad abstracta*.

La doctrina prácticamente unánime -todos los autores antes citados-, y la jurisprudencia, comparten el criterio de que la necesidad medial ha de ser entendida en un sentido concreto (82). Un único argumento principal sostiene su posición. "El que dicha necesidad ha de ser estimada en relación al supuesto concreto, resulta indudable -sentencia Córdoba". Y continúa, "De no ser así, el segundo precepto del artículo 71 no podría nunca ser aplicado a la realidad, pues necesarios en sentido abstracto sólo lo serán aquellos delitos que la ley configura como integrantes de otros tipos, y en

---

(80) Quintano Ripollés, *Comentarios*, cit., p. 399.

(81) Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios*, cit. p. 363; Antón Onea, *D.P.*, cit., p. 491; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, cit., p. 223; Mir Puig, *D.P.*, cit., p. 601; Bustos Ramírez, *D.P.*, *P.G.*, cit., p. 346; Rodríguez Ramos, *Compendio*, cit., p. 268.

(82) Vid., con exigencia explícita de ese requisito, las S.T.S. de 29-XII-1947 (A. 1504), 20-V-1964 (A. 2605) y 2-X-1975 (A. 3534). Implícitamente, la exigencia de que la *necesidad* medial se aprecie en relación con la concreta situación fáctica se deriva de todos aquellos fallos en los que el Tribunal ha aplicado la regla del concurso medial ante infracciones cuya comisión, en abstracto, es posible de forma desconectada. Así, por ejemplo, la Sentencia de 7-II-1987 (A. 1214), que estimó concurso medial entre allanamiento de morada y violación.

relación a estos delitos no cabría estimar nunca la concurrencia medial de los primeros como determinante de la aplicación del artículo 71, por la elemental razón de que esos tipos complejos consumen las infracciones en ellos implicadas" (83). A idéntica argumentación acuden Antón, Ferrer, Quintano, Sanz Morán, M. Conde y Mir Puig (84).

También el Tribunal Supremo estima que "es menester interpretar la necesidad en un sentido concreto, con vista a la particular situación fáctica, pues entendida en un sentido abstracto limitaría la aplicación del artículo 71 a los casos en los que el delito-fin sólo puede cometerse a través de un determinado delito-medio atendida la contextura típica de ambos" (85).

Naturalmente, aceptar que la necesidad de la conexión medial ha de ser valorada y exigida en relación con la concreta situación fáctica, que ha de ser, por tanto, una necesidad en sentido lógico y relativo, no significa que su estimación pueda y deba dejarse al criterio subjetivo del agente. Es evidente que lo concreto no es lo opuesto a lo objetivo, sino a lo abstracto. Y el significado de *necesario*, como lo que es indispensable o hace falta para un fin -lo contrario, por tanto, a superfluo- es inteligible tanto en un sentido subjetivo como en un sentido objetivo.

La doctrina entiende, con un juicio que consideramos acertado, que la necesidad medial constituye un elemento *objetivo* cualificante de la conexión teleológica que el precepto exige. Por tanto, habrá de ser valorada, en el caso concreto, con criterios objetivos. Se trata, como dice Bustos,

---

(83) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., pp. 363 y s.

(84) Antón Oneca, *D.P.*, cit., p. 491; Ferrer Sama, *Comentarios*, cit., pp. 294 y s.; Quintano Ripollés, *Comentarios*, cit., p. 399; Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 219; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, cit., p. 223, y Mir Puig, *D.P.*, cit., p. 601.

(85) S.T.S. 2-X-1975 (A.3534).

de emitir un juicio general (objetivo, entonces), pero al momento de realización de los hechos (86).

Tratando de precisar más el alcance del requisito de la necesidad, podría afirmarse que un delito será medio *necesario* para otro cuando, de acuerdo con un juicio objetivo acerca de la concreta situación fáctica, y en su caso, por tanto, al plan del autor, deba concluirse que aquél puede considerarse como imprescindible a efectos de posibilitar, facilitar o asegurar la comisión de otro (87). En la práctica, y a nuestro juicio, la exigencia de medio *necesario* ha de tener la virtualidad de excluir de la más benévola regla del artículo 71.2 no sólo aquellos supuestos en los que el delito pretendidamente "medio" fuese objetiva y concretamente dispensable o superfluo, sino también aquellos otros en los que se hubiese producido un exceso consciente en la lesión de bienes jurídicos que fuera precisa, en el caso concreto, para alcanzar el delito-fin; exceso sin el cual, por tanto, el delito-medio hubiese sido igualmente idóneo como instrumento para la comisión del delito-fin (88).

---

(86) Cfr. Bustos Ramírez, *D.P., P.G.*, cit., p. 346. El citado autor alude en su texto a "una combinación desde el plan del autor entre un criterio abstracto y concreto (considerar tanto el «si» y el «cómo»), pero *partiendo del cómo*. Más correcto nos parece hablar de un juicio a la vez *objetivo* (por imparcial, e igual para una multiplicidad de supuestos equiparables) y *concreto* (por ser referido a la situación fáctica realmente producida). Exigir que un juicio sea, a la vez, abstracto y concreto parece una irresoluble *contradictio in terminis*.

(87) En este sentido, aun cuando sus declaraciones sean *obiter dicta*, la jurisprudencia reciente entiende que "necesario" es equivalente a "imprescindible o indispensable... para casos específicos e individuos determinados que se representan las infracciones como estrechamente enlazadas". Vid. las S.T.S. de 13-III-1984 (A.1816) y 2-XI-1984 (A.5422), que citan algunas anteriores.

(88) En cambio, y como ya hemos puesto de relieve en páginas precedentes (*ut supra*, nota 51), no obsta a la calificación de *necesidad* del medio el hecho de que el agente pueda optar, en el caso concreto, por una de entre varias formas posibles de lograr el propósito delictivo final. En contra, vid. S.T.S. de 3-X-1951 (A.2044).

#### 4. ESPECIAL CONSIDERACION DE ALGUNOS SUPUESTOS

Estudiados los requisitos o presupuestos para la aplicación de la regla segunda del artículo 71, interesa considerar particularmente algunos casos, cuya sumisión o no a la regla del concurso medial resulta especialmente discutida o complicada en la práctica. A alguno de esos casos ya hemos aludido al referirnos a los singulares requisitos de la regulación del concurso medial, por lo que no procede reiterar ahora argumentos ya expuestos, y sí únicamente suscitar nuevas cuestiones.

Córdoba Roda estudia esta problemática bajo la rúbrica de "unidad o pluralidad de infracciones, como los extremos de la relación medial" (89). A nuestro juicio ello no resulta adecuado ya que, anteriormente, al estudiar precisamente los *términos* de la relación medial, hemos concluido que cada uno de los dos polos del concurso del artículo 71.2 había de estar constituido por un único delito. Estos, que nosotros llamamos supuestos especiales, contemplan, casi todos, eso sí, hipótesis de más de dos delitos entre sí imbricados. Ahora bien, el sentido de su consideración específica es, precisamente, determinar en cada caso cómo y en qué medida es aplicable la regla del concurso medial respecto a ellas, pero partiendo, en todo caso, de que habrá unidad de infracción en cada uno de los extremos de la relación concursal medial.

Una primera hipótesis (la de más fácil solución de entre estas especiales) sería aquella en la cual uno de los términos de la relación, o ambos, estuviese constituido por un delito continuado. De acuerdo con la interpretación sostenida por doctrina y jurisprudencia (90), no hay ningún in-

---

(89) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 366.

(90) Vid., por todos, Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 366 y Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 219. Ello es concordante con lo sostenido,

conveniente en aplicar a estos supuestos la regla del concurso medial, por cuanto, como ya hemos dicho, el vocablo *delito* del artículo 71 abarca también los casos de continuidad delictiva. Unicamente interesa poner de relieve que, a la hora de aplicar la regla penológica del párrafo segundo del artículo 71, y para determinar cual de las dos penas sea la más grave, será preciso que el juzgador aplique primeramente las reglas de determinación de la pena contenidas en el artículo 69 bis, y que, en consecuencia, resulte precisada la pena que correspondería al delito continuado de penarse autónomamente. Si ésta resultase ser más grave que la correspondiente a la infracción integrante del otro término de la relación medial, y no procediese la aplicación de la regla del párrafo tercero del artículo 71, la pena resultante de aplicar el artículo 69 bis será dividida en tres partes o grados iguales, debiendo aplicarse por imperativo del artículo 71, párrafo segundo, su grado máximo.

Una segunda hipótesis especial a considerar es aquella que tiene lugar cuando uno de los términos de la relación medial, o ambos, están integrados por dos o más delitos en concurso ideal. Serían los supuestos de un delito como medio para perpetrar varios en concurso ideal (por ejemplo, falsificación de documentos para realizar un hecho que al tiempo es constitutivo de un delito de contrabando y otro de tráfico de drogas); varios delitos en concurrencia ideal como medio para cometer otro (por ejemplo, atentado y lesiones para violación); o incluso varios delitos en concurso ideal como medio para cometer también otros, a su vez, en igual concurrencia. A nuestro juicio, en estos supuestos no es posible sostener la aplicación de la regla segunda del artículo 71 sin contradecir alguno de los criterios rectores en la interpretación de la misma.

---

*ut supra*, al estudiar los términos de la relación medial. Vid., también, las S.T.S. de 23-II-1946 (A.362), 22-V-1965 (A.3373), 29-IX-1966 (A.4027) y 17-I-1985 (A.319), si bien esta última no aprecia el concurso medial al concurrir el delito continuado con una falta de estafa.

En las hipótesis que ahora examinamos, habrá de considerarse, en primer lugar, la relación concursal ideal, impuesta por la unidad de hecho en uno o en ambos términos de la conexión instrumental. Habrá de aplicarse, en consecuencia, la regla primera del artículo 71 a los delitos que sean fruto de un mismo hecho. Una vez concluida esta operación ya no es posible traer a colación el inciso segundo del artículo 71, por cuanto falla uno de sus presupuestos fundamentales: la unidad de infracción en cada uno de los extremos de la relación medial. La solución propuesta es, en el plano de *lege data*, la única técnicamente correcta (91).

Al desaparecer en estos casos uno de los presupuestos que exige el inciso segundo del artículo 71, y no ser posible en consecuencia el concurso medial, lo procedente será entonces aplicar la norma prevista para la generalidad de supuestos de concurso real, habida cuenta de que sí concurren las exigencias del artículo 69. En los casos de esta segunda hipótesis habrá, por tanto, uno, o dos, concursos ideales de delitos del artículo 71, a su vez, en concurso real con otra infracción, o entre sí (92).

---

(91) Es, además, la que posibilita una salida no arbitraria al caso, siendo respetuoso con las exigencias del derecho positivo. De preferirse otra, optando por ejemplo por realizar el concurso medial en detrimento del ideal, habría de determinarse necesariamente entre que dos delitos tuvo lugar aquél. Así, en el primero de los ejemplos arriba expuestos sería preciso optar por considerar la falsificación de documentos como medio, exclusivamente, para el contrabando o para el tráfico ilegal de drogas. Ello no es posible razonadamente por cuanto, de un lado, el primer delito fue objetivamente medio necesario para los dos, y, de otro, en el plano subjetivo, el agente no proyecta realizar tipos del Código penal, sino conductas, hechos, cuya ilicitud conoce. El agente, en el ejemplo de referencia, falsifica para poder introducir ilegalmente droga en el territorio nacional; y ese hecho, como tal, es lógicamente indivisible, aun cuando, penalmente, esté desaprobado por dos o más normas que no se autoexcluyen.

(92) Una hipótesis que merece atención especial en el ámbito de esta categoría de casos es aquella en la que el concurso ideal tiene su causa en un supuesto de preterintencionalidad heterogénea. Como es bien sabido, un sector doctrinal importante (vid., por todos, al respecto, Cobo/Carbonell, en Cobo y otros, *D.P., P.E.*, cit., p. 494. Acerca de la dubitativa posición jurisprudencial sobre este extremo del problema, vid., Silva

Un tercer grupo de supuestos especiales vendría integrado por aquellos casos en los que uno de los pretendidos extremos de la relación medial, o ambos, está constituido por dos o más delitos en concurrencia real (93). El criterio

---

Sánchez, *Preterintencionalidad*, cit., pp. 202 y ss. y notas 28 y 29, y Huerta Tocildo, *Adiós*, cit., pp. 201 y s.) considera fundadamente que, tras la reforma del Código penal de 1983, los casos de arranque inicial doloso (con efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo dolosamente atacado), y resultado imprudentemente causado, han de solventarse con la apreciación de un concurso (ideal) de delitos entre ambos. Así las cosas, por lo que ahora interesa, quien allana la morada ajena para lesionar, y a consecuencia de su conducta dolosa destinada a quebrantar la salud ajena, causa imprudentemente el homicidio culposo a la víctima, no podría, conforme a la solución propuesta en el texto, someterse a la más benévola regla del concurso medial, ya que el supuesto delito-fin sería, en el caso, un concurso ideal de (dos) delitos. Ciertamente, la solución, que en su construcción técnica nos sigue pareciendo correcta, puede conducir en este caso -y en otros similares- a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias, y hasta injustas. Podría suceder, en efecto, que al no ser posible aplicar la regla penológica del artículo 71 resultase un castigo más severo para el caso de que el resultado de la conducta final fuese culposo (allanamiento como medio para lesiones dolosas-homicidio culposo. Pena a imponer: la del allanamiento, más la resultante del concurso ideal entre lesiones y homicidio), que para el caso de que fuese doloso (allanamiento como medio para homicidio doloso. Pena a imponer: la del delito más grave (homicidio) en grado máximo). De *lege ferenda* el problema se solventaría -al margen de la, indudablemente óptima, solución de regular expresamente los supuestos de delito preterintencional (Así, v. gr., Bajo Fernández, M., *Manual de D.P., P.E., Vol 1. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986, p. 40)- entendiendo suficiente la presencia de un *hecho* en cada uno de los términos de la relación medial, con independencia de que dé lugar a uno o varios delitos (en concurso ideal).

(93) Como ejemplos jurisprudenciales de ello alude Córdoba (*Comentarios*, cit., p. 367) a los supuestos examinados por el T.S. en las Sentencias de 17-XII-1951 (C.L.608) (dos falsedades distintas realizadas para cometer una estafa), y 22-III-1957 (C.L.301) (un delito de uso de nombre supuesto y otro de falsedad para producir una estafa). En realidad, la primera de las sentencias citadas no encaja en los parámetros de esta tercera categoría de casos, ya que, si hemos entendido bien la relación de hechos probados que transcribe la Sentencia del T.S., en el caso hay dos falsedades y dos estafas, pero puede muy claramente establecerse una relación de medio a fin entre cada una de las falsedades y cada una de las estafas. Esto es, habría de considerarse -si no se estima que haya delito continuado de falsedad y de estafa, o de uno de ambos- un concurso medial entre la primera falsedad y la estafa que con apoyo en ella se perpetró, y otro de igual tenor entre la segunda falsedad y la consiguiente estafa.

de solución asumido por Córdoba Roda (94), supone que en estos casos la regla del inciso segundo del artículo 71 es aplicable, debiendo, conforme a ella, imponerse una única pena: la correspondiente al delito más grave en su grado máximo. Esta solución, que con buen criterio no considera la concurrencia real de dos o más delitos como uno de los posibles términos de la relación medial, no nos parece aceptable, pues obliga a ignorar -arbitrariamente, creemos- una de las infracciones cometidas. En efecto, esa solución parte de tomar en consideración solo dos delitos: uno, el que resulte más gravemente penado en el caso concreto, cuya pena será elevada hasta su grado máximo; y otro, en base al cual se exaspera la pena del anterior. Pero se olvida, con ello, que en este conjunto de hipótesis han de concurrir, al menos, tres infracciones penales. Si la regla del concurso medial solo permite ser aplicada a los supuestos de concurrencia real de *dos* delitos, en determinada relación: o es posible determinar cuales son esos delitos, o en otro caso la norma es inaplicable. En el grupo de casos que ahora contemplamos, si en realidad existe una pluralidad de infracciones como medio o como fin -y no estamos ante casos en los que el delito-medio y el delito-fin, claramente diferenciados, concurren con otros, o ante supuestos de encadenamiento de varios delitos- la solución que con carácter general nos parece correcta es aquélla que consiste en aplicar la regla del concurso medial respecto a los dos delitos que aparezcan como los extremos más próximos de la conexión instrumental (por ejemplo, la última falsedad de las cometidas con el fin de perpetrar la estafa), ello a su vez en concurrencia real con los demás delitos cometidos (por ejemplo, las otras falsedades precedentes) (95).

---

(94) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 367.

(95) El T.S. no parece seguir ninguna de las dos soluciones consideradas, ni la de Córdoba, ni la que nosotros proponemos. En la ya citada Sentencia de 22-III-1957 (C.L.301), que declara probada la comisión de un delito de uso de nombre supuesto, otro de falsedad en documento mercantil, y otro de estafa (los dos primeros son el medio para perpetrar el ter-

La cuarta y última de las hipótesis que ahora examinamos de modo singular es aquélla que se refiere a los supuestos de concurrencia de varias relaciones mediales, entre sí encadenadas. También aquí han de estar presentes, al menos, tres infracciones, de las que una primera será delito-medio, una segunda delito-fin respecto de la anterior y delito-medio respecto de la siguiente, y una tercera que será delito-fin respecto, claro es, a la segunda. La serie de conexiones mediales encadenadas puede prolongarse en tanto el último delito-fin sea, a su vez, medio para otro posterior (96). Para estas hipótesis cabría formular, en principio, tres

---

cero), el Órgano jurisdiccional estimó aplicables las penas correspondientes a todas las infracciones cometidas, apreciando, en suma, un ordinario concurso real de delitos entre todas ellas, a resolver conforme a las reglas penológicas de los artículos 69 y 70 del Código penal.

(96) No cabe identificar, al menos plenamente, esta categoría de supuestos especiales con las hipótesis de "unidad de acción por efecto abrazamiento" (*Verklammerung*), generalmente admitidas, si bien con variedad de matices (cfr., al respecto, Jescheck, *Tratado*, cit., Vol. II, pp. 1014 y s. y nota 12), por la jurisprudencia y la doctrina alemanas, y que suponen una notable ampliación del ámbito de aplicación del § 52 del StGB. Lo decisivo para apreciar un caso de "Verklammerung" es que dos acciones, de suyo independientes, se hallen, cada una de ellas, en concurso ideal (para lo que bastaría la identidad parcial del hecho) con una tercera acción. Así por ejemplo, y al margen de si en estos casos se respeta la -por algunos exigida- "equivalencia valorativa" (Cfr. Jescheck, *loc. cit.*), la utilización ilegítima de vehículo de motor uniría (en único concurso ideal) el homicidio imprudente cometido durante la marcha y la omisión del deber de socorro (si es que se estima que en nuestro Derecho ambos delitos son compatibles), y el allanamiento de morada uniría, en igual relación concursal, las lesiones y el robo cometidos durante la permanencia en la morada. Obviamente, los ejemplos expuestos no se amoldan a los presupuestos de la hipótesis especial que ahora contemplamos en el texto. En el primer supuesto ejemplificado de "abrazamiento" uno de los delitos conectados (el homicidio) es un delito imprudente, lo que, según creencia general de doctrina y jurisprudencia, lo hace inadecuado para integrar alguno de los extremos de una relación concursal medial. Pero es que, en los dos ejemplos citados, el delito que "abrazza" a los dos restantes es el primero de la serie criminal, mientras que en las casos de encadenamiento a que tratamos de dar solución, el delito nexa ocupa necesariamente una posición intermedia. Los casos de "Verklammerung" que hemos citado como ejemplos encajarían mejor, a nuestro entender, en la hipótesis especial contemplada en tercer lugar en el texto, esto es, cuando uno de los supuestos extremos de la relación medial

posibilidades diversas de solución (97). La primera consistiría en estimar tantos supuestos motivadores de la aplicación del inciso segundo del artículo 71, cuantos sean los nexos de medio a fin existentes. Con buen criterio esta opción es rechazada por la doctrina (98), pues admitirla equivaldría a sobrevalorar el delito intermedio, que originaría una duplicidad de efectos jurídicos, al servir de base común a la plural aplicación del precepto del artículo 71, con manifiesta vulneración del principio *non bis in idem*.

Una segunda opción posible consistiría en apreciar un único supuesto de conexión medial del artículo 71, inciso segundo. Esta es la solución patrocinada por Córdoba (99), y a la que se adscribe Cuello Contreras (100), llegándose a ella a través de un, desde nuestro punto de vista, discutible proceso de exclusión de las restantes opciones. La solución que estos autores aportan, sin embargo, no resulta convin-

---

es un concurso real de delitos. Naturalmente, para llegar a esa conclusión, y siendo congruentes con todo lo hasta ahora sostenido, no consideramos que la identidad parcial de los dos delitos "abrazados" con el común "abrazador" deba dar lugar, en el *Derecho español*, a concurso ideal de delitos (En contra, Cuello Contreras, *La frontera*, cit., p. 67.). De todo lo antedicho no debe inferirse, ha de quedar claro, que no puedan coincidir supuestos que a la vez lo sean de "Verklammerung" y de encadenamiento.

(97) Una cuarta hipótesis, ya descartada de plano, y a la que también alude, como segunda posibilidad de solución, Córdoba Roda (*Comentarios*, cit., p. 367) -aunque también la descarte- consistiría en apreciar una sola vez la figura del concurso medial, pero entendiendo que la pena correspondiente al delito más grave puede estar integrada por la sanción que correspondería a la primera conexión medial; o sea, que el delito-medio en la segunda conexión medial no sería un *delito*, sino un concurso medial de delitos. La razón de la desconsideración radical de esta hipótesis de solución ya ha sido aludida más arriba, y es de todo punto evidente. El artículo 71, inciso segundo, exige una relación de medio a fin entre *dos delitos*, con lo que, en la propuesta de solución ahora comentada no se cumple uno de los presupuestos básicos e imprescindibles -en el plano de *lege data*- para su aplicación.

(98) Vid., sino, Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 367; Mir Puig, *Adiciones a Jescheck*, cit., p. 1022; Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 220 y Cuello Contreras, *La frontera*, cit., pp. 66 y s.

(99) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 368.

(100) Cuello Contreras, *La frontera*, cit., p. 67.

cente. De un lado, como ha señalado Mir, esa solución olvida que la cadena de delitos conectados teleológicamente puede ser muy larga, quedando siempre impunes los hechos que excedan de dos (101). En todo caso, aún en el supuesto más elemental de que sólo sean tres los delitos instrumentalmente encadenados no parece que pueda justificarse la preterición a efectos punitivos de una de las infracciones penales sin apoyo posible en las reglas de solución el concurso de leyes, en la regulación de la continuidad delictiva, o en cualquier otra norma penal a la que pudiera acudir. De otro lado, el argumento de Córdoba de recurrir, en último caso, al criterio de evitar agravaciones al autor, como pauta a la que atribuir un decisivo papel en la determinación de la postura a seguir (102), no es aceptable cuando pueden existir criterios mejor fundados. Además, en algunos de estos supuestos, la pretendida evitación de agravaciones al autor podría tornarse en injustificable atenuación del normal rigor punitivo, y, en otros, es incierto que esta solución resulte más ventajosa para el reo.

La tercera solución a los supuestos de conexiones mediales encadenadas es la defendida en la doctrina por Mir Puig (103) y Sanz Morán (104), siendo a nuestro juicio la más correctamente fundada, y la que se ajusta a una adecuada hermenéutica de lo preceptuado en el Código penal. Según ella, lo procedente es, en estos casos, estimar la figura del artículo 71, segunda parte, para una de las conexiones mediales, a su vez en concurso real con el delito o, en su caso, con las conexiones mediales sobrantes. Veamos ahora las dos objeciones formuladas por Córdoba a esta solución. Según la primera, no resulta solución idónea en atención a la desconsideración que implica del vínculo de medio a fin en-

---

(101) Mir Puig, *Adiciones a Jescheck*, cit., p. 1022.

(102) Vid., Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 368.

(103) Mir Puig, *Adiciones a Jescheck*, cit., p. 1022.

(104) Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 220.

tre dos de las acciones punibles (105). Sin embargo, creemos que tal desconsideración no existe; únicamente no es aplicable la regla segunda del artículo 71 porque no se cumplen los presupuestos de hecho para ello precisos. En efecto, en el caso de conexiones encadenadas (por ejemplo, allanamiento violento para causar lesiones, que a su vez son medio para violación), el proceder lógico a la hora de aplicar las normas jurídicas obliga a estimar un primer concurso medial entre el allanamiento y las lesiones (el primero que tiene lugar, y que, además, es presupuesto del segundo). Tras él ya no será posible un segundo concurso medial con intervención de alguno de los delitos anteriores, pues, apreciarlo, implicaría o violar el principio *non bis in idem* (si se estima aquél entre el delito intermedio y el último delito fin), o no aceptar que en cada uno de los términos de la relación medial ha de existir unidad de infracción (si se considera el ya realizado concurso real-medial como primer término de la nueva relación, también medial). Descartadas ambas soluciones, y dado que, no obstante, el último delito fin subsiste (la violación en el ejemplo que manejamos), y no hay razón que justifique su impunidad, la respuesta pasa por aceptar que existe entonces un concurso real (varios hechos que dan lugar a varios delitos), y que lo procedente es aplicar la regla general de los artículos 69 y 70.

La segunda razón que fundamenta el rechazo de Córdoba a esta solución se apoya en la extrema gravedad punitiva a que, de modo no adecuadamente fundado, dicha solución -según él- conduce (106). De lo anterior se colige ya que no compartimos la idea de que el remedio ahora comentado esté inadecuadamente fundado; pero es que tampoco es cierto que esta solución conduzca irremisiblemente a una "extrema gravedad punitiva".

---

(105) Así, Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 368.

(106) Córdoba Roda, *Comentarios*, cit., p. 368.

Con el ejemplo repetidamente citado de encadenamiento entre allanamiento violento, lesiones (del artículo 420, párrafo primero) y violación (todos ellos cometidos por un sujeto a título de autor, consumados, y sin circunstancias), la solución de Córdoba -la que hemos considerado en segundo lugar- (apreciar una sola conexión medial) nos permitirá movernos en el marco punitivo del grado máximo de la pena del delito más grave, o sea, una pena de reclusión menor de diecisiete años, cuatro meses y un día, a veinte años (107). La solución de Mir -la que ahora consideramos- nos obligaría a movernos, en cambio, en los siguientes límites: por el concurso medial entre allanamiento violento y lesiones, pena de entre cuatro años, dos meses y un día, y seis años de prisión menor, y multa (108). Por la violación, pena de entre doce años y un día y diecisiete años y cuatro meses de reclusión menor (109). En total, sumando la duración de las penas privativas de libertad para su cumplimiento sucesivo, el límite mínimo de privación de libertad se situaría en dieciséis años, dos meses y dos días, y el máximo, en veintitrés años y cuatro meses. Si el juez fuese benévolo -y ha de entenderse que lo sería igualmente con los dos criterios de solución- no sólo no resulta un mayor rigor punitivo aplicando la regla defendida por Mir, sino que, muy al contrario, el total de las penas impuestas en los respectivos mínimos es de menor severidad (110). En otro caso, si el juez

---

(107) En el ejemplo, el delito más grave es la violación, que sigue castigada en el nuevo artículo 429 con la severa pena de reclusión menor. El marco punitivo que transcribimos en el texto no es otro, pues, que el grado máximo de la pena de la violación.

(108) Tal es el grado máximo de la pena del delito más grave; para el caso el delito de allanamiento violento, castigado en el artículo 490, párrafo segundo, con prisión menor y multa.

(109) Resultante de aplicar el número 4 del artículo 61, que obliga a imponer la pena en el grado mínimo o medio cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes.

(110) La regla de solución defendida por Córdoba (una única aplicación de la regla del artículo 71.2) sí resultará siempre más benévola en los supuestos en los que el delito más grave de los concurrentes resulte incorporado, como delito-medio o como delito-fin a la primera conexión medial.

optase por sancionar con el máximo rigor que la ley le permite en el caso, no creemos tampoco que pueda calificarse (en términos relativos) de "excesiva" una privación de libertad total de veintitrés años y cuatro meses a causa de tres delitos que, en idénticas condiciones, sancionados con igual rigor en ordinaria concurrencia real, hubiesen sido penados con privación de libertad durante veinticinco años y ocho meses.

## 5. VALORACION CRITICA DE LA REGULACION LEGAL

La norma concursal que prevé el artículo 71.2 debe ser considerada en sus fundamentos y valorada en sus efectos desde una doble perspectiva. En primer lugar, desde una óptica de *lege data*, deben juzgarse, más que nada, sus consecuencias penológicas en un sistema concursal, cual es el que establecen los artículos 69 a 71 de nuestro Código penal, caracterizado por un tratamiento muy claramente diverso respecto a las hipótesis de concurso ideal de delitos, sometidas a la benévola regla que permite la opción entre absorción con agravación o acumulación, según cual resulte más favorable, y a las hipótesis ordinarias de concurso real, penadas en base al severo principio de la acumulación material. En segundo lugar, desde un punto de vista de *lege ferenda*, la fundamentación y los efectos penológicos de la regla concursal medial han de ser revisados a la luz de un correcto encuadre de la teoría del concurso de delitos en el marco de la general teoría de la pena, y conforme a un ade-

---

En ese caso, al grado máximo de la pena de ese delito (única penalidad aplicable según el criterio de Córdoba) habría de sumársele (según la opinión de Mir, que compartimos) la correspondiente al otro u otros delitos concurrentes, lo que, como es obvio, dará una punición resultante de mayor gravedad. Reconocer que ello sea así no significa ni aceptar, como regla general, que el criterio de Mir sea de una mayor severidad punitiva, ni, desde luego, que conduzca a una extrema gravedad sancionatoria en los casos en que, ciertamente, sea más riguroso en sus efectos.

cuado entendimiento de la *ratio essendi* de la normativa concursal misma.

La regulación vigente del concurso de delitos se basa en la consideración preeminente del objeto valorado (el hecho), frente a su valoración jurídica (el delito), siendo en atención a aquél, y no a éste, como se articulan las consecuencias penales. Es, por tanto, en este marco de "sobreesitimación del acontecimiento natural -objetivo o sicológico- que sirve de base a la valoración jurídica, y que llega inadecuadamente, a sobreponerse a ésta", según palabras de Vives Antón (111), en el que, de *lege data*, ha de tomarse la decisión en torno a si procede, o no, el tratamiento penal diferenciado de las hipótesis de concurrencia medial. Así las cosas, si el actual diseño de los efectos de la normativa concursal se asienta en presupuestos dogmáticos desacertados, su conveniencia o no, de *iure condito*, dependerá de la bondad de sus consecuencias político-criminales. Ya situados en este plano, estimamos preferible el sometimiento de las hipótesis de concurso medial a las reglas punitivas del artículo 71, que no a las del artículo 70 (112). En tal opción pesan de modo determinante, de un lado, la estrechez de los márgenes interpretativos del concurso ideal a que obliga el inciso

---

(111) Vives Antón, *La estructura*, cit., p. 41.

(112) De otra opinión parece ser Sanz Morán (*El concurso*, cit., p. 258), quien, sosteniendo de *lege ferenda* la conveniencia de un tratamiento diferenciado para los supuestos de concurso real y los de concurso ideal, entiende que en los casos de conexión teleológica debe aplicarse el criterio previsto para el concurso real. Sin embargo los dos criterios, el que nosotros sostenemos en el texto y el suyo, no son tan contradictorios como pudiera creerse. De una parte, como el propio autor advierte a renglón seguido, con la conceptualización que él mismo ofrece del concurso ideal "caen dentro de su órbita algunos de los supuestos para cuya solución acude hoy el Tribunal Supremo al inciso segundo del artículo 71". De otra parte, el monografista cuya opinión contrastamos propone como criterio de determinación de la pena del concurso real el de la asperación. Si nosotros nos inclinamos por el mantenimiento de la regla específica del concurso medial, lo hacemos, precisamente, en atención a los muy estrechos márgenes de la regulación vigente del concurso ideal, y a la gravedad del criterio rector de la punición en los casos de ordinario concurso real.

primero del párrafo primero del artículo 71 (113), y, de otro, el excesivo rigor punitivo a que irremisiblemente conduce la aplicación de la regla penológica del concurso real, incluso en los supuestos de coincidencia parcial de actos ejecutivos.

La posición óptima en el plano de *lege ferenda* estimamos que ha de ser, necesariamente, diversa a la vigente. Si para pronunciarnos sobre ésta hemos estimado, como elemento determinante, la inidoneidad de los presupuestos dogmáticos sobre los que se asienta, será preciso, antes de proceder a realizar una propuesta alternativa, enunciar los presupuestos dogmáticos que se estimen como el correcto sostén de la teoría del concurso. Al respecto, partiendo de que el delito no puede concebirse como un fenómeno natural, sino como el resultado de una valoración jurídica, lo decisivo en este ámbito resultará ser el número de delitos, "el

---

(113) Nos referimos, básicamente, al entendimiento del concepto de "unidad de hecho" a que obliga, como ya hemos apuntado al abordar el tema de la naturaleza jurídica del concurso medial, la relación entre el inciso primero y el segundo del párrafo primero del artículo 71. Obsérvese, además, que en los sistemas legales que, como el nuestro, prevén un tratamiento diferenciado en las consecuencias penales para los casos de concurso real y para los de concurso ideal, las hipótesis parangonables a las que son subsumibles en la regla del concurso medial, quedan, por lo general, sometidas al tratamiento más benigno de los previstos. Así, por ejemplo, en la República Federal de Alemania los casos de "identidad parcial de las acciones ejecutivas" (por ejemplo, falsificación de documento y estafa, o rapto y violación) o de "unidad de acción por efecto abrazamiento" (por ejemplo, allanamiento de morada, en el curso del cual se cometen lesiones y violación), son reconocidos por doctrina y jurisprudencia como supuestos de concurrencia delictiva sujetos al más benigno criterio punitivo del § 52 del StGB, en suma, supuestos de concurso ideal de delitos. Cfr., por todos, al respecto, Jescheck, *Tratado*, cit., Vol. II, pp. 1014 y s. En Italia, no siendo posible encuadrar estos casos en el concurso formal (ideal) del párrafo primero del artículo 81 de *Codice penale*, habida cuenta de su más restrictivo sentido (cfr., sobre ello, comparando incluso los respectivos ámbitos del § 52 del StGB y del artículo 81 del C.P. italiano, Prosdocimi, *Contributo alla teoria*, cit., p. 13 y ss.), podrían recibir idéntico tratamiento punitivo en razón de la aplicación del párrafo segundo del mismo artículo 81, que regula, tras su reforma por el d.l. 99/1984 una genuina hipótesis de delito continuado por unidad de designio criminal, con independencia de la homogeneidad objetiva de las diversas tipicidades concurrentes.

número de típicas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos que se lleven a cabo, no el número natural de acontecimientos subyacentes" (114). De ello se deriva, aun reconociendo la diferencia conceptual existente, en el plano naturalístico, entre el supuesto de que una pluralidad de delitos provenga de una pluralidad de hechos y el supuesto de que igual número de delitos provenga de un sólo hecho, que ambas son categorías, en el plano valorativo, absolutamente equiparables: en ambas concurre una pluralidad de infracciones. De ahí a proponer la unificación de los criterios punitivos de resolución de los casos de concurrencia delictiva solo hay un paso, y el darlo resulta obligado en base, sobre todo, a exigencias de justicia (115).

---

(114) Vives Antón, *La estructura*, cit., p. 41.

(115) Vives Antón, *La estructura*, cit., p. 4. Alude, además, este autor a las exigencias de "claridad legislativa, esa claridad tan necesaria y tan a menudo menospreciada en aras del tecnicismo de la sutileza, del mimetismo y de la rutina". También a favor de unificar el sistema de reacción penal en los supuestos de concurso de delitos, en la doctrina española, Cuello Contreras, *La frontera*, cit., pp. 74 y ss., y Quintero Olivares, *D.P.*, cit., p. 632. En contra, Bacigalupo, *Manual*, cit., p. 244, quien entiende que "la unificación de ambas formas de concurso de delitos no elimina problemas y en general no es recomendable", y Sanz Morán, *El concurso*, cit., p. 257, quien basa su posición, básicamente, en que "en el concurso ideal hay un solo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico". Esta inteligente argumentación no nos parece, sin embargo, asumible. Y ello porque indirectamente obliga a aceptar: o bien que el ordenamiento jurídico reprocha en menor medida la conducta de quien, queriendo matar a una pluralidad de sujetos, emplea una bomba, que asegura el resultado, que la de quien mata a uno tras otro con las balas de un mismo revólver; o bien que el ordenamiento protege la vida de las personas en menor grado en el primer caso que en el segundo, lo que resulta de todo punto descabellado. Aceptar que hay un sólo momento de rebelión frente al ordenamiento jurídico en el caso de concurso ideal homogéneo (supuesto que admite el autor citado como de concurso ideal) implica aceptar que en el supuesto de varias muertes, directamente queridas, y causadas con un único artefacto, no hay una rebelión frente al ordenamiento por cada muerte que se causa dolosamente. Quizá en el plano lingüístico, y en el puramente naturalista, ello sea defendible, pero creemos que no puede, ni debe, atribuírsele consecuencias en el orden valorativo, en el Derecho, por tanto.