

EL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS: ANÁLISIS DE ESPAÑA Y MÉXICO

Por: *Francisco Galván González**
Para Elías Carranza, hombre
de su tiempo: ayer, hoy y mañana.

Sumario: 1. Denominación. 2. Regulación. 2.1. España. 2.2. México. 3. Naturaleza jurídica. 3.1. Concurso ideal. 3.2. Concurso real. 3.3. Naturaleza mixta. 3.4. Concurso medial. 3.5. Nuestra opinión. 4. Concepto. 4.1. Jurisprudencia. 5. Sustrato. 6. Naturaleza del medio necesario. 6.1. Jurisprudencia. 6.2. Doctrina jurídico penal. 7. Determinación de la relación medial. 7.1. Nuestra opinión. 8. Delito-medio, ¿posterior o anterior al delito-fin? 9. Tiempo transcurrido entre el delito-medio y el delito-fin. 10. Supuestos de concurso medial. 10.1. Pluralidad de conexiones mediales. 10.2. Concurso medial culposo. 10.3. Concurso medial y tentativa. 10.4. Concurso medial y concurso ideal. 10.5. Concurso medial y concurso real. 10.6. Concurso medial de delitos continuados. 10.7. Concurso medial entre delito y falta o entre falta y delito. 10.8. Concurso medial y faltas. 10.9. Concurso medial y concurso de leyes. 10.10. Concurso medial y autoría. 10.10.1. Autoría directa. 10.10.2. Autoría mediata. 10.10.3. Coautoría. 11. Punibilidad. 12. Criterio de punición. 13. Prescripción.

1. *Denominación.* La más usada es la de *concurso medial*. También se le conoce como *instrumental*¹, *teleológico*², *delito complejo*³, *delito compuesto*⁴, *delitos conexos*⁵,

* Profesor de la Universidad Autónoma de Sinaloa y de la Universidad de Guanajuato.

¹ Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del código penal*, Madrid, 1988, p. 315: (...) y el llamado concurso ideal o formal (art. 71 Cp), dentro del cual el legislador alberga dos hipótesis distintas, las de las infracciones pluriofensivas, cuando «un solo hecho constituye dos o más delitos», y la que podría denominarse concurso instrumental o teleológico, el cual enlaza o asocia infracciones conexas o adherentes («o cuando uno de ellos sea necesario para cometer otro»), rigiendo en ambas hipótesis el principio *poena major absorbet poenam minorem* (S. 13 mar. 1964). Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código penal*, Madrid, 2004, p. 634: (...) se perfila el **concurso medial**, también denominado instrumental o teleológico, al comprobarse una relación de medio a fin entre los delitos generados por las varias acciones; propiamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal» (STS 1289/2000, de 12.7; f. D. 4).

² José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, en Ángel CALDERÓN CEREZO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*. Tomo I. *Parte general. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Barcelona, 2001, p. 429: El llamado concurso *medial* o *teleológico* es un caso de pluralidad de hechos *dependientes* que son tratados como caso de unidad de acción.

³ Esteban ARLUCEA, *Lecciones de teoría jurídica del delito*, Granada, 1989, p. 172: **2. EL CONCURSO MEDIAL O DELITO COMPLEJO.** El tratamiento penal anteriormente descrito también será de aplicación cuando una infracción sea también medio necesario para cometer la otra. José Luis DURÁN BERROCAL/Manuel ABELLA POBLET, *Código penal. Texto refundido de 1973, actualizado con las modificaciones posteriores, hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*, Madrid, 1983, pp. 203 y 204: Y de otra parte, que el artículo 71, citado como infringido por su falta de aplicación, establece las normas a que han de ajustarse los Tribunales en los supuestos de que un solo hecho presente varias facetas delictivas o de que una de las infracciones penales constituya medio necesario para cometer la otra; a los que, respectivamente, asigna la técnica jurídica la denominación de delitos compuestos y delitos complejos, arbitrando una fórmula para su punibilidad, requiriendo aquéllos la existencia de un solo hecho productor de varias infracciones, presuponiendo por consiguiente un solo propósito doloso en el agente y una sola resolución delictiva, aún cuando con resultados múltiples que, sin ser directamente queridos por aquél, fueron consecuencia natural de su acción. (Sent. 13 febrero 1981. Arz 656).

⁴ José Luis DURÁN BERROCAL/Manuel ABELLA POBLET, *Código...*, pp. 201 y 202: El artículo 71 de dicho Cuerpo legal punitivo establece normas a las que deben ajustarse los Tribunales cuando un solo hecho presente varias facetas delictivas, originando lo que la técnica denomina concurso ideal, o cuando una de las infracciones constituye medio necesario para cometer la otra, dando lugar al delito compuesto, arbitrando el artículo referido una fórmula que favorece al culpable para sancionar ambos supuestos, que no responde al propósito de reprimir más directamente la concurrencia de delitos que si se castigaran con entera autonomía, sino al de unificar el correctivo, suavizándolo en gracia a la unidad del impulso criminal y de la finalidad perseguida por el inculpado. (Sent. 4 octubre 1973. Arz. 3547).

⁵ Antonio FERRER SAMA, *Comentarios al código penal*, tomo II, Murcia, 1947, p. 281: También ha de tenerse en cuenta el caso de dos o más conductas que cada una constituye determinada infracción, pero ejecutadas de tal manera, que una es considerada respecto a la otra en relación de medio a fin, hipótesis que creemos debe ser tratada bajo la denominación

concurso ideal impropio⁶, delito medio⁷. Esta situación demuestra que esta figura jurídica genera discusión en la *doc jur pen* de España, como se verá en los siguientes apartados.

2. Regulación

2.1. España. La regulación del concurso medial –se reconoce– aparece con el Cp de 1848⁸ en el art. 77, cuyo texto es:

Art. 77. La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos ó mas delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro⁹.

En estos casos solo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo.¹⁰

de delitos conexos, siguiendo la terminología tradicional en España, que participa de la naturaleza del concurso real de delitos.

⁶ Ma. del Carmen GÓMEZ RIVERO (coord.)/Ma. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ/Elena NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2009, p. 379: B.2.2. Concurso ideal impropio o concurso medial. STS 504/203, de 2.4; f. D. 6: El art. 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior texto legal, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación (...). [Copiada de] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAIN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 648.

⁷ M^a. Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 2002, p. 71: (...) A este supuesto [se refiere al concurso ideal] asimila el legislador el llamado delito medio, es decir, cuando se comete un delito para cometer otro.

⁸ [Así] Borja MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 273: Las reglas del concurso ideal se hacen también extensivas desde el CP de 1848 al concurso medial, es decir, cuando una infracción es medio para la comisión de otra. María Luisa MAQUEDA ABREU, «Tema 44. El concurso de delitos», en José María Zugadía Espinar (dir.)/Esteban Juan Pérez Alonso (coord.), *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2002, p. 887: Se refiere a los casos en que, concurriendo dos o más infracciones, «una de ellas sea medio necesario para cometer la otra». Desde el Código penal de 1848, el legislador español los contempla como si se tratara de un concurso ideal y les somete a los mismos efectos jurídicos. Se habla, por ello, de un concurso ideal impropio. Ramón GARCÍA ALBERO, «Comentario al artículo 77», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/José Manuel Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, 1996, p. 424: El artículo 78 exceptúa también las reglas de la acumulación jurídica de penas cuando una infracción sea medio necesario para cometer la otra. Así definido, el concurso medial (–instrumental o teleológico–) de delitos constituye materialmente un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos. La justificación histórica de la aparición de dicho precepto en el Código Penal de 1848 radica en la supuesta menor reprochabilidad que relevaría la existencia de una «única» resolución delictiva o voluntad unitaria, condensada exclusivamente en el delito fin.

⁹ [Sin cursivas en el texto original. Se respetó la acentuación].

¹⁰ Sent. 3 nov. 1899 [copiada de] Juan Antonio HIDALGO GARCÍA, *El código penal conforme á la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, tomo I, Madrid, 1908, p. 420: La disposición legal contenida en el art. 90 del Código, establece que las del artículo anterior, que á su vez se refiere al que le precede, no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos ó sea el uno medio necesario para cometer el otro, en cuyo caso sólo se impondrá la pena correspondiente al más grave aplicándola en el grado máximo; y con arreglo al contexto del citado artículo, el delito complejo de disparo de arma de fuego y lesiones no puede conceptuarse como dos hechos distintos, generadores de dos delitos penales separadamente, puesto que el uno, ó sea el disparo, es medio necesario para cometer el de lesiones. Ángel José SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 220: (...) Ya hemos criticado el equívoco que supone calificar a la conexión medial entre delitos como «delito complejo», según la vieja terminología del Tribunal Supremo, pues ello da a entender que se trata en realidad de una «unidad delictiva», cosa en absoluto cierta. Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso medial de delitos», en *Estudios Penales y Criminológicos XIII*, 1988-1989, Universidad de Santiago de Compostela, p. 155, cita núm. 1: 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.

Esta regulación fue reflejo de las ideas de la época y por la influencia del pensamiento de los autores italianos sobre el *delito complejo*¹¹, como Giandomenico ROMAGNOSI^{12.13}, Giovanni Alessandro Francesco CARMIGNANI¹⁴, Francesco CARRARA^{15.16}:

§ 52

¹¹ Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», p. 159: 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 legisladores 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. SANZ (180), ANTÓN, VIVES, QUINTERO, etc. Justo LAJE ANAYA, «Penas simbólicas. Sentido de las penas jurídicas y proyecto de reforma», en Siro M. A. de Martini (comp.), *En defensa del derecho penal*, Buenos Aires, 2008, p. 131: Como en el Código vigente, se considera al concurso real y al concurso ideal. Sin embargo, cuando un delito sea el medio para cometer otro, lo que significa la comisión de dos delitos, sólo corresponde imponer la pena prevista para la infracción más grave. Con ello, el Proyecto considera que únicamente se ha cometido un delito en vez de dos. Acaso lo más serio es que la teoría del delito medio-delito fin, fue elaborada allá por el siglo XIX, con lo cual, el Proyecto ha operado una regresión a esa época.

¹² Francisco BLASCO y FERNÁNDEZ de MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista de la América española*, México, 1957, p. 53: (...) Gian Domenico Romagnosi, nacido en Salsomaggiore en 1761; fue un hombre excepcional. Profesor universitario, patriota y franc-masón, fue denunciado durante la dominación austriaca como cómplice de Silvio Pellico, acusado de traición. Absuelto, se le prohibió ejercer la enseñanza, condenándole así a la indigencia. Murió el 1835. Sus actividades como escritor revelan un saber enciclopédico, destacando en la investigación filosófica y, dentro del campo jurídico, en el Derecho político y sobre todo en la del Derecho penal, campo en el que sus concepciones iluminan aun el espíritu de los estudiosos. De no haber existido, don Manuel de Lardizábal, hubiese podido presentarse a la posteridad como el más inspirado de los *ius-penalistas* del último tercio del siglo XVIII. Juntos, uno y otro mantienen la primacía hasta la aparición, ya en el siglo XIX, de Anselmo von Feuerbach.

¹³ *Génesis del derecho penal*, Carmelo González Cortina/Jorge Guerrero (trds.), Bogotá, 1956, p. 259: (...) Los de la segunda los llamaré *delitos complejos*, o de ejecución compleja, y éstos son aquellos que por su naturaleza o por los procedimientos que se siguen para llevarlos a su realización, requieren una serie más o menos *larga* de actos físicos externos, para ser consumados.

¹⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general II*, Buenos Aires, 1987, p. 128: 133. **Carmignani.** Giovanni Alessandro Francesco Carmignani nació el 31 de julio de 1768 en San Benedetto a Settimo, cerca de Pisa. Se graduó en Pisa en 1790 y se radicó en Florencia. En 1795 publicó un *Saggio di Giurisprudenza criminale*. En él defendía la pena de muerte. Luego cambió de criterio y lo consideró un pecado de juventud. En un ejemplar de aquel “Ensayo”, sobre el título del capítulo *Dell'utilità pena di morte*, escribió lo siguiente: “Orribile intitolazione! Eppure, uscì dalla mia pena e dalla mia mente”. En 1799, cuando Toscana estaba en poder de los franceses, publicó su opúsculo sobre la reforma en las cárceles, que le valió posteriormente tres años de destierro en Volterra por liberal. En 1803 fue nombrado catedrático en Pisa y en 1808 apareció su obra más conocida, con el título de *Elementa Jurisprudentiae Criminalis*, que en la tercera edición cambió por el de *Elementa Juris Criminalis* (1822-5). En 1831-1832 publicó en Pisa su mayor obra: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Ejerció la profesión de abogado como defensor y publicó numerosos trabajos menores. En 1840 pasó a la cátedra de filosofía del derecho en la Universidad de Pisa, en cuyo ejercicio falleció el 29 de abril de 1847. Sus *Elementa Juris Criminalis* fueron traducidos del latín al italiano en 1863.

¹⁵ Sergio SEMINARA, «Francesco CARRARA (1805-1888)», en Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales. Volumen III. Juristas del siglo XIX. De Savigny a Kelsen*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 195 y 196: Francesco Carrara nació en Lucca, el 18 de septiembre de 1805, en el seno de una familia burguesa, compuesta por su padre, Giambattista, que era ingeniero, y por su madre, Chiara Chelli. Licenciado en Derecho en 1827, ejerció en Florencia el oficio de abogado, posteriormente en 1831 consiguió la habilitación y se dedicó a una intensa actividad como abogado penalista en Lucca. (...) Tras las vicisitudes históricas que caracterizaron el período inmediatamente posterior, en 1859, Carrara fue llamado a ocupar la cátedra de Derecho penal en la Universidad de Pisa, que anteriormente había ocupado Carmignani y, a partir del mismo año, inició la publicación de su *Programa del corso di diritto criminale*, que sólo llegó a completarse en 1870 y del que se hicieron siete ediciones, todas ellas revisadas por el mismo autor, y numerosas reediciones. Una vez que se produjo la unificación de Italia, Carrara fue elegido en tres ocasiones diputado al Parlamento y, en 1866 y 1876, fue un miembro eminente de dos comisiones dedicadas a la redacción del Código penal para el reino de Italia, que se publicó en 1889. Sin interrumpir su actividad científica –que le valió honores y reconocimientos internacionales en toda Europa y en Brasil–, en 1876 se le nombró senador vitalicio. Aquejado desde tiempo atrás por una ceguera progresiva, en los últimos años se quedó prácticamente sin visión. Carrara murió en Lucca, en 15 de enero de 1888.

¹⁶ José CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general. (Lecciones 26-40)*, Madrid, 2000, p. 260: La equiparación, en el tratamiento penal, de los supuestos de concurso ideal (en que una sola acción u omisión constituya dos o más delitos) y los supuestos de concurso real en que un delito sea medio necesario para cometer otro se explica históricamente por la influencia de Carmignani y de Carrara, que consideraban que el fin perseguido por el sujeto era el criterio decisivo para determinar la presencia de uno o varios delitos. María Luisa MAQUEDA ABREU, «Tema 44...», p. 887: Parece que el sentido originario de esta forma concursal se sitúa en el pensamiento clásico de los autores italianos de la época, para los que la conexión de medio a fin entre dos delitos se consideró como una manifestación más de su concurrencia ideal, por entender que la intención unificaba las infracciones e infería apreciarlas separadamente sin infringir el bis in idem.

Asimismo (...). Y, finalmente, para el estudio de la *cantidad* de los delitos, conviene distinguirlos en *simples* y *complejos*. En esta división se llaman *simples* los que lesionan *un solo* derecho, y *complejos* los que violan más de un derecho, ya sea por mera concomitancia (como si un arma disparada contra uno hiere también a otro) o por conexión de medio a fin, en cuanto un delito se haya cometido para facilitar la ejecución de otro delito. Pero el delito *complejo* no debe confundirse con el delito *simultáneo*, que supone diversidad de fines y de actos (§ 168), aunque sean contemporáneos. V. la nota al § 2522, y el § 2523.¹⁷

Su descripción legal se ha mantenido¹⁸, y por una casualidad coincide el número del art. En el *Cp* de 1995 se regula en el segundo supuesto del número 1 del art. 77:

- Art. 77. 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, *o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra*¹⁹.
2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.
3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

2.2. *México*. En el *Cp* Federal (1871, 1929, 1931) la regulación expresa del *concurso medial* no fue reconocida. Esta afirmación es aplicable hoy a los treinta y un *Cps* de los estados y a la legislación penal de Aguascalientes. Fue el legislador quien suprimió la existencia del concurso medial al dar un concepto de concurso ideal basado en una sola acción. Como ejemplo, los arts. 18 del *Cp* Federal y 23 del *Cp* Sinaloa:

- Art. 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe (...).
- Artículo 23. Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos.

Esta redacción y la inexistencia de regulación alguna que permitiera pensar en el concurso medial desaparecieron esta figura de la *legis*, de la *jurispr* y de la *doc*

¹⁷ Programa de derecho criminal. Parte general, volumen I, José J. Ortega Torres/Jorge Guerrero (trds.), Bogotá, 1977, p. 61.

¹⁸ Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», p. 155: 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.

¹⁹ Luis RODRÍGUEZ RAMOS/Gabriel RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, *Compendio de derecho penal. (Parte general)*, Madrid, 2006, p. 2003: El concurso medial o instrumental se encuentra regulado en el artículo 77 con idéntico tratamiento al previsto para el ya tratado concurso ideal (imposición de la pena correspondiente al delito más grave hasta el límite resultante de las [*sic*] suma de las penas impuestas para cada delito concurrente), y se refiere a aquellos casos en los que una de las infracciones penales protagonizadas por el sujeto activo “sea medio necesario para cometer la otra”.

jur pen. Esta desaparición del *concurso medial* se hizo desde mediados del siglo pasado en el art. 18 del anteproyecto de código penal de 1949:

CAPÍTULO V

Concurso de delitos

Artículo 18. Existe concurso real, siempre que alguien es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita. No hay concurso cuando se trata de un delito continuado.

Es delito continuado aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal.

Hay concurso ideal cuando con un acto u omisión se violan varias disposiciones penales.

La redacción del último párrafo de este art. fue lo que permitió no incluir al *concurso medial de delitos*, según lo expresó Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP, quien fue uno de los integrantes de la comisión redactora del anteproyecto:

“Con la definición del concurso ideal, se rompe con aquel criterio que abarca además de su contenido: el cometer un delito como medio para la ejecución de otro”.²⁰

Al no regularse expresamente el *concurso medial* la respuesta, en cada caso concreto, será: (1) *unidad de ley*, (2) *concurso real*. En la respuesta del inciso (1) debe analizarse si la relación *medio-fin* queda satisfecha con la aplicación de alguno de los principios de la unidad de ley: *consunción*, *subsidiariedad*. Esta respuesta se encuentra en los criterios de *jurispr*, entre otros:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, HETERONOMÍA DEL DELITO DE, FRENTE AL DE HOMICIDIO, CUANDO ÉSTE ES SU RESULTADO. En los casos de homicidio realizado mediante la acción de disparar una arma de fuego, **esta figura debe quedar subsumida en aquélla, pues la naturaleza incompatible de ambos tipos, por ser uno el delito medio y el otro el delito fin**, establecen entre ambos una necesaria conexión que les priva de su carácter autónomo, haciendo operar la regla consignada en el artículo 59²¹ del Código Penal.

Amparo directo 6758/79. Juan Villalobos Martínez. 25 de agosto de 1980. Mayoría de tres votos. Disidentes: Manuel Rivera Silva y Mario G. Rebolledo. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Ramón Medina de la Torre. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala,

²⁰ *Evolución legislativa penal en México*, México, 1965, p. 130. [Confirmando] Luis MUÑOZ, *Comentarios al código penal para el Distrito y territorios federales y al anteproyecto para reemplazarlo*, México, 1951, p. 327: Celestino Porte Petit -dijo en una de sus conferencias en la Academia de Ciencias Penales, lo siguiente: “con la definición del concurso ideal -aludió al Anteproyecto-, se rompe con aquel criterio que abarca además de su contenido: el cometer un delito como medio para la ejecución de otro”. [Reconociendo las conferencias] Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP, *Evolución...*, p. 119: Por otra parte, no se redactó una Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal, sino que invitado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el Dr. Celestino Porte Petit dictó dos conferencias, una sobre la Parte General y otra con relación a la Parte Especial. [Y en la p. 122, dice] A continuación vamos a señalar las mejoras técnicas que se llevaron a cabo en el Proyecto mencionado de 1949, tomando como base lo expuesto en las dos conferencias que dicté en la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

²¹ Cp Federal: Art. 59.- Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor. [Hoy este art. está derogado].

tesis 120, página 257, bajo el rubro "DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMÍA DEL DELITO DE.". Nota: En el Informe de 1980, la tesis aparece bajo el rubro "DISPARO DE ARMA DE FUEGO, DELITO DE CARECE DE AUTONOMÍA FRENTE AL DELITO DE HOMICIDIO CUANDO ÉSTE ES SU RESULTADO.". No. Registro: 234,729. Materia(s): Penal. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 139-144 Segunda Parte. Página: 47.

SECUESTRO Y ASALTO, *ABSORCIÓN* ENTRE LOS DELITOS DE, PREVALECIENDO EL PRIMERO.- Aun cuando los hechos constitutivos del ilícito pudieran satisfacer los extremos exigidos por el tipo penal de asalto, tal como se encuentra tipificado en el Código de Defensa Social del Estado de Puebla, sin embargo, para los efectos de la punición de la conducta del inculpado, debe considerarse nada más el delito de privación ilegal de la libertad con carácter de secuestro, excluido el delito de asalto, si dentro del propósito delincuenciales esta última figura delictiva no constituyó sino el medio adecuado para privar de su libertad al ofendido y así poder obtener el lucro en que consistió el rescate. Se operó, consiguientemente, *el fenómeno de la progresión criminal o delito progresivo, en el cual el delito medio queda absorbido por el delito fin, a virtud de la mayor amplitud valorativa de éste, que absorbe o consume al primero, haciendo incompatible la concurrencia simultánea de ambos tipos penales y, por ello, la aplicación de las sanciones previstas en ellos.* En estos casos y a virtud de la incompatibilidad de las normas o tipos penales, debe sancionarse el delito más grave, que en la especie lo es el de privación ilegal de la libertad con ánimo de lucro (secuestro o plagio), a virtud del mandato establecido en el artículo 74 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla.

Amparo directo 8285/81.-Juan Flores Martín.-14 de febrero de 1983.-Cinco votos.-Ponente: Manuel Rivera Silva. Séptima Época, No. Registro: 907890. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Apéndice 2000. Tomo II, Penal, P.R. SCJN. Materia(s): Penal. Tesis: 2949. Página: 1373.

En la *doc jur pen* también existe opinión en este sentido: *José Luis Eloy MORALES BRAND*: Hay que aclarar que cuando un delito es medio necesario para cometer otro que es el principal en la mente del autor, el primero se subsumirá al segundo, es decir que formará parte de su descripción típica, siempre y cuando el hecho pueda enmarcarse, y sólo se sancionará el último delito o principal; por ejemplo las Lesiones Dolosas ocasionadas para cometer un Robo Calificado con Violencia, o el Uso de Documentos Falsos como medio engañoso para obtener un lucro indebido en el Fraude; pues de lo contrario se sancionaría dos veces una sola voluntad delictiva, al recalificarse una misma conducta²².

Si el caso no se resuelve como un supuesto de *unidad de ley* deberá aplicarse el *concurso real de delitos*, según se reconoce en los siguientes criterios de *jurispr*:

DISPARO DE ARMA DE FUEGO, AUTONOMÍA DEL TIPO PENAL DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO). El legislador del Estado de Tabasco, mediante decreto promulgado el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos, reformó el Código Penal en cuanto al delito de disparo de arma de fuego que se encontraba en el capítulo de delitos contra la vida y la integridad corporal, para incluirlo en el relativo a delitos contra la paz y seguridad de las personas; de ahí que el objeto jurídico que tutela en la actualidad sea diverso y sus elementos configurativos también lo sean. Por lo tanto, a partir de dicha reforma por disposición legal expresa, en la referida entidad federativa, **el tipo penal del ilícito en mención, se integra y sanciona de manera autónoma e independiente del resultado que corresponda por la comisión de cualquier otro delito concurrente, no obstante que éstas sean lesiones u homicidio a los que con anterioridad se consideraba como el resultado de aquél.**

Contradicción de tesis 25/95. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados del Décimo Circuito. 21 de agosto de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Salomón Saavedra Dorantes. Tesis de jurisprudencia 26/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro,

²² *Nuevo curso de derecho penal*, Aguascalientes (Aguascalientes), México, 2005, p. 271.

Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Nota: Esta tesis se publicó nuevamente, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 205, ahora con su ejecutoria. Novena Época. No. Registro: 199803. Instancia: Primera Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IV, Diciembre de 1996. Materia(s): Penal. Tesis: 1a./J. 26/96. Página: 128.

En México si bien se habla de «delitos medios» no se reconoce la figura del concurso medial porque en tales supuestos se aplica el concurso ideal o real de delitos; como ejemplo, José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA:

(...) Por otra parte, es factible la existencia de “delitos medios” autónomos, como en el caso citado, puede ser la portación de arma prohibida, sin embargo; en este supuesto, dada la secuencia delictiva, se aplicaría la pena del concurso correspondiente. He aquí que independientemente de ser una fórmula punitiva, pasar las conductas bajo el tamiz del tipo como instrumento técnico, es indispensable para la substancia de los delitos que, en el caso específico se encuentren contenidos en el concurso. El concurso puede ser formal o material.²³

En los *Cps de otros países* existe regulación del *concurso medial*: *Cp Cuba*: Artículo 10.1. Se considera un solo delito: a) los distintos actos delictivos cuando uno de ellos sea medio necesario e imprescindible para cometer otro; (...). *Cp Chile*: Art. 75: La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave²⁴. *Cp El Salvador*: Art. 40. Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí²⁵.

²³ *Derecho...*, p. 265.

²⁴ Sergio POLITOFF LIFSCHITZ/Jean PIERRE MATUS ACUÑA/María Cecilia RAMÍREZ G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, 2003, p. 448: Todavía se distingue, además, el *concurso medial*, una especie de concurso real a la que el art. 75 le otorga el mismo tratamiento excepcional que al concurso ideal, en el supuesto de que *un delito sea medio necesario para la comisión de otro*. Mario GARRIDO MONTT, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Santiago, 2005, pp. 450 y 451: i) *Concurso medial*. Este sistema está establecido en el art. 75 del C.P., y consiste en imponer una sola pena, la mayor correspondiente al delito más grave de los cometidos, siempre que se trate de un concurso real donde uno de los delitos cometidos sea el medio “necesario” para cometer el otro, llamado también concurso ideal impropio. Claudio Javier PRAMBS JULIÁN, *El tipo de culpabilidad en el código penal chileno. Una visión sistemática normativa y positiva*, Santiago, 2005, p. 160: (...) El real, lo regula en el artículo 74, bajo la concepción de que se trata de varias acciones que cabe encuadrarlas dentro de tipos penales distintos; y, el ideal, en el artículo 75, bajo dos modalidades: Cuando un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno sea el medio necesario para cometer el otro, y el Código Procesal Penal, art. 351, completa estas regulaciones. [La similitud de este art. 75 con el art. 77 del Cp español es por la influencia de España] Enrique CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, Santiago, 2005, p. 158: (...) Ahora bien, en un primer momento el Ministro de Justicia BLEST GANA, abogó porque se empleara como modelo a seguir el Código Penal belga de 1867; sin embargo, en la Comisión prevaleció el criterio de REYES, que se inclinaba a servirse, para esos efectos, del Código Penal español de 1848. Aunque no se descartó la consulta al texto legal belga, la verdad es que el nuevo Código, aprobado con fecha 12 de noviembre de 1874 para principiar a regir el 1º de marzo de 1875, fue marcadamente tributario de la Ley española. Juan José BUSTOS RAMÍREZ/Manuel VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal latinoamericano comparado. Tomo I. Parte general*, Buenos Aires, 1981, p. 21: F) *Chile*.- En Chile está todavía vigente el antiguo código penal de 1874, ciertamente con algunas reformas. Tuvo como modelo principal al código español de 1848-1850; también recibió la influencia del código belga y en algunos pocos artículos del código penal austríaco. En la comisión redactora predominó ampliamente la opinión doctrinal de Francisco Pacheco, autor de los comentarios al código español. Jorge de la RÚA, *La codificación penal latinoamericana*, Buenos Aires, 1983, p. 163: La conceptualización de las situaciones de concurso formal o ideal se hace, en algunos códigos, sobre el modelo español, esto es, excluyendo las reglas del concurso real cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. [Art. 351. *Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie*. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor. Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico].

²⁵ [La regulación del concurso medial se debe a la asesoría que España prestó para la reforma penal de este país].

Cp Guatemala: Art. 70.- (Concurso ideal). En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte. El tribunal (...) ²⁶. *Cp Honduras*: Art. 36. Las disposiciones del artículo anterior no se aplicarán en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada en una cuarta parte. *Cp Nicaragua*: Art. 84. Concurso real y medial. Lo dispuesto para el concurso real y el delito continuado, no es aplicable en el caso del concurso ideal en el que un solo hecho constituye dos o más infracciones; o en el caso del concurso medial, cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. *Cp Puerto Rico*: **Art. 78. Concurso ideal y medial de delitos** ²⁷. Cuando sean aplicables a un hecho dos o más disposiciones penales, cada una de las cuales valore aspectos diferentes del hecho, o cuando uno de estos es medio necesario para realizar el otro ²⁸, se condenará por todos los delitos concurrentes, pero sólo se impondrá la pena del delito más grave, seleccionada de la mitad superior del intervalo de pena. *Cp Uruguay*: Art. 56. (*La concurrencia fuera de reiteración*). Los delitos que sirven de medio, o facilitan, permiten sacar provecho o se ejecutan para facilitar u ocultar otros delitos, cuando no se hallan contemplados en la ley como circunstancias constitutivas o agravantes del delito central ²⁹, se juzgan con sujeción al artículo 54 ³⁰.

Aún con la falta de disposición en la que se reconozca al *concurso medial*, en la *doc jur pen de otros países* se refieren a esta figura jurídica: Juan P. RAMOS: 103.- *Cuarto: Hay unidad de actos y pluralidad de delitos*. Un hombre falsifica un cheque poniéndole determinada firma ajena, y con ese cheque solicita dinero, realizando una estafa. Para la ley ha realizado dos delitos con un solo acto: la falsificación del cheque y la estafa. Sin embargo, lo primero es sólo un medio para realizar lo segundo. Esto es lo que se llama concurso ideal de infracciones, a que alude al art. 54 de nuestro Código Penal: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor" ³¹. Felipe Andrés VILLAVICENCIO TERREROS: *b. Concurso medial*. Es un caso especial del concurso real de delitos en el que un delito es medio necesario para cometer otro delito. Entre ambos delitos hay una relación de medio a fin, por lo tanto, aquí hay dos delitos: delito medio y delito fin. Sin embargo a diferencia del Código Penal español (artículo 77), nuestra legislación no contempla una regulación expresa sobre esta materia, y creemos que está relacionada con el artículo 5º. (concurso real de delitos). Ejemplo: quien lesiona gravemente a otro para robarle una gran suma de dinero; el delito medio es el de lesiones y el delito fin es el del robo ³².

²⁶ Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS, «Tema 27. Unidad y pluralidad de delitos», en José Luis Díez Ripollés/Esther Giménez-Salinas i Colomer (coords.), *Manual de derecho penal guatemalteco. Parte general*, Guatemala, 2001, pp. 506 y 507: El artículo 70 del Código Penal establece que existe concurso ideal en los casos en los cuales "un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro". Este artículo contempla, por lo tanto, dos supuestos, el concurso ideal propio, y el concurso medial o concurso ideal impropio.

²⁷ Dora NEVARES-MUÑIZ, *Derecho penal puertorriqueño. Parte general*, San Juan, 2005, p. 353: Este artículo [se refiere al 78] fue recomendado por el Comité de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación. Los redactores del nuevo Código añadieron una frase para incluir el concurso medial.

²⁸ Dora NEVARES-MUÑIZ, *Derecho...*, p. 354: (...) El Art. 78 del Código de 2004 dispone que cuando sean aplicables a un hecho dos o más disposiciones penales, y una de éstas es medio necesario para realizar la otra, se trata del concurso medial.

²⁹ Si se presenta esta circunstancia se aplica la *unidad de ley o concurso de leyes*.

³⁰ [En este art. existe reconocimiento al concurso medial y a los supuestos de conexidad]. Art. 54. (*Reiteración real*). Al culpable de varios delitos, no excediendo el número de tres, cometidos en el país o fuera de él, se le aplicará la pena que corresponda por el delito mayor, aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, pero sin que el aumento pueda exceder de la mitad de la misma pena, salvo que tales delitos se hubieren ejecutado en el término de cinco años a partir del primero, en cuyo caso el aumento puede llegar a las dos terceras partes.

³¹ *Curso de derecho penal. Tomo II. Fundamentos y teorías generales*, Isauro P. Arguello/Pedro Frutos (comps.), Buenos Aires, 1928, pp. 50 y 51.

³² *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2006, pp. 706 y 707.

3. *Naturaleza jurídica*. Las características del *concurso medial* ha originado discusión sobre su naturaleza jurídica³³, reconociéndose: (1) concurso ideal, (2) concurso real, (3) figura mixta, (4) concurso medial.

3.1. *Concurso ideal*. Con esta propuesta se considera que el *concurso medial* no es diferente del concurso ideal sino que es una especie o modalidad de éste. Ello se deriva de la regulación que el legislador hace de estas dos figuras en el mismo art. y con respuesta penal idéntica. El reconocimiento del *concurso medial como modalidad del concurso ideal* se acepta por los tribunales españoles³⁴:

*Las modalidades del concurso ideal a las que se refiere el párrafo primero del art. 71 del Código Penal: la pluriofensiva, porque no se trata de un solo hecho que constituye dos o más delitos, sino de hechos distintos, aunque sucesivos y estrechamente concatenados, que generan, cada uno de ellos, una infracción diversa, aún cuando de naturaleza semejante, y la medial, instrumental o teleológica, porque, uno de los delitos, no fue, ni en abstracto, ni en concreto, medio necesario de perpetración del otro.*³⁵

De los autores que tienen esta opinión: *Eugenio CUELLO CALÓN*: (...) También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza al uno con el otro³⁶. *Eugenio CUELLO CALÓN/César CAMARGO HERNÁNDEZ*: También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. El funcionario de correos que abre una carta para sustraer los valores que contiene comete además del delito del art. 364 el hurto del 514, 1º.. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que los enlaza³⁷. *José ANTÓN ONECA/José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO/Luis BENEYTEZ MERINO*: No así en nuestro Código, que dedica al ideal el artículo 71 y al real los artículos 69 y 70, aplicando al primero criterio penal de mayor benignidad. Los casos del artículo 71 son dos. Es el primero «el caso de que un hecho constituya dos o más delitos»³⁸. (...) El segundo supuesto del artículo 71 es el de dos delitos de los cuales es el uno medio para cometer el otro. Ejemplos: la falsa documental para cometer la estafa; el

³³ Fernando DÍAZ PALOS, *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, Madrid, 1991, p. 134: El *concurso ideal o formal* se contiene en el art. 71. La doctrina discute si la segunda modalidad recogida en el precepto: cuando uno de los delito [sic] sea medio para cometer el otro, es un caso de concurso ideal o real. [*Este art. 71 se refiere al Cp abrogado*].

³⁴ Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina...*, p. 338: El llamado «concurso de delitos» tiene dos manifestaciones: el concurso real y el concurso ideal, caracterizándose este último porque, con un solo pensamiento criminoso y una sola acción, se ocasionan varias violaciones jurídicas; conociéndose varias hipótesis de esta figura como lo son: un solo acto, un único resultado y varias violaciones jurídicas; un mismo acto con varios resultados heterogéneos, y un solo acto con resultados múltiples y homogéneos a lo que hay que añadir que, en el Cp español, se reputa también concurso ideal al formado por los denominados delitos conexos o adherentes, hipótesis en la que se dan varios actos o acciones conectados entre sí por una relación de medio a fin (S. 8 mar. 1982). [STS 1632/2002, de 9.10; f.D. 2. *Copiada de*] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 652: «El concurso ideal, en su variedad de concurso medial, del artículo 77 C.P. posibilita la consideración jurídica unitaria de dos delitos cuando uno es medio para la comisión del otro, de lo que resulta que son exigencias del mismo: a) la existencia de dos o más acciones que estén tipificadas como delitos distintos e independientes, y b) que entre ambos se establezca una relación de instrumentalidad, de medio a fin (STS de 15 de noviembre de 1999)».

³⁵ S. 7 de febrero de 1991; Arz 902. [*Copiada de*] Silvia ABELLA MAESO, *Código penal*, Madrid, 1997, p. 96.

³⁶ *Derecho penal. Conforme al "Código Penal, texto refundido de 1944"*. Tomo I. (Parte general), México, 1961.

³⁷ *Derecho penal. Tomo I. (Parte general)*, volumen II, Barcelona, 1981, p. 702. [*Los artículos son del código penal abrogado por el de 1995*].

³⁸ *Derecho penal*, Madrid, 1986, p. 490. [*El art. 71 se refiere al código penal abrogado, pero el comentario es válido porque el texto del art. 77 es idéntico*].

allanamiento de morada para inferir lesiones al morador³⁹. *Fernando DÍAZ PALOS*: (...) Sea de ello lo que se quiera, es lo cierto que el legislador ha tratado el supuesto de conexión teleológica o medial entre delitos con el mismo sistema punitivo de la *absorción*, aplicando la pena del delito más grave en su grado máximo, salvo que sea más favorable la punición separada. Se trata por consiguiente de una limitación a la acumulación material de penas más enérgica que la establecida para el concurso real. Es decir, que el caso de conexidad instrumental de delitos es tratado por el legislador *como si* también fuera una hipótesis de concurso ideal y esto debe bastar⁴⁰. *Francisco MUÑOZ CONDE*: Esta dificultad se agrava porque en el artículo 71 no solo se regula el concurso ideal propio, sino también el *impropio o medial* ("cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro"). Ejemplo: la falsedad de un documento oficial para cometer estafa; el allanamiento de morada para lesionar al morador. Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare, al concurso ideal propiamente dicho⁴¹. *Joaquín CUELLO CONTRERAS*: En segundo lugar, nos interesa resaltar una peculiaridad de la regulación del concurso ideal de delitos en nuestro Derecho. Concretamente nos estamos refiriendo al párrafo primero del artículo 71 «in fine» que extiende los efectos del concurso ideal de delitos a los supuestos de la *relación medio-fin*. No es este el lugar de ocuparnos «in extenso» de este tema, que afecta de lleno al concurso ideal, del que forma una modalidad y que tan penetrantemente ha sido tratado por Córdoba Roda⁴². *Rosario ESTEBAN*: (...) El llamado por la doctrina y jurisprudencia concurso ideal, en oposición al denominado concurso real. Consta de dos hipótesis o modalidades, la pluriofensiva, cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, y la medial o instrumental, la cual se da cuando un delito sea medio necesario para cometer otro, accediendo el legislador para la punición de esas plurimes conductas, primordialmente a criterios de absorción⁴³. *Carlos María LANDECHO VELASCO/Concepción MOLINA BLÁZQUEZ*: Pero sea la que fuere la postura dogmática que se mantenga a este respecto, lo que está fuera de duda es que el legislador incluye el delito medio en la regulación del artículo 77 del Código Penal⁴⁴. *José Antonio CHOCLÁN MONTALVO*: Como modalidades de concurrencia ideal, prevé el legislador dos hipótesis distintas: el caso en que «un solo hecho constituya dos o más delitos» y el supuesto en que «uno de ellos sea necesario para cometer otro» generalmente denominado concurso medial, instrumental o teleológico⁴⁵. *Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ*: En realidad es una especie de concurso ideal (un solo hecho y pluralidad de delitos) lo que ocurre es que por su conexión final (medio a fin), tiene un tratamiento especial. Nuevamente, hay que tener en cuenta los factores para entender la unidad de hecho, final y normativo⁴⁶. *Ma. del Carmen GÓMEZ RIVERO/Ma. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ/Elena NÚÑEZ CASTAÑO*: Es posible que la realización de varias acciones, que den lugar a los delitos independientes y autónomos, sean considerados como *concurso ideal* siempre que estén en *relación de medio a fin*, esto es, que una infracción sea *medio necesario* para la comisión de la otra⁴⁷. [*En México*] *Rodrigo QUIJADA*: (...) así como el concurso ideal de delitos en que una sola acción representa infracción de varias leyes penales o en que un delito es el medio para ejecutar otro⁴⁸.

³⁹ *Derecho...*, p. 491.

⁴⁰ *La jurisprudencia...*, p. 134.

⁴¹ *Teoría general del delito*, Bogotá, 2002, pp. 173 y 174.

⁴² «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1979, p. 66.

⁴³ «El delito imprudente», en Pedro V. Cano Maíllo-Rey (dir.), *La imprudencia*, Madrid, 2005, p. 68.

⁴⁴ *Derecho penal español. Parte general. Redactado conforme al nuevo código penal de 23 de noviembre de 1995*, Madrid, 2000, p. 475.

⁴⁵ *El delito continuado*, Madrid, 1997, p. 75.

⁴⁶ «Lección 20. Unidad y pluralidad de delitos», en Fernando PÉREZ ÁLVAREZ/Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ/Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Derecho penal. Parte general*, Salamanca, 2006, p. 244.

⁴⁷ *Nociones...*, p. 378.

⁴⁸ *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado y anotado*, México, 2003, p. 106.

3.2. *Concurso real*. Esta naturaleza se explica por la existencia de dos acciones y pluralidad de delitos. Esta opinión tiene reconocimiento en las sentencias de los tribunales españoles:

«Nos encontramos, pues, ante un caso más en el que hay que aplicar el concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental, *que es una modalidad del concurso real* (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos), sancionada como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos, véase Sentencia de 27 de julio de 1998 (...)).⁴⁹

«La falsedad en documento mercantil, como medio para cometer la estafa, es uno de los supuestos típicos de concurso medial o instrumental del artículo 77 del Código Penal en los que cada infracción conserva su propia sustantividad, *en realidad como ha señalado la doctrina es un concurso real* del artículo 73 del Código Penal que por decisión del legislador se asimila al concurso ideal y en forma alguna el desvalor de acción y resultado de la conducta falsaria queda absorbido por el de la estafa (...).⁵⁰

Esta opinión es considerada la opinión dominante⁵¹; entre otros: Ignacio BERDUGO GÓMEZ de la TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS/Nicolás GARCÍA RIVAS: Cuando un delito es medio necesario para cometer otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin, nos hallamos ante un concurso medial. Obsérvese que no estamos ante un caso de unidad de acción, pues la acción es doble, como lo es también la infracción delictiva. Dicho en otros términos: el concurso medial es una modalidad del concurso real, con la única peculiaridad de que entre los delitos existe una estrecha relación⁵². [Y en la p. 307 se agrega] (...) Por tanto, habrá que valorar caso por caso su aplicación, teniendo en cuenta que la regla de determinación de la pena es la misma que la concurso ideal [*sic*; ¿que la del?)] (de ahí que algunos denominen al concurso medial «concurso ideal impropio», aunque en nuestra opinión sea mejor hablar de un concurso real, pues son dos las acciones ejecutadas y dos, también, los delitos cometidos)⁵³. Antonio FERRER SAMA: También ha de tenerse en cuenta el caso de dos o más conductas que cada una constituye determinada infracción, pero ejecutadas de tal manera, que una es considerada respecto a la otra en relación

⁴⁹ STS 1632/2002, de 9.10; f.D. 2). [Copiada de] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 650.

⁵⁰ SAP Madrid 3ª, 433/1999 de 16.11; f.D. 4. [Copiada de] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 650.

⁵¹ Manuel COBO del ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho...*, p. 772: En consecuencia hay que entender, con la doctrina mayoritaria, que el segundo supuesto del párrafo primero del artículo 77 requiere la presencia de dos objetividades jurídicas distintas, unidas por la relación medio necesario-fin, tratándose de una hipótesis de concurso real, cuyo tratamiento se parifica al del concurso ideal. Enrique ORTOS BERENGUER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal. (Parte general y parte especial)*, Valencia, 2004, p. 293: (...) El problema que plantea este supuesto es si en realidad, el mismo constituye un caso de concurso ideal o de concurso real. La doctrina mayoritaria se inclina por su entendimiento como un supuesto de concurso real, pero que recibe el tratamiento penológico del concurso ideal por sus particularidades. Para llegar a esta conclusión se acude, entre otros, el siguiente argumento: si se tratara de un supuesto de unidad de hecho su mención expresa sería totalmente superflua y, por tanto, contraria al principio de vigencia. Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», p. 161: Por el contrario, la doctrina mayoritaria se inclina por estimar que el concurso medial es en realidad un supuesto de concurso real. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Comentario al artículo 77», en Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I. Derechos fundamentales. Artículos 1 a 137, Madrid, 1997, p. 1228: **2. El concurso medial**. Tiene una naturaleza discutida. Mientras la doctrina alemana estima es un caso más de concurso ideal, en la doctrina y jurisprudencia española se le considera como un caso *sui generis* de concurso real, por lo que también se le denomina «concurso ideal impropio» o «teleológico». [En contra de esta opinión] José ANTÓN ONECA/José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO/Luis BENEYTES MERINO, *Derecho...*, p. 491: Varios penalistas españoles expresan que, en rigor, el artículo 71 contiene dos supuestos de naturaleza distinta: perteneciente el primero al concurso formal y el segundo al material. Que ésta no ha sido la opinión del legislador nacional se muestra claramente por le [*sic*] equiparación de ambos en una misma norma a efectos de idéntica regla de aplicación de la pena, identidad que en caso contrario no tendría razón de ser.

⁵² *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1999, p. 306.

⁵³ *Lecciones...*, p. 307.

de medio a fin, hipótesis que creemos debe ser tratada bajo la denominación de delitos conexos, siguiendo la terminología tradicional en España, que participa de la naturaleza del concurso real de delitos⁵⁴. Antonio QUINTANO RIPOLLÉS: En cuanto al concurso ideal de la segunda especie, el de delito medio necesario para la comisión de otro, el parentesco con el concurso real es innegable, y como tal se pena, con la acumulación material ordinaria cuando así resulte más beneficioso para el reo que el sistema de exasperación de la pena más grave en su grado máximo⁵⁵. Ramón GARCÍA ALBERO: (...) Así definido, el concurso medial (-instrumental o teleológico-) de delitos constituye materialmente un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos⁵⁶. José Antonio SÁINZ CANTERO: Nos encontramos, pues, con el supuesto de base que da lugar al concurso real: dos acciones distintas de un mismo sujeto. La peculiaridad reside en que los dos delitos a que cada una de las acciones da lugar están en una relación de medio a fin: uno de ellos es medio -o *instrumento* como dice la jurisprudencia- para cometer el otro. Esa peculiaridad determina en nuestro ordenamiento que el legislador lo saque del tratamiento punitivo que le correspondería, y que sería el que los arts. 69 y 70 dan al concurso real que es en realidad la clase de concurso a la que pertenece el que ahora estudiamos, para llevarlo al art. 71, dispensándole el mismo tratamiento que al concurso ideal. Esto ha hecho que la doctrina mayoritaria hasta ahora lo considerara una modalidad del concurso ideal, punto de vista que pienso no debe compartirse en cuanto que en él no hay un solo hecho ni el art. 71 dice que lo haya, y característica básica del concurso ideal es la existencia de una sola acción. Creemos por ello, con un importante sector de la doctrina, que se trata de una modalidad del concurso real de delitos caracterizada por la relación de medio a fin que el propio art. 71 exige expresamente⁵⁷. Miguel POLAINO NAVARRETE: Quedan excluidas de la esfera normativa de la regla 2ª. del artículo 70 del Código Penal las hipótesis tanto de concurrencia ideal de delitos, en virtud de la unidad de acción típica, como de concurso real, que sustenta la relación medial de un delito medio respecto a un delito fin, que son expresamente reguladas en la norma específica de individualización de las penas constituida por el artículo 71 del Código Penal⁵⁸. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: Ya se ha advertido que, aunque reciba el mismo tratamiento penológico que el concurso ideal (unidad de hecho y pluralidad de infracciones), se trata en realidad de un claro supuesto de concurso real de delitos (pluralidad de hechos y de infracciones)⁵⁹. Esteban ARLUCEA: Sobre este concurso existe un importante disenso doctrinal en torno a su naturaleza jurídica. No parece clara su adscripción al concurso ideal, aunque legalmente se pone como tal, y exista una única unidad de fin a perseguir, pues estamos en presencia de dos o más acciones que constituyen otras tantas infracciones, lo cual es propio de un concurso real⁶⁰. Ángel José SANZ MORÁN: (...) Como veremos con más detalle en el capítulo siguiente, hay que afirmar rotundamente (ya lo hemos anticipado) que la hipótesis del segundo inciso del art. 71 Cp (delito medio para cometer otro) lo es de concurso real, por más que a efectos punitivos se equiparen tales supuestos a los de concurso ideal en sentido propio⁶¹. [Y agrega] El art. 71, inciso segundo, es, en suma, una hipótesis de concurso real que recibe un trato de favor no justificado, máxime si tenemos en cuenta que los supuestos más problemáticos, que son aquellos en que, además de la relación final entre delitos, nos encontramos ante la coincidencia parcial del proceso ejecutivo, son tomados ya en consideración, según la interpretación que aquí hemos sostenido, dentro del

⁵⁴ *Comentarios...*, p. 281.

⁵⁵ *Curso de derecho penal I*, Madrid, 1963, p. 264.

⁵⁶ «Comentario al artículo 77», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/José Manuel Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, 1996, p. 424.

⁵⁷ *Lecciones de derecho penal. Parte general. III. Culpabilidad, punibilidad. Formas de aparición*, Barcelona, 1989, pp. 224 y 225. [Los arts. 69, 70 y 71 se refieren al Cp abrogado por el Cp de 1995].

⁵⁸ «Notas sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla 2ª. del artículo 70 del código penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núms. 13-15, 1981, Madrid, p. 82.

⁵⁹ «Comentario al artículo 77», en Tomás Salvador Vives Antón (coord.), *Comentarios al código penal de 1995*, volumen I (Arts. 1 al 233), Valencia, 1996, p. 442. [Y en la p. 440, dice] (...) De aquí que, con la jurisprudencia y doctrina mayoritarias hayamos de considerar al concurso medial como una hipótesis de concurso real que recibe el mismo tratamiento que el concurso ideal, pues pueden reconducirse a un mismo fundamento a efectos penológicos: la unidad de hechos supone una menor culpabilidad (LORCA ORTEGA).

⁶⁰ *Lecciones de teoría jurídica del delito*, Granada, 1999, p. 172.

⁶¹ *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p. 159.

inciso primero del propio art. 71 Cp, como concurso ideal en sentido propio⁶². Nuria CASTELLÓ NICAS: (...) Respecto de los demás, existirá concurso real de delitos, o concurso medial, que no es otra cosa que un concurso real acogido a la regla penológica del concurso ideal, como ocurre por ejemplo en el caso propuesto por WELZEL: el que adquiere armas para asesinar a una persona⁶³. Jacobo LÓPEZ BARJA de QUIROGA: Tradicionalmente se ha venido manteniendo que los supuestos englobados en el art. 77 del Código penal son ambos de concurso ideal. De manera que el llamado *concurso medial*, previsto en dicho artículo, también se consideraba un caso de concurso ideal. Sin embargo, hoy día, la doctrina dominante, que compartimos, y una abundante jurisprudencia, estiman que este tipo de concursos, el medial, recogido en el segundo inciso del párrafo primero del art. 77, entra en el ámbito del concurso real⁶⁴. [Y en la cita 10 agrega] Sin que ello suponga, en modo alguno, que no consideremos al concurso medial como un caso de concurso real⁶⁵. Gonzalo QUINTERO OLIVARES: Como antes indicamos, es ésta una *subespecie de concurso real de delitos* que en el derecho español se castiga con la misma regla que el llamado *concurso ideal*⁶⁶. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO: Por su excepcionalidad, esta modalidad de concurso real sometida al régimen del concurso ideal debe ser aplicada restrictivamente⁶⁷. Juan José GONZÁLEZ RUS: La posición doctrinal mayoritaria considera que nos encontramos aquí ante un supuesto de concurso real equiparado a efectos penológicos al concurso ideal del inciso primero. Así creo que es⁶⁸. José Manuel VALLE MUÑIZ: Finalmente, por decisión expresa de la ley, existen determinados supuestos en que a pesar de responder materialmente a la figura del concurso real de infracciones (pluralidad de hechos y pluralidad de delitos), escapan no obstante al régimen jurídico de determinación de la pena previsto en los arts. 73, 75, 76 y 78 Cp, esto es, eluden el sistema de acumulación jurídica postulado para el concurso real. Se trata, por un lado, del concurso medial⁶⁹. Cândido CONDE-PUMPIDO FERREIRO: (...) y el llamado *concurso medial*, que es una simple modalidad del concurso real de delitos, en que las acciones son plurales y los delitos, por ende, también, pero se encadenan entre sí en relación de medio a fin («una de ellas -las infracciones- es medio necesario para cometer la otra»)⁷⁰. [También] (...) y el llamado *concurso medial*, que no es más que una variedad del concurso real de delitos que se produce cuando los delitos cometidos están en relación causal de medio a fin⁷¹. Ángel JUDEL PRIETO: Se denomina también *instrumental* o *teleológico*, al comprobarse una relación de medio a fin entre los delitos generados por las varias acciones. Al concurrir varios hechos e infracciones, la jurisprudencia lo trata como *modalidad o subforma del concurso real*, aunque en su penalización siga el sistema propio del concurso ideal⁷². Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ: En los casos de que el delito de coacciones sea el medio necesario para cometer otro delito como, por ejemplo, el delito de lesiones, a tenor del art. 71 del código penal será un concurso ideal, pero conceptualmente es un concurso real⁷³. Carlos BLANCO LOZANO: Como ha apuntado LLORCA ORTEGA, recogiendo en este punto el sentir mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia más actuales, en realidad el concurso medial no es más que una modalidad de concurso real que recibe, por razones político-criminales, el mismo tratamiento que el concurso ideal, ya que ambas figuras pueden reconducirse a un mismo fundamento y

⁶² *El concurso...*, pp. 218 y 219.

⁶³ *El concurso de normas penales*. Granada, 2000, pp. 47 y 48.

⁶⁴ *Derecho penal IV. Parte general. Las consecuencias jurídicas del delito. El derecho penal de ejecución*, Madrid/Barcelona, 2002, p. 250.

⁶⁵ *Derecho...*, p. 250.

⁶⁶ Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS/José Miguel PRATS CANUT, *Manual de derecho penal. Parte general*, Elcano (Navarra), 2000, p. 751.

⁶⁷ Ángel CALDERÓN CEREZO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho...*, p. 429.

⁶⁸ «Comentario a los artículos 73 y 75 al 78», en Manuel Cobo del Rosal (coord.), *Comentarios al código penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, Madrid, 2000, p. 1030.

⁶⁹ «Comentario al artículo 73», en Gonzalo Quintero Olivares (dir.)/José Manuel Valle Muniz (coord.), *Comentarios...*, p. 409.

⁷⁰ *Contestaciones de derecho penal. Parte general. Temas 1 a 26. Obra ajustada al programa de oposiciones a la carrera judicial, de 20 de marzo de 2003 (BOE de 29 de marzo)*, Madrid, 2004, pp. 359 y 360.

⁷¹ «Comentario al artículo 77», en Cândido Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Arts. 1 al 318 bis*, Barcelona, 2004, p. 289.

⁷² «Tema 18», en Carlos SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (coord.), *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte general. (Especialmente adaptado al programa de oposiciones para el ingreso a las carreras judicial y fiscal)*, Madrid, 2004, p. 408.

⁷³ *El delito de coacciones*, Barcelona, 1983, p. 303. [El art. 71 se refiere al Cp abrogado. El comentario es válido para la regulación del concurso medial en el Cp vigente].

efectos penológicos: *la unidad del hecho conlleva una menor culpabilidad*⁷⁴. Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ: 2. El concurso medial constituye una modalidad de concurso real equiparado al ideal en sus efectos penológicos⁷⁵. José LLORCA ORTEGA: No obstante lo expuesto, quedan fuera del ámbito del concurso real figuras que, en el fondo, no son sino variantes del mismo. Quizá la más importante sea la denominada concurso medial, en el que el agente comete dos acciones, si bien una de ellas no es sino medio necesario para cometer la segunda⁷⁶. Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR: La doctrina considera que el concurso medial, que tiene lugar cuando una infracción es medio necesario para cometer la otra, a pesar de regularse aquí, es una hipótesis de concurso real, por lo que no hace sino sumarse a un régimen de penalidad pensado propiamente para los supuestos de concurso ideal, es decir, para cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones⁷⁷. Agustín Jorge BARREIRO: (...) Esto supone que en la mayor parte de los casos nos encontraremos, en la práctica con supuestos de concurso medial de delitos, de que se realiza la conducta típica del delito de allanamiento de morada (delito-medio) para cometer otro delito (delito-fin), y que han de resolverse conforme a las reglas previstas en el artículo 77 CP, que en su apartado 1 equipara el tratamiento del concurso medial de delitos –cuando una infracción sea medio necesario para cometer otra–, que es un concurso real, al del concurso ideal de delitos –un solo hecho constituye dos o más infracciones–⁷⁸. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Ángela MATALLÍN EVANGELIO/Enrique ORTOS BERENGUER/Margarita ROIG TORRES: Se debate en la doctrina si este concurso es, en realidad, un **concurso ideal o real**. La doctrina mayoritaria entiende que es un concurso real, pero recibe el tratamiento penológico del concurso ideal por sus particularidades. Pues, si se tratara de un supuesto de unidad de hecho, su mención expresa sería totalmente superflua y, por tanto, contraria al principio de vigencia⁷⁹.

3.3. *Naturaleza mixta*. Se reconoce ésta porque por su configuración de dos delitos sería un *concurso real* que se sanciona como un *concurso ideal*. Esta característica se acepta en la *jurispr* de los tribunales de España:

Excepción a su vez de la regla del concurso real es el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro –art. 71– lo primero exige la unidad del hecho y lo segundo implica una conexidad en relación de medio a fin. En realidad, y aunque englobados ambos supuestos bajo la unitaria rúbrica del concurso ideal, sólo el primero lo es en pureza, ya que el segundo, *de naturaleza mixta, ideal y real*, contempla diferentes acciones que enlazadas por un vínculo de conexidad son contempladas como un delito único.⁸⁰

Nuestra jurisprudencia tampoco se ha decantado por una tajante solución sobre la separación entre ambos concursos ideal y real. Ya señaló la Sentencia de 7 julio 1992 (RJ 1992, 6142), con referencia al texto penal anterior (RCL 1973, 2255), casi idéntico al vigente: “Excepción de la regla del concurso real es el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro (art. 71) lo primero exige la unidad de hecho y lo segundo implica una conexidad en relación de medio a fin. En realidad y aunque englobados ambos supuestos bajo la unitaria rúbrica del concurso ideal, sólo el primero lo es en pureza,

⁷⁴ *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2003, p. 611.

⁷⁵ «Comentario al artículo 77», en Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.)/Agustín Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al código penal*, Madrid, 1997, p. 270.

⁷⁶ *Manual de determinación de la pena*, Valencia, 2005, p. 161.

⁷⁷ «VI. Aplicación y determinación de la pena», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, p. 279.

⁷⁸ «El delito de allanamiento de morada en el código penal de 1995», en José Luis Díez Repolles/Carlos María Romeo Casabona/Luis Gracia Martín/Juan Felipe Higuera Guimerá (eds.), *Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 1376.

⁷⁹ *Esquemas de la parte general de derecho penal*. Tomo VI, Valencia, 2007, p. 144.

⁸⁰ STS 7 de julio de 1992. [Copiada de] Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 1233.

ya que el segundo, *de naturaleza mixta, ideal y real*, contempla diferentes acciones que enlazadas por un vínculo de conexidad son contempladas como un delito único.⁸¹

En la doc jur pen española aceptan la naturaleza mixta del concurso medial: Silvia ABELLA MAESO: Regula el llamado concurso ideal de delitos en su doble modalidad de un solo hecho que constituye dos o más delitos, y el llamado concurso medial (o delitos conexos en relación de medio a fin), es decir, cuando un delito es medio necesario para cometer otro; esta segunda modalidad tiene una naturaleza mixta entre el concurso real y el ideal, pues, tratándose de dos acciones diferentes, se penan como una sola⁸². *Ma. Luis MAQUEDA ABREU:* (...) Por otra parte, la «unidad de hecho» es lo que separa del concurso real de delitos que consiste, precisamente, en una pluralidad de hechos junto a la pluralidad de infracciones (art. 73 CP). Un caso intermedio –un «tertium genus»–, que comparte la naturaleza de este último concurso y las reglas punitivas del primero, es el concurso medial en que las infracciones concurrentes están en una relación de medio a fin (...) ⁸³.

3.4. Concurso medial. Significa reconocer que es una figura con características propias, lo que determina aceptar que es una clase del concurso de delitos: *concurso medial*.

En España aceptan esta naturaleza: César HERRERO HERRERO: El artículo 77 del nuevo Código (como antes el 71 del Texto que se deroga) recoge, también, otras dos clases de *concurso* de delitos: el *ideal* y el *medial*⁸⁴. Borja MAPELLI CAFFARENA: Las reglas del concurso ideal se hacen también extensiva desde el CP de 1848 al concurso medial, es decir, cuando una infracción es medio para la comisión de otra. Desde entonces la doctrina se muestra crítica respecto de la equiparación entre ambas modalidades de concurso, pues si la relación medial se debe a la propia naturaleza de los hechos, como sucede a la secuencialidad entre las lesiones y el homicidio, entonces corresponde aplicar las reglas del concurso de leyes y entender consumido un injusto en otro; si, por el contrario, la medianidad es circunstancial y responde al plan como el autor diseñó los acontecimientos, en este caso carece de justificación hacerle extensivo el privilegio de las reglas del concurso ideal⁸⁵. [Y añade] § 2. Los concursos ideal y medial someten a las penas de las infracciones concurrentes a una absorción seguida de una exasperación⁸⁶.

En la doc jur pen de otros países se refieren a la naturaleza jurídica del concurso medial: Jorge FRÍAS CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO: En los casos llamados de “conexión ideológica” (Fontecilla), en los cuales uno de los hechos constituye un medio para cometer otro hecho-fin, existe un concurso material integrado por dos acciones delictivas que pueden coexistir separadamente, salvo que no sea así y haya un concurso aparente en que exista un solo delito por absorción de una figura por la otra en los casos de subsidiariedad tácita ya aludidos (como la violación de domicilio y el robo agravado por perforación o fractura). Por esto, el que falsifica una partida del Registro Civil para cometer el delito de bigamia, comete dos delitos en concurso material o real⁸⁷. Eduardo NOVOA MONREAL: El siguiente caso de excepción que se contiene en

⁸¹ STS 2 de marzo de 1998. [R] 1998, 1757]. [Copiada de] Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Código...*, p. 417.

⁸² *Código...*, p. 95.

⁸³ «Tema 44...», p. 881.

⁸⁴ *Introducción al nuevo código penal. (Parte general y especial)*, Madrid, 1996, p. 163.

⁸⁵ «Comentario al artículo 77», en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al código penal*, Valladolid, 2010, pp. 381 y 382.

⁸⁶ «Comentario...», p. 382.

⁸⁷ *Teoría del delito. Principios fundamentales de la teoría del delito. Presupuestos filosóficos y epistemológicos. Acción o conducta. Tipo y tipicidad. Antijuridicidad o ilicitud y justificación. Imputabilidad e inimputabilidad. Culpabilidad y no culpabilidad. Formas ampliadas de subordinación. Concurso de delitos, de tipos y de personas*, Buenos Aires, 1993, p. 488.

el art. 75 del C. Penal a la regla de acumulación material de penas señalada en el art. 74, aparece en la segunda parte del inciso primero y corresponde al caso en que “uno de ellos (dos o más delitos) sea el medio necesario para cometer el otro”. Es éste el caso que algunos comentaristas llaman de “concurso ideal impropio”. La verdad es que no tiene nada de concurso ideal, sino que se trata de dos o más delitos conectados entre sí por la relación de medio a fin⁸⁸. *Gustavo LABATUT GLENA/Julio ZENTENO VARGAS*: Los delitos en concurso deben ser independientes entre sí, lo que no opta a que estén vinculados por una determinada conexión. De los casos de conexidad enumerados en el art. 165 del C.O.T., aquí nos interesa la modalidad a que alude el N°. 3°, relativa al delito ligado a otro en relación de medio a fin (conexión ideológica, porque nuestro Código la asimila al concurso ideal para los efectos de la penalidad. En este evento existen en realidad dos delitos independientes. El que viola correspondencia para apropiarse el dinero que contiene comete delitos distintos, por más que uno de ellos sea el medio necesario, la condición indispensable, para perpetrar el otro⁸⁹. *Alfredo ETCHEBERY/Jorge FERDMAN*: 4) Existen algunos casos particulares de concurso material que reciben un tratamiento penal distinto. El más importante es el establecido en el Art. 75, para el evento de que un delito sea el medio necesario para cometer el otro (conexión **ideológica**). La “necesidad” de que aquí se trata es una necesidad material, nacida de las particulares circunstancias del caso, y no de la estructura de las figuras delictivas (como el delito de uso de instrumento falso, que tiene como medio necesario **en la ley** la previa falsificación), porque en este último caso siempre se trata de un concurso aparente. Para este evento se sigue la regla del concurso **ideal**: se sanciona aplicando la pena mayor asignada al delito más grave. Es decir, se comparan abstractamente las penas asignadas a cada uno de los delitos; se determina así cuál es el delito más grave, y se aplica la pena mayor que a él corresponda (si tiene asignada más de una)⁹⁰. *Juan José BUSTOS RAMÍREZ*: Después de este breve desarrollo del problema de algo estamos seguros, y que aparece de manifiesto, con gran fuerza, en la mayoría de los autores actuales. El delito en conexión ideológica no es una forma del concurso ideal. Tal conclusión está completamente de acuerdo con el desarrollo teórico que hemos realizado del concurso ideal. En ningún momento la hipótesis de los delitos en conexión ideológica se enmarca dentro de la estructura ni de los requisitos que hemos descubierto en el concurso ideal. Aparecen como construcciones totalmente opuestas. En el concurso ideal hay unidad de hecho, comunidad de los procesos ejecutivos. En los delitos en conexión ideológica no existe unidad de hecho (término empleado por nuestro Código), hay dos hechos; ni hay comunidad de los procesos ejecutivos, lo que existe es unidad de fin. Está claro, entonces, que los delitos en relación de medio a fin no constituyen una forma del concurso ideal. Pero ¿qué son entonces? Aventuremos una tesis. Creemos, al igual que Fontecilla, que en algunos casos estamos en presencia de un concurso real y en otros ante un problema de interpretación, esto es, ante situaciones que caen dentro del ámbito del concurso aparente de leyes penales y que encuentran su solución en el principio de la consunción. Creo que no es necesario volver a explicar este principio, el que ya analizamos al tratar el paralelo entre concurso ideal y aparente⁹¹. [Y concluye] Llegamos, entonces, a la conclusión de que el segundo caso del artículo 75 nada tiene que ver con el concurso ideal, que se trata de un problema propio del concurso aparente de leyes penales que cae bajo la aplicación del principio de la consunción y en otros casos un problema perteneciente a la esfera del concurso real⁹². *Humberto MUÑOZ HORMENT*: Este último caso se trata entonces en el artículo 75 junto al concurso ideal y se le pena en la misma forma que el concurso ideal, pero constituye, por su naturaleza, un verdadero *Concurso Real*⁹³. [Y añade] En esta disposición (Art. 75) están contemplados el concurso ideal y la forma de concurso real en la cual existen varios delitos vinculados entre sí por una relación necesaria de medio a fin, a la que ya nos hemos

⁸⁸ *Curso de derecho penal chileno. Parte general. Tomo II. Variaciones de la responsabilidad penal. La reacción social. Fin de la responsabilidad penal. Responsabilidad civil*, Santiago, 2005, p. 234.

⁸⁹ *Derecho penal*, tomo I, Santiago, 2005, p. 172.

⁹⁰ *Derecho penal. Parte general*, tomo II, Santiago, 2004, p. 118.

⁹¹ *Concurso ideal de delitos*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1962, pp. 79 y 80.

⁹² *Concurso ideal...*, pp. 80 y 81.

⁹³ «Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos», en *Revista Chilena de Derecho*, volumen XIII, núm. 2, mayo-agosto, 1986, Santiago, p. 338.

referido extensamente⁹⁴. Enrique CURY URZÚA: El art. 75 del C.P., en la parte final del inc. primero, dispone, excepcionalmente también, que cuando de dos delitos que se encuentran en *concurso real*, el uno “sea el medio necesario para cometer el otro”, se aplique el sistema de la *absorción de la pena*; vale decir, se impone únicamente la pena mayor asignada al hecho punible más grave⁹⁵. Vivian R. BULLEMORE G./John R. MACKINNON R.: **b)** La **absorción** de la pena (art. 75 del Código Penal) Se [sic] impone únicamente la pena mayor asignada al delito más grave. Para esto, **es necesario que uno de los delitos aparezca como un medio necesario para la comisión de otros**. Se trata de lo que algunos autores han denominado como “**concurso ideal impropio**”, en circunstancias que, en rigor, se trata de un concurso real de delitos entre los cuales existe una relación de medio a fin. Ejemplo es el caso de la falsificación de un instrumento público con el fin de luego utilizarlo para cometer una estafa⁹⁶. Felipe Andrés VILLAVIVENCIO TERREROS: *b. Concurso medial*. Es un caso especial del concurso real de delitos en el que un delito es medio necesario para cometer otro delito. Entre ambos delitos hay una relación de medio a fin, por lo tanto, aquí hay dos delitos: delito medio y delito fin. Sin embargo a diferencia del Código Penal español (artículo 77), nuestra legislación no contempla una regulación expresa sobre esta materia, y creemos que está relacionada con el artículo 5º. (concurso real de delitos). Ejemplo: quien lesiona gravemente a otro para robarle una gran suma de dinero; el delito medio es el de lesiones y el delito fin es el del robo⁹⁷.

La discusión sobre la naturaleza del *concurso medial* es tal que, Enrique BACIGALUPO ZAPATER propuso su desaparición y, quizás por ello, el análisis del concurso medial no se encuentra en sus trabajos⁹⁸:

Por el contrario, en el caso del concurso (real) conectado por relación de medio a fin, la pena prevista en el artículo 72.2 resulta insuficiente. O bien se debería eliminar la referencia a las infracciones que son medio necesario para la comisión de otra (que es lo aconsejable), o bien habría que incorporarla al artículo 69 del Anteproyecto junto al concurso real.⁹⁹

Si bien esta idea hasta hoy no ha tenido apoyo legislativo, pudiera ser el criterio en un futuro como ya sucedió en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) que en el texto original (2000) tenía el art. 11:

Art. 11. Concurso de infracciones.

1. Al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas, teniendo en cuenta los criterios expresados en los artículos 7.3 y 9 de la presente Ley.
2. Sin embargo, cuando una misma conducta sea constitutiva de dos o más infracciones, o una conducta sea medio necesario para la comisión de otra, se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de ellas para la aplicación de la medida correspondiente.

⁹⁴ «Contribución...», p. 352.

⁹⁵ *Derecho...*, p. 662.

⁹⁶ *Curso de derecho penal. Tomo II. Teoría del delito*, Santiago, 2007, p. 213.

⁹⁷ *Derecho penal. Parte general*, Lima, 2006, pp. 706 y 707.

⁹⁸ [Entre otros] *Principios de derecho penal. Parte general*, Madrid, 1998. *Manual de derecho penal. (Parte general)*, Bogotá, 1984. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1987.

⁹⁹ «Notas sobre la propuesta de anteproyecto de código penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 6 (monográfico), 1983, Madrid, p. 61.

Con la reforma de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de la LORPM el texto vigente es:

Art. 11. Pluralidad de infracciones.

1. Los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un solo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior.

2. Cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el artículo 10.2 de esta Ley, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que, de forma complementaria, corresponde imponer con arreglo a dicho artículo.

3. Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.

Como se observa, en el nuevo contenido del art. 11 *no se regula expresamente el concurso medial de delitos*¹⁰⁰, con lo que, esta figura no es aplicable a los jóvenes que en la realización del delito o delitos la actualicen, debiendo resolver el caso como concurso de leyes o como concurso real, lo cual –en este supuesto– tendrá efectos al individualizar la medida aplicable al menor.

3.5. *Nuestra opinión.* La regulación expresa del *concurso medial* criticada por un sector de la *doc jur pen española*¹⁰¹ carece de fundamento si se tiene en cuenta la estructura de los tipos penales y su relación como partes, que son, del sistema jurídico que integra el *Cp* y las *Lpe*. Esta vinculación de los tipos penales determina, *a priori*, en algunos de ellos, la relación *delito medio-delito fin*

¹⁰⁰ Ma. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 11», en María del Carmen Gómez Rivero (coord.), *Comentarios a la ley penal del menor. (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Madrid, 2007, p. 159: Se otorga una redacción más amplia y completa a este precepto, con expresa referencia a la aplicabilidad de los límites máximos de los arts. 9 y 10 apartado 1, y de los criterios del art. 7 apartados 3 y 4, también cuando dos o más infracciones sean conexas, continuadas o en concurso ideal propio. No se mencionan en cambio, expresamente y a diferencia de la redacción anterior, los casos en que una conducta sea medio necesario para realizar otra.

¹⁰¹ [Por ejemplo] José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *El delito...*, p. 46: En materia de concurso de delitos, conserva el Código (...). Junto a los aspectos técnicos legislativos, conserva el tratamiento de algunas figuras –concurso medial por ejemplo– de difícil justificación político-criminal.

reconocida en el *concurso medial*. Como ejemplo, el contenido de los arts. 318 bis 1 y 2 y 188.1 del Cp español:

Art. 318 bis. 1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En la mismas (...).

Art. 188. 1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma.

2. Se impondrán (...).

El contenido del art. 318 bis 1 y 2 integraría el *delito medio* y el contenido del art. 188.1. sería el *delito fin*. Esta relación no queda al arbitrio del intérprete porque es la estructura de los propios tipos penales la que lo decide toda vez que, al presentarse este supuesto, la determinación *delito medio-delito fin* existe independientemente de si el sujeto activo pensó o no en ella. La existencia de un *concurso medial* entre estos tipos penales la explica Concepción CARMONA SALGADO:

De todo lo expuesto se desprende, como es obvio, la posibilidad de que el delito del art. 318 bis 2 y 3 pueda concurrir con infracciones como las arriba mencionadas, siempre y cuando se perpetren por los mismos sujetos y no por terceros que actúen en colaboración con ellos: nos referimos, obviamente, según las circunstancias, a delitos como el asesinato, las lesiones, las detenciones ilegales o los secuestros y la extorsión, aparte, naturalmente, del correspondiente delito de determinación coactiva, engañosa o abusiva a la prostitución del art. 188.1 CP, con el que el tipo agravado del art. 318 bis 1 y 2 entraría en relación concursal medial cuando, ya en nuestro país, el círculo de conductas concatenadas entre sí [sic], que necesariamente tienen que concurrir para una correcta aplicación del mismo, se cierre con el efectivo sometimiento a dicha práctica sexual a las mujeres extranjeras o inmigrantes con las que previamente se traficó con ese específico propósito, pues, no en vano, se trata de un tipo final que no precisa para su perfeccionamiento que dicha práctica sexual llegue ulteriormente a materializarse; luego, si en verdad se materializa, existirá un nuevo y segundo bien jurídico lesionado: la libertad sexual de aquéllas, cuya vulneración, en conjunción con los restantes derechos individuales conculcados mediante la comisión del tipo agravado de tráfico con fines de explotación de esa particular índole, dará lugar a la mencionada figura concursal, a través de la que responderán los propios traficantes cuando sean ellos mismos quienes, de no existir intermediarios, se encarguen directamente de obligarlas a prostituirse utilizando fuerza, intimidación, fraude o, sencillamente,

abusando de la particular situación de inferioridad y vulnerabilidad en la que se encuentran, movidos por la prioritaria intención de hacerse con una buena parte de las ganancias obtenidas a cambio de los servicios sexuales prestados para cobrarse la deuda que en su día contrajeron con ellos al traerlas a nuestro país, casi siempre engañadas.¹⁰²

Otro ejemplo de esta relación *delito medio-delito fin* puede ser el de allanamiento de morada, según opina Agustín Jorge BARREIRO:

En materia concursal, conviene tener muy presente, como ha destacado la doctrina penal dominante. Que el delito de allanamiento de morada es normalmente un *delito instrumental*, es decir, que se realiza con la finalidad de cometer otro delito (contra la libertad sexual, el patrimonio...) y apenas aparece como un delito-fin.¹⁰³

Esta relación entre los tipos penales que el legislador –con o sin conocimiento– determina, permitiría decir que existe un *concurso medial absoluto* y un *concurso medial relativo*¹⁰⁴. El *concurso medial absoluto* existe con independencia de la interpretación porque la relación *delito medio-delito fin* está determinada por el contenido del tipo penal, como en los arts. 318 bis 1 y 2 y 188.1 que se ha explicado.

El *concurso medial relativo* se presentaría entre aquellos tipos penales que son totalmente independientes pero que, en el caso concreto, pueden relacionarse como *delito medio-delito fin*, como en el ejemplo del que sólo puede matar a la persona ingresando al domicilio en el que se encuentra enfermo¹⁰⁵. Este *concurso medial relativo* se reconoce en la *jurispr* de España:

¹⁰² «Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003», en Juan Carlos Carbonell Mateu/Bernardo del Rosal Blasco/Lorenzo Morillas Cueva/Enrique Orts Berenguer/Manuel Quintanar Díez (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 204 y 205.

¹⁰³ «El delito...», p. 1376.

¹⁰⁴ Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina...*, p.332: Para los autores clásicos (PACHECO) esta mediatización debe ser buscada en la propia ley desde que existen ciertos delitos que requieren de toda necesidad la comisión previa de otros para poder consumarse, sosteniéndose, por otro lado, que la unidad delictiva surge de la presencia de una única voluntad delictiva (GROIZARD), de suerte que, existiendo un solo propósito delictivo, no cabe sino sancionar por un solo delito. Juan José GONZÁLEZ RUS: «Comentarios...», p. 1032: (...) lo que significa que pueden resultar incluibles en el concurso medial tanto los casos en los que entre el proceso ejecutivo del delito-medio y el del delito-fin no hay coincidencia alguna, como aquellos otros en los que existe una identidad parcial. Siempre naturalmente, que los hechos distintos estén en relación de medio a fin, lo que determina que, como consecuencia de la unidad de resolución delictiva, resulten sustraídos al ámbito del concurso real que es, en principio, el campo al que pertenecen.

¹⁰⁵ [Así] Ignacio BERDUGO GÓMEZ de la TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS/Nicolás GARCÍA RIVAS, *Lecciones...*, p. 306: (...) Dicho en otros términos: el concurso medial es una modalidad del concurso real, con la única peculiaridad de que entre los delitos existe una estrecha relación. Así, por ejemplo, quien tiene intención de matar a otro y para ello necesita introducirse en la morada de la víctima, habrá cometido dos delitos: el de allanamiento de morada (delito-medio) y el de homicidio (delito fin). [También] José Antonio SÁINZ CANTERO, *Lecciones...*, p. 223: (...) Se sustrae un vehículo de motor ajeno para desplazar en él a su distante encierro a la persona que se secuestra. Se penetra en la morada ajena contra la voluntad de su morador para causar graves lesiones a alguien que allí se hospeda.

En resumen, y contemplado el supuesto desde los datos del hecho probado, el traslado a la localidad de Algodonales en Andalucía, para que allí ejerciera María Teresa la prostitución, a la que se negaba, sólo pudo realizarse a través del delito de detención ilegal que se proclama en el "factum". Ciertamente, conceptualmente puede darse *delito relativo a la prostitución sin detención ilegal*, como sostiene el Ministerio Fiscal, pero en este supuesto y requiriéndose inexcusablemente la "remotio locis" para producir el traslado al lugar donde va a ejecutarse la segunda infracción, la preordenación de medio a fin excusa mayor comentario». ¹⁰⁶

4. Concepto

4.1. *Jurisprudencia*. En las resoluciones de los tribunales españoles se encuentra la explicación de un concepto del *concurso medial*, por ejemplo:

«El concurso medial que se contempla, parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el Texto Legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa (cfr. Sentencias 25 mayo 1990 y 15 abril y 7 julio 1992). (...)». ¹⁰⁷

Aún cuando se tiene en el *Cp* español regulación expresa del *concurso medial* existen autores que en el desarrollo del tema del *concurso de delitos* no hacen un análisis del mismo ¹⁰⁸.

De los autores españoles que dicen un concepto de *concurso medial*: José Antonio SÁINZ CANTERO: Esta clase de concurso, llamado por la doctrina jurisprudencial *concurso instrumental o teleológico*, se da cuando el sujeto realiza dos o más acciones, cada una de las cuales constituye aisladamente un delito, pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro u otros ¹⁰⁹. Gonzalo QUINTERO OLIVARES: (...) El concurso medial se produce cuando un delito se considera medio para cometer otro ¹¹⁰. José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ/Antonio ROMA VALDÉS: Una variedad del anterior es el llamado *concurso medial* consistente en la realización de una infracción penal (delito o falta) dirigida objetivamente a la comisión de otra u otras, de modo que actúa como un delito medio para cometer un delito fin (por ejemplo, el robo de uso de vehículo de motor para el atraco a una sucursal bancaria) ¹¹¹. José LLORCA ORTEGA: EL CONCURSO MEDIAL. CONCEPTO. Tiene lugar cuando un delito es medio necesario para cometer otro ¹¹². José Antonio CHOCLÁN MONTALVO: CONCEPTO: El llamado *concurso medial o teleológico* es un caso de pluralidad de hechos *dependientes* que son tratados como caso de unidad de acción ¹¹³. José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: El concurso medial se define pues como pluralidad de hechos y de infracciones, radicando aquí su diferencia con los casos de concurso aparente de leyes, donde un solo hecho es susceptible de subsumirse en varios preceptos que se excluyen entre sí (ver comentario al art. 8, y STS 27 de junio de 1991 en un supuesto de falsedad

¹⁰⁶ STS 2 marzo 1998 [RJ 1998, 1757]. [Copiada de] Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Código...*, pp. 419 y 420.

¹⁰⁷ [STS 2ª. 12.7.00. Copiada de] J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica jurisprudencial del código penal. Análisis temático y sistemático de jurisprudencia penal*, tomo I, Barcelona, 2006, p. 439.

¹⁰⁸ [Como] Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal. Parte general (1998)* no se encuentra alusión alguna al *concurso medial*.

¹⁰⁹ *Lecciones...*, p. 223.

¹¹⁰ Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS/José Miguel PRATS CANUT, *Manual...*, p. 751.

¹¹¹ *Derecho Penal. (Parte general)*, Barcelona, 1999, p. 180.

¹¹² *Manual...*, p. 197.

¹¹³ *Derecho...* p. 429.

ideológica y alzamiento de bienes). También se ha de rechazar cuando los hechos constitutivos de la primera infracción forman parte integrante de otras u otras (STS de 13 de marzo de 1984)¹¹⁴. Enrique ORTOS BERENGUER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: Existe concurso medial cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro¹¹⁵. César HERRERO HERRERO: *Concurso medial*. Consiste en que el sujeto activo se sirve de la comisión de un delito, como medio necesario, para cometer otro¹¹⁶. Ma. del Carmen GÓMEZ RIVERO/Ma. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ/Elena NÚÑEZ CASTAÑO: B.2.2. *Concurso ideal impropio o concurso medial*: No existe una única acción, sino dos perfectamente diferenciadas, que dan lugar a dos resultados, configurando dos tipos delictivos independientes, pero que mantienen una relación teleológica de *medio-fin*¹¹⁷.

En la *doc jur pen* de México, por lo general, no se explica el tema del *concurso medial*. Esto se debe a que como no existe regulación expresa se considera innecesario su tratamiento como tal. De entre los pocos autores *que sí* se refieren a él, con citas de autores españoles, se encuentra: Javier JIMÉNEZ MARTÍNEZ: C. CONCURSO MEDIAL. También denominado “concurso teleológico”. Estamos ante un concurso medial cuando un delito es medio necesario para cometer otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin. Esta figura se encuentra en un punto medio entre el concurso real y el concurso ideal y por eso, a menudo se le ha tratado como una “modalidad del concurso real” o “concurso ideal impropio”¹¹⁸.

En la *doc jur pen de otros países* dice un concepto de concurso medial: Dora NEVARES MUÑIZ: El concurso medial atiende la situación en que ante un hecho concurre un delito que es el medio necesario para cometer el delito que constituye el objetivo final de la conducta¹¹⁹.

5. *Sustrato*

Con la regulación que el legislador español hizo en el art. 77 del *Cp* para el *concurso medial* el requisito o sustento de éste no está referido al número de acciones sino a la exigencia de que «cuando una de ellas [*infracción*] sea medio necesario para cometer la otra». Por ello, lo que se hace indispensable es la demostración de que la *infracción medio sea necesaria*, independientemente de si, existe o no alguna coincidencia en su estructura típica. Así se reconoce en la *doc jur pen*¹²⁰ y en la *jurispr* de los tribunales:

»“La dificultad está en determinar en cada caso si concurren o no la mencionada necesidad. Algún sector doctrinal acude a los distintos elementos de los correspondientes tipos delictivos para aplicar el concurso medial cuando hay una identidad parcial entre tales elementos o cuando un delito se integra como uno de los

¹¹⁴ «Comentarios...», pp. 442 y 443.

¹¹⁵ *Compendio...*, p. 293.

¹¹⁶ *Introducción...*, p. 163.

¹¹⁷ *Nociones...*, p. 379.

¹¹⁸ *Elementos de derecho penal mexicano*, México, 2006, p. 818.

¹¹⁹ *Derecho...*, p. 354.

¹²⁰ Gumersindo GUINARTE CABADA, «EL concurso...», P. 179: 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 efecto de integrar el presupuesto material de las normas penales concuerden o no parcialmente es irrelevante.

elementos del otro sin que se produzca absorción, como ocurre con la falsedad en documento público, oficial o mercantil (arts. 302 y 303) o la usurpación de funciones (art. 320), o el intrusismo (art. 321) o el uso de nombre supuesto (art. 322), si se utilizan como medio engañoso para una estafa (art. 528).

»"En principio parece que, en estos casos de identidad parcial o conexión típica, ha de entenderse que concurre la mencionada necesidad. En realidad serán las circunstancias concretas de cada caso las que hayan de valorarse para determinar si cabe aplicar o no el concurso medial, teniendo en cuenta elementos lógicos, temporales o espaciales que pudieran servir de vínculo entre los diversos hechos delictivos. Desde luego, nuestra jurisprudencia lo aplica también a casos en que hay una desconexión típica total, es decir, aunque en las correspondientes descripciones de los delitos en relación de medio a fin no haya ningún elemento común, como ocurre en los supuestos de allanamiento de morada para lesionar, matar o violar cuando el sujeto pasivo está en su domicilio y ahí ha de penetrar sin su consentimiento el agresor para cometer la infracción penal que lleva en su intención.

»"En conclusión, para la existencia de concurso medial, no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo a deducir en cada supuesto de los distintos elementos concurrentes en el caso, de modo tal que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión de otro".

»"Desde luego, en el caso examinado hubo esa relación de medio a fin entre el delito de detención ilegal y la falta de lesiones, pues del relato de hechos probados se deduce que, si Antonio fue llevado de un sitio a otro en el coche, fue para buscar uno alejado de la población donde, con mayor facilidad y mayores posibilidades de impunidad, pudieran dar la pretendida paliza a la víctima.

»"Pero tal relación de medio a fin no fue necesaria según los términos que acabamos de exponer». ¹²¹

6. Naturaleza del medio necesario

El análisis de este requisito para la existencia del concurso medial es exigido sólo en los autores que consideran a éste como una modalidad del concurso ideal o como una forma independiente de concurso de delitos. Para quienes el concurso medial es un concurso real, la naturaleza del medio necesario pierde importancia, nada más que como tiene una punibilidad atenuada, deben explicar este reconocimiento que hizo el legislador, más no porque estén de acuerdo con la misma. En el concurso medial, ¿cómo se entiende el medio necesario?

6.1. Jurisprudencia. En las resoluciones de los tribunales españoles, entre otros:

» Se ha exigido por la doctrina de esta Sala que las diferentes acciones punibles desarrolladas para conseguir el objetivo final delictivo que estuvieren concatenadas de tal modo que fuesen precisas unas tras otras para el éxito de la ejecución de la siguiente -Sentencia de 5 de noviembre 1991-. Por su parte, la más reciente 552/1996, de 19 septiembre, señala al respecto que "el concurso medial que se contempla parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito

¹²¹ STS 2ª.3.2.03 [copiada de] J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica...*, pp. 445 y 446.

delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el texto legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa –Sentencia de 25 mayo 1990, 15 abril y 7 julio 1992–. El “medio necesario” a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezcan, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. “Para que proceda la estimación del concurso ideal –expone la Sentencia de 9 febrero 1990– no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual” .¹²²

6.2. *Doctrina jurídico penal.* En España existe coincidencia entre los autores que la expresión *medio necesario* debe ser interpretada con criterios objetivos¹²³ en atención a la situación concreta que lo relaciona con el *delito-fin*.

De los autores que hacen el tratamiento de este tema: José Luis GONZÁLEZ CUSSAC: El término “necesario” equivale a imprescindible o indispensable, en sentido objetivo, real, material y concreto. Esto es (...). No cabe duda, pues, que la necesidad se establece con parámetros exclusivamente objetivos, como vinculación por un nexo de medio a fin, de modo que aparezcan ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, no siendo suficiente que aparezcan concatenadas por un propósito delictivo, plan o intención del sujeto (STS de 7 de julio de 1992). Así por ejemplo se ha negado su estimación entre una falsedad y un hurto por el prolongado lapso de tiempo transcurrido entre la comisión de uno y otro delito (STS 14 de septiembre de 1992) o entre un robo y un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, porque no es siempre imprescindible para robar proporcionarse la huida mediante la sustracción de un vehículo (STS de 30 de marzo de 1987), ni tampoco es necesaria la previa perpetración de un delito de tenencia de armas (STS de 7 de julio de 1992)¹²⁴. *Enrique ORTOS BERENGUER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC:* La jurisprudencia siempre se ha interpretado el *concurso medial* en el sentido de que la exigencia legal de que uno de ellos sea medio necesario para la comisión del otro no se satisface con la mera existencia de ese nexo de conexión medio-fin en la mente del autor. Por el contrario se exige una conexión objetiva que se deduce de la exigencia de «necesidad» establecida por el Código Penal¹²⁵. *José Antonio CHOCLÁN MONTALVO:* No basta con que el autor prevea como necesario cometer una infracción para realizar otra, no es suficiente una interpretación subjetiva de la necesidad del delito medio, sino que esa necesidad opera objetivamente en el orden ontológico o real (STS 7-41965, 23-10-65) (...) Además, la necesidad debe ser interpretada no en abstracto sino desde un punto de vista concreto (STS 13-3-1984), referida al caso individual de que se trate. El Tribunal Supremo ha

¹²² STS 2³.2.3.98 [copiada de] J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica...*, p. 391. [También la citan] Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Código...*, pp. 417 y 418.

¹²³ [De opinión diferente] Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones...*, p. 360: d) El caso de *concurso medial* exige: 1) la existencia de dos o más acciones que estén tipificadas como delitos distintos e independientes; 2) que esos delitos estén ligados por la relación de medio a fin; y 3) que esa relación obedezca a una conexidad teleológica, en el sentido de que el sujeto se representa a uno como medio para lograr el otro (S 7-VI-79), por lo que no se aplica si el delito lo que pretende es encubrir otro (S 7-VI-79).

¹²⁴ «Comentarios...», pp. 443-444.

¹²⁵ *Compendio...*, pp. 293 y 294.

relativizado, sin embargo, el requisito al dispensar el carácter absoluto de la necesidad, bastando una necesidad relativa, no quedando excluido el concurso ideal por la circunstancia de que el delito hubiera podido alcanzarse por otros medios (S. 26-2-1971)¹²⁶. Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ: (...) Que una infracción «sea medio necesario» para cometer otra debe, por tanto, determinarse sobre la base de parámetros objetivos valorativos *ex ante*¹²⁷. José LLORCA ORTEGA: ¿Cómo ha de valorarse la necesidad? De forma objetiva y, desde luego, con independencia del plan o intención del sujeto. De esta forma examinados los hechos, el delito-instrumental ha de ser medio real indispensable para la perpetración del delito-fin. La unidad de la conducta delictiva ha de estimarse en el orden ontológico del ser y de su causalidad efectiva; de ningún modo en el orden teleológico individual. Como regla de contraste, la jurisprudencia acude, en ocasiones, al juicio hipotético, conforme al cual, suprimido «*in mente*» el primer delito, el segundo no se hubiere producido (sentencias 13 de mayo de 1964, 2 de noviembre de 1984). Si v. g., el agente corta los cables telefónicos de la línea de servicio existente entre dos localidades, con la finalidad de obtener mayores facilidades para la comisión del robo, resulta evidente que existirá, entre el delito de desórdenes públicos y el de robo, medialidad psíquica o subjetiva (conexión finalística), pero no se dará la conexidad objetiva, puesto que la actividad auxiliadora de cortar los cables para la mejor realización del ataque patrimonial, no es un condicionamiento necesario, por lo que resultará inaplicable el artículo 77. Así, v. g., el Tribunal Supremo ha declarado que los delitos de uso de vehículo de motor y de tenencia ilícita de armas no son medios necesarios para cometer el delito de robo (sentencia 16 de julio de 1992). Ahora bien, tampoco cabe aquí un objetivismo exacerbado. La necesidad instrumental también podrá venir propiciada por las particularidades fácticas del caso concreto, esto es por los factores teleológicos, temporales y espaciales, incluso por los psicológicos del agente, a través de una unidad resolutoria y dolosa, a la que se hace mérito a continuación¹²⁸. Ángel JUDEL PRIETO: (...) En último término, el «medio necesario» no ha de entenderse en plano de subjetividad o psíquico, sino en sentido objetivo, sea, real y concreto, con referencia a la particular situación de hecho; ha de ser vehículo o instrumento idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haberse realizado previamente el o los que lo preceden¹²⁹. Esteban ARLUCEA: El «medio necesario» a que se refiere el artículo no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino un sentido objetivo. No basta la preordenación psíquica, sino el aspecto real, de manera que, al aplicar el juicio hipotético, resulte que el segundo delito no se habría producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual (STS 326/98, de 2 de marzo)¹³⁰. Ma. del Carmen GÓMEZ RIVERO/Ma. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ/Elena NÚÑEZ CASTAÑO: Se trata de aquellos supuestos en que una de las infracciones es *medio necesario* para cometer la otra. Esta *necesidad* debe implicar que un delito no pueda producirse sin la comisión del otro. De este modo, la voluntad del sujeto no va directamente encaminada a la producción del *delito medio*, sino a la consecución del *delito final*¹³¹.

Para Juan José GONZÁLEZ RUS la *relación medial necesaria*, requiere de criterio objetivo y criterio subjetivo:

La existencia de esa correspondencia viene estableciéndose en términos objetivos y no subjetivos. Entre otras razones, porque si bastaran éstos sería suficiente con que las infracciones aparecieran insertas dentro del plan del autor, que les ha asignado una particular función e hilvanado en una específica secuencia en vistas de la consecución

¹²⁶ *Derecho...*, p. 429.

¹²⁷ «Comentarios...», p. 271.

¹²⁸ *Manual...*, pp. 198 y 199.

¹²⁹ «Tema 18», p. 409.

¹³⁰ *Lecciones...*, p. 173.

¹³¹ *Nociones...*, p. 379.

de un objetivo, para que fuera posible apreciar el carácter medial de las mismas. Por el contrario, se requiere –en la terminología usual en la jurisprudencia– que entre las infracciones existan elementos lógicos, temporales y espaciales, que las vinculen entre sí y que permitan establecer en términos objetivos la conexión de unas con otras¹³².

Además de la conexión objetiva, parece necesario reclamar también una componente subjetiva, en virtud de la cual el delito fin aparece como el objetivo que el sujeto se ha propuesto conseguir con las realizaciones delictivas. O lo que es lo mismo, la exigencia en el agente de un “fin”, entendido como la representación del objetivo a cuya consecución se orienta su actuación y que pretende alcanzar. Aunque explícitamente la prosa del inciso segundo del artículo 77.1 no contiene una exigencia de este tipo, tal requisito ha de considerarse implícito en la concepción de «medio... para» con la que se resalta el sentido instrumental que tiene la primera infracción respecto de la segunda. Así lo revela el significado propio del término «medio», ya analizado, y que comporta de suyo una relación de sentido que no puede considerarse satisfecha únicamente con la existencia de una mera vinculación objetiva. Por el contrario, el concepto de «medio» alcanza su significado auténtico cuando se le entiende como algo puesto al servicio de un concreto fin. Conexión reforzada legalmente por la preposición «para»; tributaria, igualmente, de la existencia de un fin y que sólo adquiere sentido real cuando se lo concibe en términos subjetivos, de orientación del actuar.

Como consecuencia, para verificar la relación medial se hace preciso exigir tanto la conexión objetiva entre las infracciones como la subjetiva, en el sentido de que están puestas al servicio de un concreto propósito, siquiera sea representado por el sujeto como eventual logro de su acción.¹³³

En la *doc jur pen* mexicana por no existir regulación expresa referente al *concurso medial* la problemática relacionada con la naturaleza del *delito medio* no es tratada.

En la *doc jur pen de otros países* se refieren a la naturaleza del *medio necesario*: Enrique CURY URZÚA: A mi juicio, la *necesidad* de la relación de medio a fin debe juzgarse *en concreto*. Por consiguiente, su existencia depende de las circunstancias concurrentes en el caso dado y no sólo de la naturaleza intrínseca de los hechos (discutible). En relación con ello conviene recordar, por otra parte, que con arreglo al criterio sostenido precedentemente ésta es la conexión que se presenta en las hipótesis de delito continuado y, por consiguiente, el art. 75 la disposición que regula su punibilidad¹³⁴. Sergio POLITOFF LIFSCHITZ/Jean Pierre MATUS ACUÑA/María Cecilia RAMÍREZ G.: (...) La práctica judicial y la doctrina mayoritaria entienden que esta relación de necesidad ha de evaluarse en el caso concreto, atendiendo a la “conexión ideológica” que, según el plan del autor, exista entre los diversos delitos, y no al mero hecho casual de su sucesión temporal. Así, se ha considerado por nuestra jurisprudencia que se pueden encontrar en concurso medial el hurto y el contrabando; y la falsificación de documentos públicos para cometer una estafa o una malversación¹³⁵. Mario GARRIDO MONTT: (...) La noción de necesidad debe evaluarse en el caso concreto, apreciando todas las circunstancias concurrentes; sectores doctrinarios estiman sin embargo, que debe considerarse exclusivamente las condiciones inherentes a los tipos penales en juego. Así, en el delito de uso malicioso de documento falso es “necesario” que previamente se falsifique. La práctica judicial se inclina por el primer sistema. Esta vinculación de necesidad, por depender del plan del autor, se acostumbra denominarla “conexión ideológica”¹³⁶. Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS: En efecto, la doctrina exige que

¹³² «Comentarios...», p. 1034.

¹³³ «Comentarios...», pp. 1035 y 1036.

¹³⁴ *Derecho...*, p. 662.

¹³⁵ *Lecciones...*, p. 448.

¹³⁶ *Derecho...*, p. 451.

exista una relación de necesidad, que debe ser entendida en sentido real, concreto y restrictivo. De tal forma que no bastaría el plan subjetivo del autor, sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse sin el otro delito, el cual se habrá de encontrar tipificado como tal en forma independiente¹³⁷.

7. Determinación de la relación medial

Puede afirmarse que en España se acepta mayoritariamente que *esta determinación debe ser en concreto y no en abstracto*. Entre quienes así opinan se encuentra José ANTÓN ONECA/José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO/Luis BENEYTEZ MERINO¹³⁸, Ángel José SANZ MORÁN¹³⁹, José CERESO MIR¹⁴⁰, Ramón GARCÍA ALBERO¹⁴¹, Juan José GONZÁLEZ RUS¹⁴², Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO¹⁴³, Enrique ORTS BERENGUER/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC:

Por tanto, el problema principal del concurso medial es la estimación de cuándo una infracción es «medio necesario» para cometer la otra. La doctrina se inclina por el enjuiciamiento de la necesidad en el caso concreto, de modo que habrá concurso medial cuando en el caso concreto enjuiciado el delito no hubiera podido cometerse sin el otro.

Ejemplo: el sujeto realiza una falsedad documental como medio necesario de un posterior delito de estafa.¹⁴⁴

¹³⁷ «Tema 27...», p. 508.

¹³⁸ *Derecho...*, p. 491: El segundo supuesto del artículo 71 es el de dos delitos de los cuales es el uno medio para cometer el otro. Ejemplos: la falsa documental para cometer la estafa; el allanamiento de morada para inferir lesiones al morador. El requisito de necesidad que el Código impone a la relación teleológica ha servido a una interpretación restrictiva. Sin embargo, la necesidad ha de estimarse en relación con el caso concreto, pues de otro modo el segundo miembro del artículo 71 carecería de aplicación.

¹³⁹ *El concurso...*, p. 219: Hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en señalar que la «necesidad» a que alude el art. 71, inciso segundo, debe determinarse en relación con el caso concreto, en referencia a la particular situación fáctica. En otro caso, como atinadamente observa Antón Oneca, dicho inciso carecería de aplicación. Se exigirá, pues, que efectivamente haya sido preciso realizar el delito-medio para cometer el delito-fin, «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». La relación teleológica entre los delitos se apreciará en suma, no en abstracto «sino teniendo muy en cuenta la configuración concreta de los hechos» (sentencia 20-V-1964, A. 2605).

¹⁴⁰ *Derecho...*, pp. 260 y 261: (...) La necesidad de la conexión teleológica, es decir que un delito fuera medio necesario para cometer otro debe enjuiciarse, según la opinión dominante, en relación con el caso concreto. El allanamiento de morada puede ser medio necesario, en el caso concreto, según el plan del autor, para cometer un delito de violación o de lesiones, aunque en abstracto esa violación o esas lesiones corporales [*sic*] podría cometerlas el autor en otro lugar y en otra ocasión sin recurrir al allanamiento de morada.

¹⁴¹ «Comentario...», p. 425: (...) Situados por tanto en el contexto de una valoración de la necesidad medial *en concreto*, de lo que se trata es de determinar, con base en un juicio objetivo, si en esa concreta situación fáctica el delito medio resulte imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro.

¹⁴² «Comentarios...», p. 1037: Del mismo modo, se conviene en que la necesidad de la relación medial ha de determinarse en concreto y no en abstracto; esto es, en atención a la particular situación fáctica. Y es que en abstracto, o mejor, en general, o ningún delito resulta imprescindible para cometer otro, por lo que no podría apreciarse prácticamente nunca la conexión medial o, si lo es, resultaría parte integrante del mismo, por lo que el delito-fin consumiría al delito-medio, impidiendo, por contrario, al *non bis in idem*, la aplicación conjunta de los dos.

¹⁴³ *Contestaciones...*, p. 361: En orden a la representación de la infracción medio como necesaria para la infracción fin, esa representación no se debe valorar en abstracto (S 20-V-64) sino que debe hacerse en concreto y sin que la necesidad sea estimada como absoluta, sino relativa, no quedando excluida por el hecho de que el delito final pudiera alcanzarse por otros medios (S 26-II-71).

¹⁴⁴ *Compendio...*, p. 294.

Esta opinión es la de la *jurispr* en España:

El requisito de necesidad que el artículo 71, párrafo primero, inciso segundo del mismo Código, impone a la relación teleológica entre los delitos, ha de apreciarse, no en abstracto, pues en tal caso el segundo miembro de la proposición disyuntiva contenida en dicho párrafo carecería de aplicación, sino teniendo muy en cuenta la configuración concreta de los hechos como reiteradamente viene proclamando este Tribunal y sobre esta base no puede menos de reconocerse que el allanamiento de la morada del ofendido fue ejecutado como medio necesario de llevar a cabo las amenazas de que fue víctima el mismo agraviado, como en casos análogos también ha declarado esta Sala (SS entre otras, de 25 abril 1986 y 8 febrero 1957).¹⁴⁵

«Como dice la Sentencia de esta Sala, de 22 de septiembre de 2001, número 1620-2001, la determinación de cuándo un delito es un medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos (...).».¹⁴⁶

De opinión diferente son Juan José BUSTOS RAMÍREZ¹⁴⁷/Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE quienes consideran que debe hacerse una combinación de *criterios abstractos y concretos*:

Luego la pregunta a responder es *si* era necesaria para la comisión del delito la realización de otro previo. Un criterio válido para resolver este problema tiene que partir de la situación concreta en el momento de la realización de los hechos considerando el plan del autor y *cómo* conforme a ese plan pensaba llevar a cabo su acción delictiva, para enseguida responder *si* en esa situación concreta se podría haber realizado de otra manera el delito. Se trata de combinar criterios abstractos con criterios concretos, *pero partiendo de estos últimos*.

Si Pedro entra en la casa de Juan ilegítimamente para golpear a Pedro [*sic*; ¿Diego?], en abstracto se podría decir que no era necesario para ese delito el de violación de domicilio. Pero si resulta que Diego estaba postrado en cama, desde donde en una conferencia de prensa había insultado a Pedro, la entrada en el domicilio de Juan aparece como necesaria. De esta forma la necesidad aparece tanto en abstracto como en concreto. En concreto, estando Diego enfermo en casa de Juan, conforme al plan de Pedro, era necesaria la violación de domicilio. Pero también en abstracto, pues cualquier otra persona en su situación no podría haber realizado de otra manera el delito de lesiones.¹⁴⁸

¹⁴⁵ STS 20 mayo 1964 [*copiada de*] José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, «Jurisprudencia», en Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código...*, pp. 1233 segunda columna y 1234 primera columna.

¹⁴⁶ STS 1632/2002, de 9.10; f. D.2 [*copiada de*] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 653.

¹⁴⁷ *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 346: Su tratamiento común con el concurso ideal reside en el concepto de necesidad que une ambos hechos. Éste no podría estar referido al «*si*», es decir, a una decisión en abstracto; pues, entonces, pareciera que siempre o casi siempre habría una absorción de un delito por otro, o bien, que ya está considerado en los delitos compuestos (así, no se puede matar sin destruir las ropas del otro; en el robo en casa habitada comprende la violación de domicilio, etc. (cfr. Rodríguez Mourullo, Com., II, p. 363). Por eso que pareciera más adecuado aplicar una fórmula analógica a aquella de la cooperación necesaria, esto es, una combinación desde el plan del autor entre un criterio abstracto y concreto (considerar tanto el «*si*» y el «*cómo*»), *pero partiendo del «cómo*» (p. ej. Pedro entra a la casa de Juan ilegítimamente para golpear a Diego: si bien en abstracto se podría decir que no era necesaria para ese delito llevar a cabo una violación de domicilio, resulta que Diego estaba postrado en cama, desde donde había dado una conferencia de prensa insultando a Diego, de modo que éste –e igual cualquier otra persona en su situación: criterio abstracto– no podría haber realizado de otra manera el delito de lesiones). Se trata, pues, de emitir un juicio general pero al momento de la realización de los hechos.

¹⁴⁸ *Lecciones...*, pp. 549 y 550.

7.1. *Nuestra opinión.* En la valoración del *delito medio* el juicio debe ser similar al de la *teoría de la equivalencia de las condiciones*: si el *delito-medio* desaparece y el *delito-fin* se puede realizar, entonces, *el delito medio no es necesario ni en abstracto ni en concreto*, como se explica en la siguiente resolución:

“Para que proceda la estimación del concurso ideal –expone la Sentencia de 9 febrero 1990– no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, *de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido*, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual”.¹⁴⁹

8. *Delito-medio, ¿posterior o anterior al delito-fin?* Este tema también es discutido entre los autores españoles. Para Juan José GONZÁLEZ RUS el *delito-medio* puede ser anterior o posterior a la realización del *delito-fin*:

Alguna doctrina, y la jurisprudencia de forma unánime, viene exigiendo que el *delito-medio* haya de preceder cronológicamente al *delito-fin*, lo que comporta que no pueda considerarse infracción instrumental la que sirve para encubrir la comisión de otro delito. Así, por citar un ejemplo repetido a estos efectos, la justificación de las placas de matrícula de un vehículo realizada con posterioridad al hurto del mismo no podría integrar la relación medial necesaria. Tal posición, que pueda ser hasta razonable para no extender en demasía el ámbito del concurso medial, puede cuestionarse, sin embargo, desde una interpretación estricta de la letra del artículo 77. Como acaba de verse, el sentido auténtico del término “medio” no comporta necesariamente precedencia cronológica alguna, sino que revela sólo la conveniencia de una acción en atención a la consecución de un fin. Y, desde esta perspectiva, la sustitución posterior de las placas de matrícula puede resultar determinante del apoderamiento del vehículo, que es, sin embargo, el fin que el sujeto pretende con su acción.¹⁵⁰

Para Gumersindo GUINARTE CABADA, el *delito-medio* debe preceder al *delito-fin*:

En primer lugar, es evidente que el delito instrumental, o *delito-medio*, ha de preceder cronológicamente al delito fin. 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.¹⁵¹

En México, este supuesto, de presentarse, se configura un concurso real por tratarse procesalmente de conexidad de delitos. Como ejemplo: Código Federal

¹⁴⁹ STS 2ª.2.3.98 [copiada de] J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica...*, p. 391. [También la citan] Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.)/Fermín MORALES PRATS (coord.), *Código...*, pp. 417 y 418.

¹⁵⁰ «Comentarios...», pp. 1036 y 1037.

¹⁵¹ «El concurso...», pp. 173 y 174. [En la cita núm. 49, dice] 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), 1-6-1979 (A. 2341), 24-X-1981 (A. 3776) y 25-II-1983 (A. 1729).

de Procedimientos Penales (art. 475, III), Código de Procedimientos Penales del Estado de Sinaloa (art. 448), Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato (art. 462):

Art. 475.- Los delitos son conexos:

I. Cuando han sido cometidos por varias personas unidas.

II. Cuando han sido cometidos por varias personas, aunque en diversos tiempos y lugares, pero a virtud de concierto entre ellas.

III. Cuando se ha cometido un delito: para procurarse los medios de cometer otro, para facilitar su ejecución, para consumarlo, o para asegurar la impunidad.

Art. 448.- Los delitos son conexos:

I. Cuando han sido cometidos por varias personas unidas;

II. Cuando han sido cometidos por varias personas, aunque en diversos tiempos y lugares, pero a virtud de concierto entre ellas; y

III. Cuando se ha cometido un delito para procurarse los medios de cometer otro, para facilitar su ejecución, para consumarlo o para asegurar la impunidad.

Art. 462.- Los delitos son conexos:

I.- Cuando han sido cometidos por varias personas unidas;

II.- Cuando han sido cometidos por varias personas, aunque en diversos tiempos y lugares, pero a virtud de concierto entre ellas, y

III.- Cuando se ha cometido un delito, para procurarse los medios de cometer otro, para facilitar su ejecución, para consumarlo o para asegurar la impunidad.

También algunos supuestos de *delito medio posterior al delito fin* tienen reconocimiento expreso como agravante del delito cometido: *Cp* Federal (art. 374, II), *Cp* Sinaloa (art. 205, I):

Art. 374. Parar la imposición de la sanción, se tendrá también el robo como hecho con violencia:

I. Cuando ésta se haga a una persona distinta de la robada, que se halle en compañía de ella, y

II. Cuando el ladrón la ejercite después de consumado el robo, para proporcionarse la fuga o defender lo robado.

Art. 205. A las penas previstas en los dos artículos anteriores, se aumentará de dos a diez años de prisión, si el robo se realiza:

I. Con violencia contra las personas o cuando se ejerza para proporcionarse la fuga o defender lo robado;

II. En lugar (...).

9. *Tiempo transcurrido entre el delito-medio y el delito-fin*. La postura de la *doc jur pen* de España la explica Gumersindo GUINARTE CABADA:

(...) No se ha pronunciando ni la doctrina ni la jurisprudencia sobre aquellos otros supuestos en los que existe un considerable intervalo temporal entre uno y otro de los delitos que se sitúan en los extremos de la relación medial. En principio, no parece que el simple espaciado cronológico entre las conductas deba excluir, por sí mismo, la posibilidad de apreciar concurso 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.¹⁵²

¹⁵² «El concurso...», pp. 174 y 175.

10. Supuestos de concurso medial

Si en la conformación del *concurso medial* existen delitos independientes (*delito-medio, delito-fin*) de inicio, con cualesquiera de las estructuras típicas se puede integrar:

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”. 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 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.¹⁵³

10.1. *Pluralidad de conexiones mediales*. Se presentaría cuando un delito es medio para cometer otro delito que se necesita para cometer uno más¹⁵⁴. La aceptación de esta figura tiene discusión en la *doc jur pen española*¹⁵⁵, pues mientras para algunos este supuesto sí es posible, para otros debe ser resuelto con la aplicación del art. 73 (concurso real)¹⁵⁶. Entre quienes aceptan la existencia de la *pluralidad de conexiones mediales*, se encuentran Juan José GONZÁLEZ RUS¹⁵⁷, y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO:

(...) De igual manera que el inciso 1º. del art. 77.1 no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por la única acción, tampoco puede excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teleológicamente¹⁵⁸.

¹⁵³ Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», pp. 166 y 167.

¹⁵⁴ Ramón GARCÍA ALBERO, «Comentarios...», p. 427: También en supuestos de pluralidad de conexiones mediales, se plantea un problema similar al analizado con el «efecto abrazadera». La doctrina española se ha hecho eco básicamente del problema que se suscita cuando un delito es medio para cometer otro que a su vez es medio para cometer una ulterior infracción. Se trata por tanto de conexiones mediales encadenadas -un delito que es medio para cometer otro, a su vez instrumental de un tercero-.

¹⁵⁵ [Así] Ángel CALDERÓN CEREZO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Código penal comentado. Concordado, jurisprudencia y doctrina. Legislación penal especial y normas complementarias*, Barcelona, 2004, p. 155: En el supuesto de **pluralidad de concursos mediales** encadenados -un delito es medio para cometer otro que a la vez es medio de un tercero- la teoría se encuentra dividida.

¹⁵⁶ Ángel José SANZ MORÁN, *El concurso...*, pp. 220 y 221: Resta, como solución más aceptable, la segunda de las indicadas: apreciar el art. 71, inciso segundo, para una de las conexiones mediales a su vez en concurso real con el delito o, en su caso, con las conexiones mediales sobrantes. Se trata de la solución más coherente con la letra y «ratio del art. 71», inciso segundo, donde sólo se hace referencia a la conexión medial entre dos delitos («uno de ellos... el otro»).

¹⁵⁷ «Comentario...», p. 1038: Especialmente interesante es el problema que plantean las *conexiones causales encadenadas* y la *pluralidad de conexiones causales*. (En la p. 1039, concluye) A mi juicio, sin embargo, ambas hipótesis pueden presentarse y ninguna está vedada por el artículo 77.1. A pesar de que su literalidad parece referirse a vínculos entre infracciones singulares («una de ellas... la otra»), lo cierto es que incluso en el caso de que los hechos punibles que constituyan el antecedente medial sean varios (encadenados o múltiples), cada uno de ellos puede estar en relación de medio necesario con el delito-fin, cumpliéndose, pues, para cada infracción, el presupuesto de esta modalidad de concurso.

¹⁵⁸ *Derecho...*, p. 430. [Igual] Ángel CALDERÓN CEREZO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *Código...*, p. 155.

10.2. *Concurso medial culposo*. La configuración de este supuesto tiene discusión en la *doc jur pen* de España. Para quienes lo niegan, la exigencia del elemento subjetivo impide la configuración del *concurso medial culposo*. Así piensan Juan José GONZÁLEZ RUS¹⁵⁹, María Luisa MAQUEDA ABREU¹⁶⁰, Gumersindo GUINARTE CABADA¹⁶¹, y José LLORCA ORTEGA:

Expuesto el elemento subjetivo que ha de concurrir en el concurso medial, cabe preguntarse: ¿podrá existir concurso medial cuando una de las infracciones es culposa? Así como en el concurso ideal –un solo hecho constitutivo de dos o más delitos– ha de admitirse la concurrencia de delitos de distinta índole culpable (v. g., un solo disparo que causa lesiones dolosas y homicidio culposo), en el concurso medial, por el contrario, por muy objetivo que se conciba el nexo de necesidad, es 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 artículo 77 en la modalidad de que se trata (sentencias 8 de febrero de 1957, 13 de mayo de 1964, 23 de octubre de 1965, 28 de marzo de 1984).¹⁶²

10.3. *Concurso medial y tentativa*. Este supuesto puede presentarse cuando el *delito-medio* o el *delito-fin* no sean consumados. Si el *delito-fin* queda en tentativa el desistimiento puede operar, no así en el *delito-medio* que ya fue consumado¹⁶³. En cambio si el *delito-medio* es el que queda en tentativa, entonces, el *delito-fin*, de inicio, quedaría impune. Ejemplo: si con la finalidad de matar a una persona, que se encuentra en la sala de su casa, debe penetrarse en morada ajena, al ser

¹⁵⁹ «Comentarios...», p. 1036: (...) La consecuencia inmediata que se deriva de ello es la exclusión del concurso medial cuando el delito fin sea culposo. De ser así, significaría que el sujeto no quería de antemano la producción del mismo, lo que resulta incompatible con la finalidad precisa para integrar la relación instrumental entre las infracciones, entendida como deseo consecuente de realización del mismo. También dudosa es la existencia de relación instrumental en el caso contrario, cuando es el delito-medio el que se ha causado imprudentemente, siendo como consecuencia del mismo como surge el deseo de realizar el delito-fin (lesiones culposas que se aprovechan para apoderarse del sujeto pasivo).

¹⁶⁰ «Tema 44...», p. 889: Por otra parte, la idea de fin sugiere una preordenación de las infracciones realizadas y, por tanto, un nexo psíquico entre ellas. Es el complemento subjetivo indispensable de estos supuestos de conexión teleológica que requiere que la ideación sea anterior a la comisión del delito-medio y que impide su apreciación cuando el «delito-final» es imprudente. Según ello, habría que rechazar la figura de concurso medial en quien entra en vivienda ajena con intención de robar y produce la muerte imprudente del morador en un forcejeo dirigido a impedir su resistencia o en cuando se atropella imprudentemente a un peatón con un vehículo de motor del que el sujeto se ha apropiado ilegítimamente.

¹⁶¹ «El concurso...», p. 184: 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 configuración 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. Políticamente-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.

¹⁶² *Manual...*, p. 200.

¹⁶³ Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Comentarios...», p. 230: Por último, diremos que el desistimiento en la tentativa del delito final sólo beneficia a éste y no al delito medio (STS 13 febrero 1963).

detenido cuando se está derribando la puerta de ésta, existirá tentativa de allanamiento de morada y un acto preparatorio de homicidio, según la opinión dominante. Pero si en este caso se aplica la *teoría concretada de los actos parciales* de Claus ROXIN¹⁶⁴, entonces, *sí existe un concurso medial de tentativa de homicidio* porque al ser detenido cuando pretende ingresar al domicilio ya existiría una *estrecha relación temporal y una influencia en la esfera de la víctima*, restándole sólo matar¹⁶⁵.

En la *doc jur pen española* se refieren a esta situación: Juan José GONZÁLEZ RUS: Por lo demás, el delito-medio y el delito-fin pueden quedar en grado de tentativa, (...) ¹⁶⁶. Gumersindo GUINARTE CABADA: 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. Creemos que tampoco es obstáculo para tal conclusión a [*sic; ¿la?*] exigencia legal de que los términos de la conexión medial sean delitos¹⁶⁷.

10.4. *Concurso medial y concurso ideal*. Esta hipótesis se explica con la posibilidad de que en el *delito-medio*, en el *delito-fin* o en ambos se configure un concurso ideal. Aún cuando no acepta esta configuración, esta idea la expresa Gumersindo GUINARTE CABADA:

Una segunda hipótesis especial a considerar es aquélla 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

¹⁶⁴ «Acerca de la tentativa en el derecho penal», en *La teoría del delito en la discusión actual*, Manuel A. Abanto Vázquez (trd.), Lima, 2007, pp. 397 y 398: Según mi recomendación, el último acto parcial que fundamenta la tentativa debe ser precisado mediante los dos conceptos auxiliares de «relación temporal estrecha» e «influjo en la esfera de la víctima o del tipo». Quiero aclarar esto a través de mi último ejemplo. Cuando alguien mete la mano en el interior de un auto ajeno para hurtar algo que se encuentra ahí, siempre se produce una tentativa de hurto. No interesa en ello si quiere coger directamente el objeto que quiere hurtar o que quiera coger primero un palo con cuya ayuda pueda sacar el objeto. Y es que en ambos casos la acción del autor se encuentra en una estrecha relación temporal con el resultado (enseguida va a tener lugar el hurto), y el autor ya ha influido en la esfera de la víctima (el auto). Por el contrario, cuando el autor todavía está inactivo frente al auto en el cual quiere penetrar, esto todavía no es una tentativa, pues falta el influjo en la esfera de la víctima.

¹⁶⁵ Claus ROXIN, «Acerca de...», pp. 399 y 400: En los hechos de una sentencia del Tribunal Federal, el autor quería matar a tiros a la víctima dentro de su departamento. Con la culata del arma rompió la puerta de la sala en la cual se encontraba la víctima, y penetró en la habitación. Entretanto, ésta había escapado por la ventana. Aquí la instancia inferior había admitido que la tentativa recién comienza cuando el autor dirige el arma cargada a la víctima. Esto se correspondería plenamente con una teoría del acto parcial concebida de manera estricta. Por el contrario, el Tribunal Federal afirma una tentativa de homicidio y la fundamenta con el hecho de que el hacer del autor iba a pasar al cumplimiento del tipo sin más actos intermedios. Aquí, sin fundamentar más, se ha tomado como base un concepto amplio del acto parcial. Pero, por sus resultados, el Tribunal Federal tiene razón: el penetrar en la sala constituye una afección duradera en la espera de la víctima; también se ha dado una estrecha relación temporal con la planificada muerte a disparos, dado que el autor partió de la presencia de la víctima y quería pasar inmediatamente a los hechos.

¹⁶⁶ «Comentarios...», p. 1037.

¹⁶⁷ «El concurso...», pp. 175 y 176.

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.*¹⁶⁸

10.5. *Concurso medial y concurso real*¹⁶⁹. La posibilidad de que delitos en concurso real sean *delito-medio* o *delito-fin*, tiene discusión en la *doc jur pen* española. Debe negarse, según opinión de Gumersindo GUINARTE CABADA:

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).¹⁷⁰

Y no debe discutirse, según lo dice Ramón GARCÍA ALBERO:

(...) Pero más usual y fácil de comprender resulta aquella situación en que una pluralidad de delitos, en concurso real, constituyen medio necesario e imprescindible para la realización de un delito fin. Y al respecto, no cabe ventilar el expediente argumentando que las conexiones mediales no caben cuando uno de los extremos está configurado por una pluralidad delictiva (GUINARTE CABADA, SANZ MORÁN). Pues el que el art. 77 se refiera a una infracción para cometer otra, no quita nada a la conexión medial que se producirá entre todos y cada uno de los delitos iniciales en relación con el delito fin. En otros términos, respecto de cada uno de los delitos por separado cabe una relación medial con el delito fin, por lo que se cumple con el presupuesto de operatividad del art. 77 segundo inciso.¹⁷¹

10.6. *Concurso medial de delitos continuados*. Si el delito continuado está reconocido por el legislador como un *delito único*, entonces, la configuración de un *concurso medial de delitos continuados* no debe ser cuestionada¹⁷². En las resoluciones de los tribunales de España tiene aceptación:

«Nos encontramos, en definitiva, ante un delito de falsedad continuada y otro delito continuado de estafa, en relación de concurso instrumental que previene el art. 77 CP puesto que dicha *relación concursal medial* se produce también cuando la falsedad tiene por objeto la impunidad del patrimonio ya consumado (véase STS de 25 de noviembre de 2000).

» Por lo demás, no cabría oponer ningún reparo a esta calificación por el hecho de que la misma acción de levantar Actas de “comprobado y conforme” configuren dos ilícitos penales, uno de falsedad documental y otro de estafa en concurso medial,

¹⁶⁸ «El concurso...», p. 194. [Sin cursivas en el texto original].

¹⁶⁹ Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», p. 196: 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.

¹⁷⁰ «El concurso...», p. 167.

¹⁷¹ «Comentario...», p. 427.

¹⁷² Juan José GONZÁLEZ RUS, «Comentarios...», pp. 1033 y 1034: Por último, debe señalarse que las “infracciones” que se encuentran en relación de medio a fin pueden ser delitos, faltas, una unidad típica en sentido estricto o un delito permanente, complejo o habitual. Tampoco ofrece particularidad alguna el hecho de que pueda serlo un delito continuado, puesto que legalmente éste aparece tratado como un delito único. Ángel José SANZ MORÁN, *El concurso...*, p. 219: (...) Así, el «delito-medio» o el «delito-fin» pueden ser, por ejemplo, un delito continuado o una «unidad típica en sentido amplio».

porque los dos resultados típicos han sido causados por la acción dirigida a su causación, por dolo directo. En términos (...).¹⁷³

- La STS, 2ª, núm. 1027/2000, de 6 de junio, señala, por su parte, que los hechos son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por particular, del art. 392 en relación con el 390.1.1.ª, que comprende 541 falsedades singulares (art. 74.1), en relación de concurso ideal (art. 77), con un delito continuado de estafa, que abarca 130 defraudaciones irregulares (art. 74.2), agravado por la cuantía de la defraudación, de los arts. 248.1, 249 y 250.1.3.ª, todos del C.P. vigente, y con la circunstancia agravantes genérica de reincidencia (F.J. cuarto de la sentencia) a los que atribuye la pena conjunta de seis años de privación de libertad y dieciocho meses de multa, con una cuota de 2.500 ptas. (15,02 euros) diarias, completamente ajustada y respetuosa con el marco legal si se tienen en cuenta las penas básicas de seis meses a cuatro años y de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses con las que el Código conmina, respectivamente, a los delitos de estafa y falsedad tipificados en los arts. 249 (en relación con el 248) y 392 (en relación con el 390), más la exarcebación punitiva prevista en el art. 74 para el delito continuado y para el tipo agravado de estafa por el art. 250.1.ª.3.ª, más la agravación genérica de la reincidencia (art. 22.8.ª y 66.3.ª), además del régimen concursal del art. 77.2, que justifican plena y holgadamente, la pena que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2.ª) impuso al recurrente, por lo que el recurso ha de ser desestimado».¹⁷⁴

La no dificultad del *concurso medial de delitos continuados* la explica Gumersindo GUINARTE CABADA:

Una primera hipótesis (la de más fácil solución de entre estas especiales) sería aquélla 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, no hay ningún inconveniente 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. Únicamente interesa poner de relieve que, a la hora de aplicar la regla penológica del párrafo segundo del artículo 71, y para determinar cual [*sic*] 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.¹⁷⁵

También puede presentarse el *concurso medial* entre un *delito único* (delito-medio) y un *delito continuado* (delito-fin), como se acepta en esta *jurispr* española:

«Nos encontramos ante un comportamiento a través del cual se perpetra un delito de allanamiento de morada y otro continuado de agresión sexual por acceso carnal

¹⁷³ STS 2ª.3.12.05 [copiada de] J. GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Práctica jurisprudencial...*, p. 437.

¹⁷⁴ Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. (Comentarios y jurisprudencia)*, tomo I, Granada, 2002, p. 916, primera y segunda columnas.

¹⁷⁵ «El concurso...», pp. 193 y 194. [Los artículos mencionados son del Cp abrogado].

vaginal, de los cuales, el primero, fue medio necesario para la comisión de los otros, por lo que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos –en su versión medial– que se regula en el vigente art. 77 del Código Penal; habiéndose de penar los hechos punibles referidos en forma separada, por ser la solución más favorable para el reo (STS 7.2.87 y 16.12.93)». ¹⁷⁶

10.7. *Concurso medial entre delito y falta o entre falta y delito.* Estas hipótesis, creemos, sí se pueden presentar en la vida real, sólo que, por disposición del legislador deberán penarse cada uno (delito–falta) por separado de acuerdo a lo que se señala en los números 2 y 3 del art. 77 del Cp español ¹⁷⁷:

Art. 77. 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

10.8. *Concurso medial y faltas.* Si en el Cp español las *faltas* son una especie de las *infracciones* ¹⁷⁸, y si las penas que el legislador les ha señalado, también, admiten una división para ser concretadas, se puede aplicar la figura del *concurso medial*:

Otro tanto sucede con las faltas, que parte de la doctrina y la jurisprudencia excluyó también, por semejantes razones, del ámbito del artículo 77.2. Aunque respecto de ellas el artículo 68 excluye la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 61 a 72 (por tanto, la división en cuantías), quedan incluidas sin embargo, dentro del régimen del concurso ideal y medial, tanto porque la referencia a “infracciones” del artículo 77.1 lo permita, cuanto porque no se excluye para ellas la aplicabilidad del mismo; y, sobre todo, porque las penas de todas ellas son susceptibles de división, en términos semejantes a las penas previstas para los delitos ¹⁷⁹.

¹⁷⁶ SAP Toledo 1/2000, de 14.1; f. D. 1 [copiada de] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 655.

¹⁷⁷ Jacobo LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Derecho...*, p. 266: Como dijimos anteriormente, no hay inconveniente alguno en que se haga uso de las reglas del concurso ideal, cuando un hecho constituya dos o más faltas o una de ellas sea medio necesario para cometer otra. Obviamente ha de tratarse de supuestos en los que concurren faltas, pues en el caso de concurso ideal entre un delito y una falta, aunque se admitiera, deberían penarse por separado, habida cuenta los números 2 y 3 del art. 77 del código penal.

¹⁷⁸ [Explicando el antecedente] Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», p. 172: 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.

¹⁷⁹ Juan José GONZÁLEZ RUS, «Comentarios...», p. 1049. Jacobo LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Derecho...*, p. 266: Como dijimos anteriormente, no hay inconveniente alguno en que se haga uso de las reglas del concurso ideal, cuando un hecho constituya dos o más faltas o una de ellas sea medio necesario para cometer otra.

La sanción por separado del *delito* y de la *falta* tiene reconocimiento en la *jurispr* de los tribunales españoles:

(...) como del mismo modo, ha de estimarse concurso real entre falta y delito, cual es también nuestro caso, pues en tanto que los artículos 69 y 70 hablan de «diversas infracciones», el artículo 71 habla sólo de «delitos» (lo que excluye las faltas), en cuyo sentido se pronunció también de antiguo la jurisprudencia (SS 13 mayo y 27 septiembre 1911), criterio confirmado más modernamente –S 2 junio 1970–, sin desconocer las objeciones de un sector doctrinal a esta postura de exclusión de las faltas que se apoya para ello en el sentido omnicompreensivo del término «infracciones» utilizado por el artículo 71, al igual que en otros pasajes del Código, y, sobre todo en que el artículo 601 no excluye de su dicción el repetido artículo 71, objeciones que si pueden tener eficacia cuando se trata de concurso entre faltas, es virtualmente inoperante cuando se trata de concurso entre falta y delito cuya punición separada siempre será más beneficiosa que la conjunta de absorción por aplicación de la pena asignada al delito en su grado máximo.¹⁸⁰

10.9. *Concurso medial y concurso de leyes*. La determinación de, si en el hecho concreto, existe *concurso medial* o *concurso de leyes* depende de sí en la estructura del tipo penal existe o no un elemento subjetivo específico. Esta posibilidad la explica Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN:

En efecto cuando la falsedad documental se tipifica como un delito que consiste en el propio hecho falsario, sin incorporar ningún elemento tendencial o de específica intencionalidad, se entiende que la subsiguiente utilización del documento falsario como medio para engañar determinando un acto de disposición constitutivo de estafa, conlleva un concurso medial entre delito con lesión de dos bienes jurídicos diferentes (STS 15-4-1987, 27-7-1988, 9-7-1992, 4-4-1994, etc.). En cambio cuando el tipo de falsedad incorpora un elemento tendencial (“para perjudicar a otro” art. 395 CP 95) la efectiva realización de dicho perjuicio consume la mera intención de provocarlo. Los concursos con otros tipos de falsedades instrumentales (por ejemplo, art. 290 C. Penal 95), debe resolverse, generalmente, conforme al principio de especialidad.¹⁸¹

10.10. *Concurso medial y autoría*. En los *Cps* de España y de México se reconocen como formas de autoría la *directa*, la *mediata* y la *coautoría*. En España su regulación se presenta en el primer párrafo del art. 28:

Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

En México, en el *Cp* Federal se presenta en las fracciones II, III y IV del art. 13:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

¹⁸⁰ STS de 28 de marzo de 1984 [copiada de] José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, «Jurisprudencia», p. 1239 segunda columna.

¹⁸¹ «Las falsedades documentales. Perspectiva jurisprudencial», en *Problemas específicos de aplicación del código penal*, Madrid, 1999, pp. 456 y 457.

- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que (...).

10.10.1. *Autoría directa*. Esta relación no presenta dificultad. La hipótesis normal, digamos, es cuando el sujeto activo realiza por sí las dos acciones: la acción del delito medio y la acción del delito fin. El otro supuesto que puede presentarse es cuando con una sola acción aplicada sobre otra persona se produce el delito fin. Pensemos este ejemplo: la única posibilidad de matar a X es lesionando a B para que al proyectarse ocasione que X se precipite al vacío y muera. Si el concurso medial, se dice, se conforma con dos acciones, este supuesto no sería concurso medial sino un caso de concurso ideal porque si el lesionado no realiza acción por efecto de la fuerza física exterior irresistible (falta de acción), la única acción es la de lesionar la cual produce dos resultados: lesiones y homicidio. Si se acepta la figura del concurso medial entonces este también se puede presentar con una sola acción, lo cual significa que su naturaleza mixta estaría más acorde que la de concurso real.

10.10.2. *Autoría mediata*. En esta clase de autoría la persona que produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico actúa pero no se le imputa el resultado producido por faltar el injusto o la culpabilidad. En España su regulación se hace en el tercer supuesto del primer párrafo del art. 28:

Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento¹⁸².
También (...).

En México, la mayoría de los Cps¹⁸³ regulan la autoría mediata siguiendo el modelo del Cp Federal:

¹⁸² José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, 1996, p. 61: (...) La nueva normativa, pese a que no ser plenamente satisfactoria, sí que supone un cierto avance en la plasmación positiva de las aportaciones científicas, pues introduce expresamente en el art. 28 las formas de autoría, mencionado [sic] por primera vez a la autoría mediata, cuando declara que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Con ello no puede quedar duda ya de que la autoría mediata es una forma principal de realizar el hecho punible. Carolina BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, 2000, p. 169: La autoría mediata se halla regulada expresamente en el CP actual. El art. 28, párr. 1º. CP establece que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento». Estos son los autores en sentido doctrinal.

¹⁸³ Cp Oaxaca: Art. 11.- Son autores o partícipes del delito: (...) IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro. Cp Quintana Roo: Art. 16.- Son responsables del delito cometido: (...) III.- Los que lleven a cabo sirviéndose de otro. Cp Sinaloa: Art. 18. Son responsables del delito cometido: (...) IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento. [Diferente] Cp Estado de México: Art. 11. La responsabilidad penal se produce bajo la siguientes formas de

- Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:
- I. Los que (...);
 - II. Los que (...);
 - III. Los que (...);
 - IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
 - V. Los que (...).

La configuración del *concurso mediat* surge con la combinación de la *autoría directa* y de la *autoría mediata* por el *delito fin*. La presencia de las dos formas de autoría (directa- mediata) se resolverá como un supuesto de *concurso de leyes* con el *principio de subsidiariedad* teniendo como figura principal a la *autoría directa*. En *España* piénsese como ejemplo el delito de coacciones¹⁸⁴ (delito-medio) con la finalidad de cometer otro delito. En este supuesto quien coacciona respondería por este delito y por el resultado producido por el coaccionado¹⁸⁵.

En *México* este supuesto se presentaría cuando el delito de amenazas¹⁸⁶ se hiciera para cometer otros delitos. Sin embargo, la responsabilidad por el resultado producido por el amenazado no es, como en *España*, mediante la aplicación del *concurso mediat* que, como ya se dijo, en *México* no tiene regulación expresa, sino por la aplicación del segundo párrafo del art. 284:

Artículo 284. Si el amenazador cumple su amenaza, se acumularán la sanción de éste y la del delito que resulte.
Si el amenazador exigió que el amenazado cometiera un delito, a la sanción de la amenaza se acumulará la que le corresponda por su participación en el delito que resulte.

intervención en el hecho delictuoso: I. La autoría; y II. La participación. Son autores: (...) e) Los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho. Cp Guanajuato: Artículo 20. Es autor del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito o con varios en común. Es (...). Cp Hidalgo.- Son autores o partícipes del delito: (...) IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, de un animal o de cualquier otro medio, utilizable como instrumento. Cp Michoacán: Art. 17.- Son responsables de la comisión de un delito: (...) III.- Los que sirven para cometer el delito de una persona inculpable e inimputable.

¹⁸⁴ Art. 172. 1. El que sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando (...).

¹⁸⁵ Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ, *El delito...*, p. 303: En los supuestos en que la coacción sea medio para obligar a otra persona a cometer un delito, existirá un concurso de delitos, por eso el sujeto activo responderá del delito de coacción y del delito cometido por el coaccionado.

¹⁸⁶ Cp Federal: Artículo 282. Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión o de 180 a 360 días multa: I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trata de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer. Si el ofendido fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 Bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo. Si el ofendido por la amenaza fuere víctima y ofendido o testigo en un procedimiento penal, la pena será de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa. Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela, con excepción de lo establecido en el párrafo anterior que se perseguirá de oficio.

En los *Cps* mexicanos que tienen art. similar al 284 o que no cuenten con él, la responsabilidad por el resultado producido por el amenazado se resolverá con la aplicación del concurso real: autoría directa por el delito de amenazas y autor mediato por el resultado producido por el amenazado (homicidio, lesiones, robo, secuestro, etc.) quien no responderá penalmente por ser inculpable.

10.10.3. *Coautoría*. Si el concepto de ésta es el de la *coautoría funcional*¹⁸⁷, de inicio no existe dificultad para su configuración en el *concurso medial* porque las funciones pueden repartirse entre los autores: unos realizan el delito medio (robo del vehículo) y otros el delito-fin (secuestro). Al final todos son coautores del robo del vehículo y del secuestro.

Así, la hipótesis del *concurso medial* en relación con la *autoría* y *participación* debe aceptarse ya sea que las acciones realizadas sean todas de autoría, de participación o de autoría y participación:

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.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo (trds.), Madrid, 2000, p. 308: Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Ésta es una forma absolutamente autónoma de dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento. María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor. Fundamentos y límites*, Valencia, 2001, p. 82: Así, debemos poner de relieve que en términos generales, la coautoría aparece caracterizada por la existencia de una división de funciones o una acumulación de esfuerzos en orden a la correalización delictiva y por la dependencia recíproca de los coautores en la ejecución delictiva.

¹⁸⁸ Gumersindo GUINARTE CABADA, «El concurso...», p. 178. [También] Juan José GONZÁLEZ RUS, «Comentario...», p. 1037: Por lo demás, el delito-medio y el delito-fin pueden quedar en grado de tentativa, resultando aplicable también el concurso medial tanto si el sujeto es autor como participe en las respectivas infracciones.

11. Punibilidad.

La regulación de ésta para el *concurso medial* se encuentra en los núms. 2 y 3 del art. 77:

Art. 77. 1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Desde que en el *Cp* de 1848 aparece regulado el *concurso medial*, la fórmula para su sanción ha sido –y seguirá– cuestionada¹⁸⁹, como lo reconoce Borja MAPELLI CAFFARENA:

Las reglas del concurso ideal se hacen también extensivas desde el CP de 1848 al concurso medial, es decir, cuando una infracción es medio para la comisión de otra. Desde entonces la doctrina se muestra crítica respecto de la equiparación entre ambas modalidades de concurso, pues si la relación medial se debe a la propia naturaleza de los hechos, como sucede a la secuencialidad entre las lesiones y el homicidio, entonces corresponde aplicar las reglas del concurso de leyes y entender consumido un injusto en otro; si, por el contrario, la medialidad es circunstancial y responde al plan como el autor diseñó los acontecimientos, en este caso carece de justificación hacerle extensivo el privilegio de las reglas del concurso ideal. Se trataría de dos delitos que merecen dos penas independientes.¹⁹⁰

12. Criterio de punición

El legislador español al regular el *concurso medial* en unión del *concurso ideal* no hizo una definición para su sanción, por lo que, el *criterio* o *sistema* para la punibilidad de estas dos clases de concurso de delitos es el mismo¹⁹¹.

De los autores españoles que dicen cuál es el *criterio* o *sistema de punibilidad para el concurso medial*: Juan José GONZÁLEZ RUS: (...) El sistema legal prescrito para el concurso ideal y el medial es, pues, el de *absorción con agravación*. Se trata de una variante del sistema de absorción, en el que si bien se prevé la agravación de la pena señalada para el delito más grave, se mantiene, sin embargo, el marco penal de éste, lo que lo hace distinto del sistema de *asperación* o *exasperación*, con el que en ocasiones se le confunde. Como límite del principio de absorción con agravación se recurre a la acumulación material, dado que su aplicación queda condicionada a que la pena resultante no sea mayor que la suma de las que procedería aplicar penando

¹⁸⁹ Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS/José Miguel PRATS CANUT, *Manual...*, p. 751: (...) Que la pena sea únicamente la del delito más grave en su mitad superior (art. 77.2 CP) responde históricamente, según indican los comentaristas de los Códigos del Siglo XIX, a la conveniencia de valorar un solo plan criminal (unidad de dolo, pese a la diversidad de hechos), que resultaba suficientemente sancionado con la exasperación de la pena mayor.

¹⁹⁰ *Las consecuencias...*, pp. 273 y 274.

¹⁹¹ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC/Ángela MATALLÍN EVANGELIO/Enrique ORTOS BERENGUER/Margarita ROIG TORRES, *Esquemas...*, p. 144: Su régimen penológico coincide con el establecido en el art. 77 para el concurso ideal.

separadamente las infracciones (art. 77.2 y 3)¹⁹². Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ: (...) En ese sentido, el llamado *concurso medial* que se regula en el artículo 77.1 viene equiparado, en lo que concierne a la pena aplicable en esos supuestos, al *concurso ideal*, rigiéndose ambos por el *principio de absorción* (imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior)¹⁹³. Ma. del Carmen GÓMEZ RIVERO/Ma. Isabel MARTÍNEZ GONZÁLEZ/Elena NÚÑEZ CASTAÑO: El art. 77 CP contempla dos principios en relación con el castigo del concurso ideal: - Principio de asperación: Se impone la pena del delito más grave en su mitad superior, pero limitada por el: -Principio de acumulación: No puede imponerse una pena superior a la que correspondería castigando separadamente las infracciones. De ser así, deberá castigarse cada infracción por separado (art. 77.2 y 3 CP)¹⁹⁴. M^a. Concepción MOLINA BLÁZQUEZ: El régimen del concurso ideal de delitos y del delito medio se encuentra establecido en el artículo 77, que impone el sistema de la llamada pena única agravada o de asperación¹⁹⁵.

13. Prescripción

Como el legislador español del *Cp* de 1995 no estableció regla para la prescripción del concurso de delitos, y por lo tanto, tampoco para el *concurso medial*, esta situación determinó que los criterios de *jurispr* no fueran idénticos, pues, mientras en algunos se aceptaba la prescripción de todos los delitos cuando se diera la del *delito con mayor punibilidad*¹⁹⁶, en otros, se aceptó la prescripción *independiente de cada delito*¹⁹⁷. Esta divergencia de opiniones de la *jurispr* quedó resuelta con el texto del art. 131 núm. 5 que se incorporó con la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal*:

Art. 131.

1. Los delitos prescriben:

¹⁹² «Comentarios...», pp. 1043 y 1044.

¹⁹³ «Comentario...», p. 263.

¹⁹⁴ *Nociones...*, p. 380.

¹⁹⁵ *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 2002, p. 76.

¹⁹⁶ [Así] SAP Madrid 29/2000, de 25.1; f. D.1 [copiada de] Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord.)/Juan Antonio LASCAURAÍN SÁNCHEZ/Blanca MENDOZA BUERGO, *Código...*, p. 671: (...) La STS de 29 de julio 1998 dictada en la causa conocida como "asunto Marey" ha establecido que "entendemos que dos delitos en concurso ideal o medial forman una unidad de orden sustantivo tan íntima que no cabe hablar de prescripción de uno cuando el otro aún no ha prescrito. Y esto es lo ocurrido en el caso presente en el que la malversación, para cuya prescripción podría haber regido el plazo de 10 años fue un medio necesario para la comisión del delito de secuestro, tan estrechamente relacionados los dos entre sí que, conforme a la jurisprudencia de esta sala, no cabe que la responsabilidad criminal prescriba respecto del uno con independencia del otro..."

¹⁹⁷ Inés OLAIZOLA NOGALES, «La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos», en *Actualidad Penal*, tomo II, Madrid, 1998, p. 764: Algunas sentencias del TS, coincidiendo con la interpretación que aquí se defiende, son partidarias, en caso de concurso de delitos, de aplicar el plazo de prescripción independiente a cada delito. Según esta línea jurisprudencial, es suficiente que haya transcurrido el tiempo señalado en la ley para que opere el instituto de la prescripción, sin que sea lícito condicionamiento alguno, ya que no se puede distinguir donde la ley no distingue y mucho menos en materia penal en que la interpretación contraria puede redundar en contra del reo. La prescripción del delito es ajena a toda consideración procesal, es un modo de extinción de la responsabilidad criminal. El delito se ve afectado en su propia estructura por el transcurso del tiempo y es la penalidad el elemento fundamental de referencia que utiliza el CP en materia de prescripción. En este sentido se manifiesta la STS 25-4-1988 (Ar. 2868) según la cual «la prescripción debe ser apreciada tan pronto como las exigencias del Derecho sustantivo se hayan producido, porque de no hacerlo así se faltaría al principio de coherencia político-criminal que preside la institución, dado que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines del más alto significado y trascendencia que informan el derecho punitivo son ya incompatibles». [En la cita 73, dice] En el mismo sentido, entre otras, 21-11-1981 (Ar. 4427); 14-12-1987 (Ar. 9758); 29-1-1990 (Ar. 521); 23-3-1993 (Ar. 2498); 5-4-1993 (Ar. 3035).

A los (...).

5. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

Así, por disposición legal, el criterio que fue mayormente criticado por la *doc jur pen* quedó formalizado, pero no legitimado. Si en el *concurso medial* se acepta, sin discusión, la existencia de por lo menos dos delitos independientes, el criterio de prescripción que más se corresponde es el de la *prescripción separada para cada uno de ellos*. Esta idea no la aceptó el legislador español, y con ello se demuestra, una vez más, que quien hace la ley hace la trampa: *se busca satisfacer una exigencia para dar certeza y seguridad jurídica pero al precio de prolongar en el tiempo la vigencia del poder punitivo del estado*.