

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

SOBRE LA DENOMINADA «UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN»

**(A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente
Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara)**

RAMÓN GARCÍA ALBERO

Profesor titular interino de Derecho penal
Universitat de Lleida (1)

I

1. «... el procesado al irrumpir en el bar donde se encontraba la víctima, apuntándole con una escopeta que portaba, gritando a los presentes “agacharos, que lo mato”, apuntó a la cabeza del agredido, a una distancia de cuatro metros, y disparó agachándose éste en ese momento por lo que tan solo le alcanzaron tres perdigones, escapando por el pasillo que conduce a los servicios y refugiándose en un cuarto huyendo del procesado que le perseguía con la escopeta y al empujar éste la puerta, aquél consiguió desarmarle, entablándose una lucha

(1) Abreviaturas utilizadas; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; CPC: Cuadernos de Política Criminal; GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; RIDPP: Rivista italiana di diritto e procedura penale.

cuerpo a cuerpo en el curso de la cual el procesado cogió una botella con la que causa a su contrincante las lesiones que se dicen en el *factum...*»).

2. La sentencia de la Audiencia condenó al procesado C. como autor de un delito de homicidio frustrado del art. 407 y otro de lesiones del art. 422, concurriendo como muy cualificada la atenuante 8.^a del art. 9, a las penas de dos años de prisión menor por el primero y 30.000 pesetas por el segundo. El Tribunal Supremo estima el recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un único delito de homicidio frustrado, de acuerdo con el criterio de la «unidad natural de la conducta como base de la unidad del delito», según el la cual «la conducta del procesado está constituida por un *único acto de voluntad en busca del resultado querido, guiado del ánimo necandi*» (2).

II

1. La presente sentencia constituye una muestra de aplicación por parte de nuestro Alto Tribunal, de la denominada «unidad natural de acción» como criterio apto para trazar la distinción entre hipótesis de concurso real de delitos —homogéneo— (3), y meros supuestos de unidad delictiva. En pocos ámbitos como en éste contrasta la escasa atención que ha merecido dicho problema en nuestra doctrina con la importancia que se le adivina, habida cuenta de que la realidad ofrece pocos ejemplos en los que el sustrato a valorar jurídicamente no resulte complejo. Reducir dicha complejidad resulta tarea vana desde un entendimiento de la aplicación de las normas jurídicas como mera subsunción lógica bajo premisas mayores formuladas abstractamente. Porque, en efecto, la finalidad primordial que desempeñan los respectivos tipos consiste en determinar *cuándo* el autor ha realizado el injusto típico, «pero no *cuántas* acciones representan una realización típica» (4). Por ello que la posibilidad de inclusión conceptual de una acción aisladamente considerada en el verbo típico correspondiente no es, necesariamente, paralela al número de injustos

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1989. A 5205, p. 5993.

(3) En tanto se admita el calificativo heterogéneo a los complejos concursales constituidos por un delito en tentativa y otro de perfecta realización, y se sostenga que los principios de especialidad y subsidiariedad operan también *con independencia* de que los tipos especiales y subsidiarios estén en grado de tentativa (En este sentido, GEERDS, *Zur Lehre vom der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, 1961, p. 199) la «unidad natural de acción» serviría como criterio *auxiliar* para deslindar también hipótesis de unidad delictiva del concurso real heterogéneo de delitos.

(4) En estos términos, MAIWALD, «Die natürliche Handlungseinheit», *Heidelberg Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 1964, p. 113.

típicos realizados. En *qué casos no es*; a ello trata de responder la figura de la unidad natural de acción. Por lo pronto, dicha constatación deriva de que el legislador, al conminar una conducta lesiva de bienes jurídicos con una determinada pena, no ha podido *desconocer la fisonomía habitual que presentan dichas agresiones*. El criterio del «*id quod plerumque accidit*» pugna contra la idea de que, cada vez que en un mismo contexto espacio-temporal se reitera el golpe, el insulto o el disparo, surge un autónomo merecimiento de pena para la lesión, la injuria o la tentativa de homicidio respectivamente, por mucho que las distintas acciones, aisladamente consideradas, colmen plenamente los requisitos típicos de las distintas figuras delictivas. Esta evidencia explica seguramente el tratamiento esencialmente intuitivo y, por ello, no problemático de la cuestión en la mayor parte de supuestos, lo que podría a su vez explicar el escaso acceso a la casación de dichas constelaciones; resueltas de entrada en términos de unidad delictiva por los Tribunales «a quo».

Cuestión diversa es si tal unidad delictiva pese a la «aparente multiplicación del mismo tipo legal» (5) permite ser explicada como consecuencia de una unidad «natural de la conducta», en sentido estricto, esto es, unidad en base a una pretendida «teoría general de la realidad», o por contra los criterios para decidir tal unidad no son descriptivos sino esencial y primordialmente normativos.

El presente comentario pretende reflexionar, a propósito de la mencionada sentencia, sobre la función, requisitos y fundamentación de la denominada «unidad natural de acción, así como sobre el problema relativo a la concurrencia de tipos especiales y/o subsidiarios sobre el mismo hecho así configurado, cuando sólo uno de ellos está en forma de imperfecta realización. Nuestro objeto de análisis se limitará, empero, a la «unidad natural de acción» en una de las funciones que dicho concepto cumple: trazar la divisoria entre la unidad y la pluralidad de delitos —concurso real homogéneo.

2. Dos son en efecto los cometidos que realiza la unidad natural de acción. Por un lado, sirve para delimitar los supuestos de concurso real homogéneo de la única realización típica, y por ello de la unidad delictiva. Por otro, sirve también a la distinción, en determinados supuestos, entre el concurso real y el concurso ideal de delitos (6). Si en el primer caso se trata de responder a la cuestión de *cuántas*

(5) Tal es la terminología usada por la doctrina italiana, *vid.*, sobre ello, MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel Diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 178 y ss., 198; del mismo, *Diritto penale*, Cedam-Padova 1979, p. 408.

(6) Sobre el doble papel de esta figura, *vid.*, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 163 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, Berlin, 1979, p. 255; en España, delimitando también claramente el distinto papel que juega el concepto para la jurisprudencia alemana, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos (aspectos de política legislativa)*, Valladolid, 1983, p. 130.

infracciones normativas existen, en el segundo —supuesta su pluralidad— de responder a *cómo* se han producido dichas infracciones —en unidad o pluralidad de hechos— (7). Esta doble función no ha sido siempre suficientemente resaltada por la doctrina, especialmente la alemana, debido seguramente al influjo de planteamientos naturalistas en el tratamiento del problema concursal en mayúsculas, que durante mucho tiempo ha condicionado el debate sobre la unidad o pluralidad delictiva, sustituyéndolo por el de la unidad o pluralidad de acciones (8). En efecto, la expresión «natürliche Handlungseinheit» es de cuño jurisprudencial, y, por razones de uso convencional, es utilizada por la doctrina de aquel país —en términos mucho más restrictivos— para describir determinados supuestos en los que el tipo permite una síntesis de diversas acciones naturales en una unidad valorativa. No se trata por tanto de un concepto de acción prejurídico y natural, tal y como la expresión parece sugerir, sino de una unidad valorada como tal jurídicamente. Es por ello que se alude a ella bien directamente como «unidad de acción típica en sentido amplio» (9),

(7) Similar, KINDÄUSER, «Normvertoss und natürliche Handlungseinheit-BGH» en, NJW 1984, p. 104.

(8) De lo que constituye fiel reflejo la teoría de la unidad sobre la naturaleza jurídica del concurso ideal, para la que la existencia de una sola acción comporta necesariamente la admisión de un solo hecho punible, un solo delito. Sobre la disputa, que hoy se reconoce esencialmente terminológica, entre la «Einheits- Mehrheits-theorie», *vid.*, ampliamente, GEERDS, *Zur Lehre der Konkurrenz*, cit., pp. 222 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, cit., pp. 27.

(9) Así, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., pp. 264 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal II* (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 998 y 999. En España sigue esta terminología, SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., pp. 130 y ss.; aunque en el contexto de la unidad delictiva. En tanto que unidades de acción típicas en sentido amplio, se distinguirían de las hipótesis de unidad de acción típica en sentido estricto, constituidas por a) los delitos permanentes que presuponen también todo un «complejo de acción» (Handlungskomplex) manejada por el tipo como un hecho global, así STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24 Aufl, com. previo al pár. 52, Rdn 90. Sobre la distinción entre delitos «necesaria» y «eventualmente» permanentes, *vid.*, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, t. II, Barcelona, 1972, p. 316. Deben distinguirse estos supuestos, del delito de «estado», también denominado «delito instantáneo de efectos permanentes». En contra de esta última categoría, a mi juicio con razón, HRUSCHKA, «Die Dogmatik der Dauerstraf-taten», en *GA*, 1968, pp. 220 y ss. Sobre los problemas concursales que plantea esta figura, *vid.*, LIPPOLD, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, *passim*, y especialmente, pp. 29 y ss. b) delitos de varios actos. Sobre la distinción —en la doctrina alemana— entre delitos de varios actos necesarios o facultativos, de los que se considera un subcaso de los primeros el delito complejo, *vid.*, en general, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., pp. 264 y ss.; SCHMITT, *Die Konkurrenzen im geltenden und künftigen Recht*, ZStW 75 (1963), pp. 43 y ss., 46 y ss.; WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», *JuS*, 1964, pp. 81 y ss.; *vid.*, JAKOBS, *Strafrecht. AT*, 1983, p. 742, incluyéndolos, junto con los delitos permanentes, en la

o como unidad de acción jurídica (10). Fuera de estos casos en los que el *tipo permite la consideración de diversas acciones como unidad*, la figura de la «natürliche Handlungseinheit» resulta ampliamente rechazada (11). La jurisprudencia alemana opera sin embargo con un concepto de «unidad de acción natural» excesivamente amplio. Existirá tal acción cuando varios comportamientos aparecen de tal modo unidos por una estrecha relación espacio-temporal, «que el suceso conjunto se presenta para un espectador objetivo como una única acción, desde una contemplación natural» (12). La perspectiva que ha de adoptar en su valoración «tal espectador imparcial», tampoco es precisada por la jurisprudencia, que en ocasiones exige meramente una apariencia objetiva unitaria de los diversos actos («objektive Erscheinungsbild»), sin exigir la presencia de un dolo conjunto y en otras manifiesta la suficiencia de una unidad subjetiva conjunta (así un plan unitario «Planungszusammenhang»), o la mera unidad en la determinación de la voluntad («Einheitlichkeit des

categoría de tipos de acciones asociadas («Die handlungsvereinigenden Tatbestände»). c) delitos complejos. La doctrina italiana suele distinguir entre delito complejo en sentido estricto, o síntesis en una unidad delictiva de varios delitos simples y delito complejo en sentido lato, o delito compuesto, para el que basta con un solo delito con la adición de elementos posteriores de otros delitos, no constituyentes per se de figuras autónomas, *vid.*, en este sentido, PIACENZA, «Nozione e contenuto del reato complesso», en *Riv. pen.*, 1936, pp. 935 y ss.; RAINIERI, *Il reato complesso*, Milano 1940, pp. 134 y ss. Sobre la distinción entre delito necesariamente complejo y eventualmente complejo, o delito progresivo, *vid.*, MANTOVANI, *Concorso e conflitto*, cit., pp. 262 y ss. Uno de los problemas que plantea tal figura delictiva, está representado por la necesidad de romper el complejo delictivo cuando concurren circunstancias específicas o tipos cualificados de uno de los delitos simples, no reflejadas a su vez en el delito complejo, de lo contrario se produciría una doble valoración del mismo tipo básico (bis in idem), sobre esta cuestión, *vid.*, LOSANA, *Reato complesso e «ne bis in idem» sostanziale*, cit., 1963, pp. 1189 y ss.; NEPI MODONA, «Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale», *RIDPP*, 1966, pp. 200 y ss. *Id.*, en relación con este problema en el delito de robo con homicidio, VIVES, en *AAVV, Derecho penal. PE*, Valencia 1988, pp. 799, 800.

(10) STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 606; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cit., pp. 734 y ss.

(11) Esta construcción, ha sido por ello rechazada, al menos en su formulación jurisprudencial. La literatura sobre el tema resulta casi inabarcable. Puede sin embargo remitirse a posiciones doctrinales especialmente críticas en esta materia. Así, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., p. 246 y ss.; 249, 282 y ss.; HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, 1925, pp. 7 y ss., 28 y ss (que la califica de espejismo («Truggebild»); MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 14 y ss.; ibidem, «Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung», en *NJW*, 1978, pp. 300 y ss.; PUPPE, *Idealkonkurrenz*, cit., pp. 255 y ss.; WERLE, *Die Konkurrenz*, cit., pp. 97 y ss., 104; KINDHÄUSER, *Normverstoss*, cit., pp. 100 y ss. Esencialmente de acuerdo con la jurisprudencia, *vid.*, sin embargo, WARDA, *Grundfragen*, cit., p. 240 y ss.

(12) RG 58 116, 74 375, 76 140.

Willensentschlusses»). Tratándose de establecer la unidad a los efectos del concurso ideal de delitos, la jurisprudencia no establece la típica restricción consistente en limitar su admisión cuando se trate de bienes jurídicos personalísimos. Así, se ha llegado a sostener, que varios disparos a varias personas, cuando el autor «ha disparado en estrecha sucesión temporal en una zona para eventualmente herir o lesionar» constituyen una unidad de acción. El punto máximo de expansión de esta figura se manifiesta en los casos de fuga, en donde la mera voluntad de huida («Fluchtwille»), ha permitido a la jurisprudencia, hasta hace poco, considerar en unidad de acción la conducción sin permiso, las lesiones imprudentes, la resistencia a la autoridad y la propia huida» (13).

Es patente, pues, la necesidad de distinguir el sentido en el que se utiliza dicha expresión, en la medida en que no necesariamente coinciden sus presupuestos (13 bis). Ya se advirtió sin embargo, que aquí sólo se abordará el problema de la unidad delictiva (14).

(13) *Vid.*, sobre estos ejemplos, así como las distintas sentencias que los recogen, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 607.

(13 bis) Desde luego el análisis que se propone, muestra, al margen de la viabilidad o no del concepto, las ventajas que ostenta nuestra expresión «hecho» como presupuesto del concurso ideal. En efecto, al margen ahora de la «unidad natural de acción» como supuesto de unidad delictiva, en el ámbito del concurso ideal se produce, sin lugar a dudas, una *ruptura del concepto unitario de acción* propio de la teoría del concurso. En efecto, suele ser normal en la doctrina germana aludir, como supuesto de unidad de acción, en primer lugar a la unidad de acción en sentido natural («andlung im natürlichen Sinn»), entendida como un mero movimiento corporal producido por una sola determinación de voluntad, y todo ello pese a las dificultades de individualización que suscita dicho concepto ontológico (*Vid.* STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit. p. 605: «Eine Handlung liegt zunachts vor, wenn ein Willensentschluss eine Körperbewegung hervorgerufen hat»). Así, el solo disparo productor de varias muertes, la sola expresión injuriosa a varios sujetos, conformarían una sola acción («Willensbetätigung = Handlung»). Pero como quiera, además, que en muchos casos los tipos permiten la síntesis de varias acciones en ese «sentido natural», o directa y expresamente se componen de múltiples acciones, se amplía el concepto de unidad a los supuestos de «unidad de acción típica en sentido estricto» y «unidad natural de acción o unidad típica en sentido amplio». Adviértase por ello no sólo del pluralismo metodológico que subyace a esta posición —perspectiva naturalista y normativista—, sino también del desmembramiento del concepto de acción en la teoría del concurso. Resaltando las ventajas de la expresión hecho, entendido como «carácter unitario o plural del objeto valorado», COBO-VIVES, *Derecho penal PG*, 3.ª ed., p. 545. En la misma línea, destacando las diferencias entre el «hecho» y la «acción», MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 3.ª ed., pp. 720 y ss.; JOSHI JUBERT, *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, en ADPCP, 1992, p. 618.

(14) La doctrina si bien admite el papel de la unidad natural de acción en la determinación de la unidad delictiva, se muestra contraria a su utilización para fijar el presupuesto del concurso ideal. Así, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 60 y ss.; GEERDS, *Zur Lehre*, cit., pp. 249; HONIG, *Studien*, cit., p. 13. Se

III

1. El primer cometido de la denominada «unidad natural de acción» consiste en determinar la unidad delictiva en las hipótesis de realización iterativa del tipo o «aparente multiplicación de un mismo tipo legal». En esta constelación de casos, el autor trasciende a la simple realización del tipo, por cuanto que rebasa con su comportamiento los requisitos *mínimos necesarios* para la imputación de la conducta típica, prosiguiendo en su comportamiento y por tanto reiterando conceptualmente dicha realización (15). El torrente de palabras injuriosas, los sucesivos apoderamientos en estrecha conexión espacio-temporal, los sucesivos golpes productores de lesiones, conformarían, en todo caso, supuestos de unidad típica de acción y por tanto hipótesis de unidad delictiva (16).

Para que el tipo posibilite la síntesis unitaria del complejo de actos parciales, es necesario que el suceso conjunto se presente como una unidad tanto objetiva, cuanto subjetivamente considerada. En los albores de la consideración de dicho fenómeno por parte de la doc-

aduce para ello con la suficiencia de la fórmula relativa a la coincidencia, al menos parcial, de los actos ejecutivos que están *en la base de las distintas realizaciones típicas*. A mi juicio dicha fórmula no explica, empero, la admisión de concurso ideal de delitos cuando el sustrato sólo puede ser considerado unitario, en base a los criterios normativos que proporciona la «unidad natural de acción». El célebre ejemplo propuesto por GIMBERNAT, de la muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio es suficientemente significativo. Sin ulteriores correcciones, los actos ejecutivos subyacentes al posterior homicidio *no se cruzan* con los que colman el asesinato intentado. («El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba en homicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, 1990, pp. 172 y ss.).

(15) Sobre ello, MAIWALD, *Die natürliche handlungseinheit*, cit., pp. 70 y ss.

(16) Dichos ejemplos se presentan de forma constante en toda la literatura penal, ya desde los albores del tratamiento moderno del concurso de delitos, así, BINDING, «Handbuch des Strafrechts», *Bd. I*, Leipzig, 1885, p. 544; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906, p. 377; HÖPFNER, «Einheit und Mehrheit der Verbrechen (eine strafrechtliche Untersuchung)», *Bd. I*, Berlin, 1905, p. 224, entre otros. En España, *vid.* los antecedentes y jurisprudencia citada por SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., pp. 129 a 131. *Vid.*, además, sobre los ejemplos propuestos, la STS 30-4-1981, que entiende que la unidad de sujeto pasivo de varias lesiones se debe considerar como un solo hecho (remitiéndose a la antigua STS 16-11-1889). Recientemente la famosísima STS —Caso Colza— de 23 de abril de 1992 (A. 6783), señala: «la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales. Es evidente que con una única acción natural (con la misma decisión y el mismo movimiento corporal), no es posible violar a dos personas y —por regla general— tampoco lesionar dolosamente a dos sujetos pasivos. Estas consideraciones son también trasladables al homicidio de varios sujetos, como es claro, cuando el ataque a cada uno de ellos requiere la renovación de la decisión de matar».

trina, y tratando de responder a por qué ningún juez apreciaría en estos casos una pluralidad de delitos, pudo decirse que tal unidad se fundaba en una «representación unitaria» del hecho, a partir de una «contemplación de sentido» del mismo (17), representación unitaria que cabía inferir de la repetición del mismo tipo en una *estrecha y directa conexión temporal*. Pero puesto que la sola conexión temporal no puede fundamentar materialmente tal unidad, hubo de buscarse dicho fundamento en los principios que rigen las reglas del concurso de delitos en el Derecho vigente. Resultando que el § 74 del StGB de 1871 configuraba el concurso real homogéneo como la plural violación de la misma ley a través de varias acciones *independientes*, de lo que se trataba por tanto era de determinar cuándo un acto parcial podía ser considerado como no independiente, por no ostentar un desvalor autónomo dentro del complejo fáctico. De ahí surge históricamente el requisito adicional de la *semejanza u homogeneidad de los distintos actos parciales* (18).

En la actualidad, la doctrina sostiene con razón que lo decisivo para proceder al abrazamiento fáctico de las diversas acciones es que éstas supongan, meramente, un *incremento o intensificación cuantitativa del mismo contenido de injusto* (19). Desde el punto de vista objetivo, la cadena de actos parciales no debe suponer, por tanto, más que una intensificación en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma (20). Como señala Maiwald, «para el

(17) Así HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, cit., p. 48.

(18) Así, HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, p. 233; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, III, p. 565. Con carácter general, *vid.*, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 73.

(19) Se encuentran ya precedentes de esta formulación en BINDING, *Handbuch I*, p. 544.; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin y Leipzig 1921, p. 488.; Sobre dicho fundamento, ampliamente, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 72; WERLE, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzung und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung*, Berlin, 1981, p. 106. En España, SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 130; MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, cit. p. 724.

(20) La posibilidad de configurar la infracción normativa como magnitud graduable, no es sino que una consecuencia, como ha señalado KINDHÄUSER (*Normertoss*, p. 102), de entender dicha infracción como constructo de la interpretación («Interpretationkonstrukt»), fijada a través de distintos componentes en una conexión de sentido. Como norma de comportamiento, la norma proscribía la realización del tipo. El tipo es por tanto el contenido contradictorio de la norma de comportamiento. Si dichas normas de comportamiento se entendieran sin embargo como órdenes en sentido usual, y la infracción normativa como «negación de la orden» («Befehlsverweigerung») no sería posible graduación alguna de lo injusto. No por el contrario si las normas se entienden como «fundamentos de obligación» para acciones: las normas surgen de —y expresan— una ponderación entre el valor libertad de acción general por un lado y otros valores jurídicos —vida, seguridad, etc.— por otros. Por ello que las condiciones bajo las que prevalece el respectivo valor jurídico sobre el valor de la libertad de acción general están formuladas en el supuesto de hecho

Ordenamiento jurídico, en su función de tutela de bienes jurídicos, la prosecución conceptual de la realización de un supuesto de hecho no representa más que un mero incremento cuantitativo de la lesión al bien jurídico, y por tanto un mero plus de injusto que no tiene significación autónoma» (21).

Es precisamente dicha lesión la que decide sobre la *homogeneidad valorativa* de los diversos actos parciales, y no su mera semejanza para un espectador objetivo. Supuesta la estrecha conexión espacio-temporal, y el resto de requisitos que más adelante analizaremos, no obsta a la consideración unitaria del hecho un cambio en la forma de ejecución del delito, verificada en el decurso de la sucesión de dichos actos (22). Éste es el caso de quien lesiona con arma blanca, y tras perderla como consecuencia de la resistencia de la víctima, prosigue a golpes de puño.

El problema radica, sin embargo, en determinar cuándo las lesiones o puestas en peligro del bien jurídico expresadas en el tipo pueden ser contempladas como meros sumandos de un único daño conjunto. Es obvio que determinados bienes jurídicos no son susceptibles de graduación cuantitativa en su lesión (23). Tal incremento

de la norma. La realización del tipo legal contradice la ponderación jurídica realizada por el legislador: lo injusto acontece cuando el objeto —Sachverhalte— que responde al criterio de la respectiva valoración jurídica es modificado. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico constituye el acontecimiento, el suceso que transmuta ese estado de cosas en otro considerado como ideseable normativamente (Sobre la clasificación en atención a los valores, KINDHÄUSER, Jura 1984, pp. 471 y ss.). Cuanto más grande sea la distancia entre ambos estados bajo el punto de vista de la escala valorativa, de la medida de valor como criterio fundamentador, tanto mayor será el daño. De ello deriva que un bien jurídico, en principio, pueda ser *más o menos* lesionado. Pero la mera lesión al bien jurídico como tal no constituye todavía ningún injusto si no es posible imputarla a la conducta del autor. Por ello que no basta con la mera consistencia objetiva de la acción, sino que es preciso, además una unidad subjetiva en los términos que se explicitarán en el texto.

(21) *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 74.

(22) En este sentido, JESCHECK, *Tratado II*, cit., p. 993; JAKOBS, *Strafrecht. AT*, cit., pp. 736, 737.

(23) Tal cosa sucede, por ejemplo, con la vida, donde sólo su puesta en peligro, que no su lesión, permite una cuantificación en términos de mayor o menor intensidad. El ámbito donde mayores dificultades presenta tal construcción es el relativo a los delitos contra la libertad sexual, en donde la jurisprudencia rechaza la existencia de unidad delictiva señalando que cada vez que se comete una agresión sexual, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, «hay un delito diferente que se renueva en cada acto ante la incapacidad del sujeto de consentir al respecto, lo mismo que en el paralelo delito de violación». En este sentido, STS de 18 de noviembre de 1994 (La Ley, año XV, número 3654 p. 10). *vid.*, asimismo STS 25 febrero 1991, 26 de marzo 1991, 21 junio 1991, 5 octubre 1992, 4 de octubre 1994. Dicha doctrina se enmarca, sin embargo, en el contexto de la apreciación o no de continuidad delictiva, pero qué duda cabe que resulta también trasladable en parte —fundamentalmente a la violación y agresiones sexuales cualificadas por la intro-

en la lesión, en cualquier caso, sólo resultará posible —siempre que no resulte incompatible con la naturaleza del bien jurídico—, cuando tratándose de bienes de naturaleza altamente personal, se dirijan los actos contra un único titular (24). Las lesiones a varias personas no pueden ser contempladas, por ejemplo, como una lesión intensificada. Precisamente por ello, las ofensa contra bienes jurídicos altamente personales —vida, honor, integridad física, libertad sexual— de diversos titulares son *siempre* autónomas valorativamente, constituyendo un *aliud* y no un *plus* (25). Para Jakobs, esta primacía de la perspectiva de la víctima en la agresión de bienes jurídicos altamente personales se basa en un principio normativo que no necesariamente resulta interiorizado en la psique del autor (26), pese a lo cual, la

ducción de objetos— a la «unidad natural de acción». Adviértase que buena parte de la doctrina rechaza la existencia de dicha figura, admitiendo el delito continuado sólo como hipótesis extrema de unidad natural de acción (sobre ello, ampliamente, SANZ MORÁN, *El Concurso*, cit., p. 135).

(24) Doctrina prácticamente unánime, Cfr. MAIWALD, *Die natürliche*, pp. 80 y ss.; WERLE, *Die Konkurrenz*, p. 106; STREE, en SCHÖNKE/SCRÖDER, *Strafgesetzbuch*, p. 607.; SANZ MORÁN, *El concurso*, p. 130-131.

(25) Cuando se trata de una *pluralidad de delitos*, la ausencia de un mero incremento cuantitativo de lo injusto no impide, a juicio de algún sector doctrinal, el seguir sosteniendo la «unidad natural de acción». Tal sería el caso de quien, en un ininterrumpido acceso de cólera, destroza el mobiliario de un restaurante causando como consecuencia de algún acto parcial de daños, *también* unas lesiones a un comensal. Desde la perspectiva de los daños, el suceso habrá de valorarse como una sola acción, *en concurso ideal* con unas lesiones imprudentes o en dolo eventual según los casos. Naturalmente, dicha solución está a expensas de que se considere o no el resultado material como elemento integrante del «hecho» objeto del concurso ideal, y se rechace también, consecuentemente, la suficiencia de la mera identidad parcial del sustrato de ambos tipos delictivos para pregonar el concurso ideal, tema sobre el que, obviamente, no podemos entrar. Más discutido resulta si, supuesta también la *pluralidad de delitos*, obsta o no a la unidad de acción típica en sentido amplio el que se vulneren bienes jurídicos eminentemente personales de diversos titulares. Sobre el tema, *vid.*, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 80 y ss., contraria a dicha posibilidad. Cfr., sin embargo, JESCHECK, *Tratado II*, cit., p. 999). *Vid.*, también JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., p. 746, distinguiendo según los resultados a los que lleve dicha figura.

(26) *Strafrecht. AT*, cit., pp. 739-740. Para el autor, quien produce lesiones a varias personas como consecuencia de una sola acción que supone a su vez daños a cosas de diversos titulares, interioriza las lesiones producidas como un resultado conjunto en no menor medida que los daños. Sin embargo, se impone una distinción en base a la significación social diversa que ostentan las autorizaciones sobre cosas, y las autorizaciones constitutivas sobre los bienes jurídicos altamente personales. Opino, sin embargo, que también un espectador objetivo imparcial, con conocimientos paralelos a la esfera del profano, es capaz, intuitivamente de responder a la cuestión de cuándo estamos en presencia de un resultado graduable —y por tanto susceptible de ser sumado a un total— o ingraduable. De ordinario, determinados elementos del tipo son ya, por su uso lingüístico ordinario, susceptibles de tolerar

distinta significación social que tiene las autorizaciones sobre las cosas, respecto de las autorizaciones constitutivas sobre bienes jurídicos altamente personales, impide equiparar su tratamiento. El criterio radica por ello, según el autor, en la posibilidad o no de transferir a otro titular tanto la titularidad, cuanto el ejercicio o el beneficio derivado del bien jurídico (27).

Tratándose de bienes jurídicos no personales, la doctrina suele aceptar mayoritariamente que la pluralidad de titulares no obstaculiza la adopción de una unidad típica (28). Y ello incluso cuando el autor hubiera sabido que —por ejemplo— se apropiaba de objetos de diversos propietarios. Para Maiwald, resulta irrelevante, en punto a la valoración del fundamento psíquico del autor, el número de titulares del bien jurídico: «si el ladrón roba diversas cosas a través de sucesivas y continuadas tomas, ello no supone una modificación de su representación psíquica, lo único relevante es que se trata de dinero ajeno; de quién es, es irrelevante» (29).

2. Hasta ahora los aspectos analizados conciernen básicamente a la consideración unitaria de la conducta desde un punto de vista objetivo. Desde esta perspectiva, ya se ha señalado cómo el criterio rector está constituido no por una pretendida «teoría general de la realidad» que determina *ceteris paribus* una unidad natural a la que deba plegarse la valoración jurídica. Es en rigor el sentido de los tipos el que orienta la consideración unitaria de los distintos actos parciales, en la medida en que suponen solamente una intensificación cuantitativa en la lesión al bien jurídico. Ahora bien, ello no significa que quepa sustituir, pura y llanamente, el criterio de la unidad o pluralidad del —ahora sí— sustrato a valorar, por la mera tipicidad, como sugiere entre nosotros algún autor (30): algunos de dichos cri-

una cuantificación, y significadamente, los conceptos graduables («steigerungsfähigen Begriffe»). Sabemos que se puede lesionar más o menos pero que, por ejemplo, no se puede matar más o menos, sino a más o menos personas. Lo mismo cabría decir de la violación: usualmente nadie sostendrá la posibilidad de violar más o menos, sino de violar *varias veces*. El propio JAKOBS acaba reconociendo que, desde el punto de vista penal, considerar las varias muertes producidas como un único resultado conjunto sería tanto como suponer a varias personas como una única persona conjunta.

(27) JAKOBS, *Strafrecht.AT*, p. 739.

(28) Ya BINDING, *Handbuch I*, p. 533; BELING, *Lehre vom Verbrechen*, p. 369. Recientemente, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 80 y 81; WERLE, *Die Konkurrenz*, p. 106; .

(29) MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 80. Una posición contraria en HABERMAAS (*Die Ideale Konkurrenz der Delikte*, Stuttgart 1882, p. 18), para quien la unidad subjetiva podría quebrar cuando el sujeto conoce la distinta pertenencia de los bienes que toma.

(30) CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis», I, *ADPCP*, 1979, pp. 63 y ss.

terios no son sino que una consecuencia de la participación sólo limitada de la «subsunción» en la obtención de la premisa menor, esto es, en la conformación del enunciado fáctico que habrá de ser subsumido en los supuestos de hecho de la normas correspondientes, y en concreto, de la incidencia que determinados juicios no directamente deducidos de la norma tienen en la conformación del hecho, como los basados en la percepción y en la interpretación de la conducta humana —así, fundamentalmente, la contextualidad espacio-temporal— (31).

3. Resta por examinar el requisito de la unidad subjetiva de la ejecución, que permita considerar el hecho como un todo unitario. A él se refiere la Sentencia examinada, cuando afirma la existencia «del elemento subjetivo, al existir un solo *acto de voluntad* encaminado a la realización de toda la dinámica comisiva». El requisito de la consistencia subjetiva de la acción se presenta, con mucho, como el más problemático. Ya Maiwald advirtió del inconveniente que supone fundamentar dicha unidad, subjetivamente, en la exigencia de una unidad de resolución («*Einheit des Entschlusses*»), por cuanto que a todo acto parcial —típico conceptualmente *in se*, no se olvide— puede referirse consecuentemente una resolución de la voluntad. En este punto, la doctrina, pese a considerar que la determinación del número de acciones podía deducirse del número de resoluciones de la voluntad, acababa operando, de facto, en sentido inverso: constante la estrecha conexión temporal en la sucesión de actos parciales, se deducía sin más la unidad de resolución (32). A la constatación de que el autor transforma su resolución en *hecho*, y que por tanto toda parte del mismo es reflejo de su voluntad, se une la de que, en el decurso de la realización iterativa del tipo, pueden partes del mismo resultar contrarias incluso a la originaria voluntad del autor (33). Otra opinión, que estimo esencialmente correcta, entiende por ello

(31) Sobre ello, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.^a ed. (trad. Rodríguez Molinero), 1980, pp. 278 y 279.

(32) En este sentido, HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Manheim-Berlin-Leipzig 1925, pp. 78 y ss., HÖPFNER, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, p. 233. Sobre la cuestión, con amplias referencias, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 74 y 75.

(33) En este sentido, KINDHÄUSER, *Normvertoss*, p. 103. Qué duda cabe que, aun así, suponer que el hombre actualiza permanentemente su voluntad a través de pautas de comportamiento que asimila y que transforma en conductas supone un entendimiento excesivamente esquemático del intrincado proceso psicológico y fisiológico que gobierna el hacer humano. Podría, además, llegar al absurdo de entender como unidad toda inervación muscular, pero incluso ésta puede resultar de una compleja reflexión y resolución. Una somera exposición de diversas críticas al criterio de la «*Willensbetätigung = Handlung*» en LIPPOLD, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüstein der Lehre von den Konkurrenzen. Ein Beitrag zum Problem des Normenkonfliktes*, Heidelberg, 1985, p. 8 y ss.

suficiente, a los efectos de considerar unitaria la conducta, la existencia de un única e idéntica «situación de motivación» (34). A este resultado se llega considerando que la *significación individual del acontecimiento objetivo ha de influir también en la valoración típica*. La expectativa que deriva de la norma de conducta («Verhaltensnorm») es *situacional*. Del mismo modo que no interesa una determinada conducción de vida, en el polo opuesto, las expectativas normativas no conciernen principalmente a acciones individualmente consideradas, sino a la conducta del potencial autor como un todo. Podríamos entender los tipos de la siguiente forma «quien a través de una acción lesiona a otro, quien a través de una acción se apodera de cosas ajenas...» pero tales acciones están respectivamente determinadas como acción de hurto, acción de lesión, acción de daños (35). Como señala Kindhäuser, el ladrón no frustra las expectativas de respeto a la propiedad ajena cada vez que realiza «una» acción de apoderamiento, sino a través de su conducta en su conjunto (36). En la medida en que la representación del autor es constitutiva para el juicio de antijuricidad, la plural repetición de la acción típica puede ser contemplada como expresión de una sola infracción cuando también el autor *obra con conciencia de la continuidad de su conducta* (37). En definitiva, y por decirlo con palabras del mismo autor, cuando el sujeto no admitiría el siguiente reproche: no haber satisfecho las expectativas normativas de *forma reiterada* un una concreta situación (38). No se nos oculta que dicha formulación sigue presentando problemas, y que con sustituir al autor por el espectador objetivo normativizado no hemos avanzado mucho; en cualquier caso se trata de poner de manifiesto que la unidad de situación de motivación ha de percibirse y reflejarse en la objetivación de dicha motivación, esto es, en una *unidad de ejecución*. Con ello se apunta a que no es suficiente el idéntico *fundamento* de la motivación, aunque ésta resulte renovada durante la ejecución. Según ello, quien tras lesionar a la víctima deja que ésta huya por considerar ya suficientes los golpes propinados, y al poco, montando nuevamente en cólera, vuelve a dirigirse a ella golpeando de nuevo, realizaría dos hechos, dos delitos de lesiones en concurso real. Según Jakobs, el principio del Derecho penal del hecho comporta que una voluntad sostenida resulte irrelevante si ésta no resulta objetivada en el sentido de un

(34) En estos términos, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 75 y 76; SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., p. 131; MIR PUIG, *Derecho penal PG*, cit. p. 724.

(35) PUPPE, *Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*, en GA, 1982, p. 157.

(36) *Normvertoss*, p. 102.

(37) *Norvertoss*, p. 103.

(38) *Op.*, cit., últ., cit. .

actuar típico (39). Pero un ejemplo similar al propuesto condujo a un autor tan sagaz como Bindig, partidario de exigir con carácter general la unidad de resolución, a proclamar la «victoria del ejemplo sobre el argumento», y a apreciar, contra sus premisas de partida, una única unidad de acción (40). Postergamos para más adelante la toma de posición sobre el elemento subjetivo de la unidad natural de acción, una vez completado el análisis del resto de constelaciones reeducables a esta figura.

4. También la unidad natural de acción determina la unidad delictiva en los supuestos de realización sucesiva o progresiva del tipo y en concreto, en la relación entre diversas tentativas y la consumación del mismo delito.

En este ámbito, el papel que está llamado a desempeñar el concepto de «unidad natural de acción» consiste en determinar cuándo los actos enderezados a la consecución de un resultado delictivo pueden ser contemplados como una porción del sustrato material del delito propuesto y no, por contra, como *tentativa de otro delito distinto* (41). Inútil resulta insistir en la improductividad del concepto referido a una ejecución ininterrumpida de la acción desde el más alejado acto preparatorio, pasando por la tentativa fluida hasta llegar a la consumación. Ausentes tentativas fallidas, la particularidad de poder descomponer la ejecución —analizada «en cámara lenta»— en diversos actos parciales no constituye una particularidad de los supuestos de realización sucesiva del tipo, sino de toda realización típica. La tentativa resulta desplazada por el delito consumado sin que —lo que resulta opinable— quepa incluso acudir a la figura del concurso de leyes, y en concreto al principio de subsidiariedad (42).

(39) JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., p. 734.

(40) *Handbuch I*, p. 544.

(41) En este sentido, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 85 y ss.

(42) En este sentido, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht.AT*, 5.^a ed., pp. 334 y ss., señalando que en tales realizaciones, continuadas y fluidas hacia el resultado no se suscita problema alguno, pues existe unidad de acción y no cabe concurso de leyes, *al no verificarse el típico desplazamiento de un tipo en sí concebible*. Tampoco existiría necesidad de aplicar la regla del § 22 (tentativa) al no existir una necesidad de extensión de pena («Bedürfnis der Strafausdehnung»). En la posición de los autores citados, se vislumbra sin embargo, el típico desplazamiento de los problemas de unidad-pluralidad delictiva al de unidad o pluralidad de acción, tanto más cuanto que, como se señaló, sostienen la Teoría de la unidad delictiva («Einheitstheorie») en relación con la naturaleza jurídica del concurso ideal (supuesto de unidad de delito). Tampoco en estos supuestos cabría hablar de concurso de leyes en relación con los actos preparatorios en sentido estricto al existir «unidad de acción». PUPPE, *Idealkonkurrenz*, cit., p. 328 y 329, niega en estos casos una relación de subsidiariedad, entendiéndola que se produce relación de especialidad, y que no es precisa por tanto ninguna forma adicional de concurso de leyes, siendo que la consumación encierra de modo necesario, conceptualmente, los previos estadios de desarrollo —actos preparatorios y tentativa—. De modo análogo STRATERNWERT,

Distinto es si el resultado se alcanza mediando *diversos intentos fallidos*. Las particularidades que presentan estas hipótesis respecto de las supra analizadas, no deben ser sobrevaloradas. Desde el punto de vista estructural, los diversos actos parciales constitutivos conceptualmente de tentativa presentan la misma fisonomía que las hipótesis de «aparente multiplicación del tipo legal». Desde la perspectiva de la consumación del delito, se presentan como hipótesis de progresión delictiva en sentido amplio, en los que se verifica el tránsito de un tipo de injusto a otro de mayor gravedad. A su vez, si no necesariamente, si como fenómeno no residual, las sucesivas tentativas en unidad de contexto pueden colmar, respectivamente los requisitos típicos de un delito de lesiones. Se comprenderá entonces la dificultad de incardinar conceptualmente estos supuestos en los dominios de la «unidad típica de acción en sentido amplio» o en el del genuino concurso de leyes. Por esta razón también, no compartimos la opinión de un sector de la doctrina al considerar que en estos casos el elemento normativo de la equivalencia de los actos parciales desde la perspectiva del bien jurídico no juega ningún papel (43), o que tales constelaciones no comportan una intensificación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (44). No se trata sólo de un problema de consistencia subjetiva de la acción (45), o de que la culpabilidad se erija en el único criterio orientador para establecer el peso que posee la acción de tentativa en el marco de la realización típica (46). También aquí el criterio de la mera intensificación cuantitativa de lo injusto resulta decisivo, y no sólo como es obvio, para considerar el complejo fáctico como unitario desde el punto de vista del delito consumado; sino también para explicar que la sucesión de tentativas suponen un mero plus —que no un aliud— de peligro para el bien jurídico.

En este ámbito, el criterio de la «unidad natural de acción» permite considerar los sucesivos intentos —verificados en estrecha conexión espacio-temporal— dirigidos a conseguir el resultado, como un solo hecho. Para ello es irrelevante que el autor tenga una concreta representación del número de actos necesarios para producir el resultado, o bien los haga dependientes del efecto deseado (47). Del

Strafrecht. AT, cit., Rz. 1190. Desde luego, esta afirmación es exacta en relación con la acción que sin solución de continuidad alcanza el resultado, pero no respecto de anteriores tentativas fracasadas.

(43) Así, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 85 y ss.

(44) Así, KINDHÄUSER, *Normvertoss*, p. 103.

(45) Op. últ. cit.

(46) MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 91 y ss.

(47) Así, tantos golpes cuantos sean necesarios para producir la muerte, tantos disparos, etc., sobre estos ejemplos, JAKOBS, *Strafrecht*. AT, cit., p. 735; *vid.*, a su vez, MAIWALD, *Natürliche Handlungseinheit*, cit., pp. 90 y ss.

mismo modo, supuesta dicha conexión, un momentáneo abandono de la ejecución del hecho a la que pudiera obligar la necesidad de utilizar más medios para producir el resultado, cuando aquélla es retomada en seguida para llegar al fin propuesto, no obsta a la consideración unitaria de la conducta (48). Con razón se ha señalado que si se vinculara toda variación en el modo de ejecución previsto por el autor con el número de resoluciones, y por tanto de hechos, se castigaría al autor de un plan preconcebido no sólo por el éxito, sino también por su fracaso, mientras que quien operara con dolo general resultaría castigado por un solo delito (49).

5. Respecto de los límites de dicha figura en relación con el problema de la consistencia subjetiva de la acción, los resultados prácticos a que llega la doctrina no difieren. A Von Bar cabe atribuir el mérito de esbozar una fundamentación que contiene el germen de los actuales desarrollos. Para este autor, la excepción al efecto prevalente del delito consumado frente a anteriores tentativas vendría dada, bien por la mediación de un considerable lapso temporal, bien por la presencia, entre las diversas acciones, de una «disuasión ética profunda» tal de requerir en el autor una nueva decisión contra el Derecho (50). La inserción entre tentativa y consumación de dicha disuasión podría estar representada por el descubrimiento del hecho o el inicio de una investigación judicial sobre el mismo, que se erigiría en señal de alerta (51). Esencialmente de acuerdo con el criterio esbozado, Maiwald señala que tal disuasión no concurre sólo en forma de investigación, sino *ya* cuando el autor es consciente —a partir de circunstancias externas— de que la prosecución directa de su plan ha sido impedida y necesita por ello rebasar nuevamente la barrera de la prohibición (52). Efectivamente, considerando el fracaso en la tentativa no como el fallo de un medio concreto, y por tanto sustituible sin —o con una mínima— solución de continuidad, sino como la frustración del fin perseguido en *las circunstancias situacionales concretas del autor*, toda nueva agresión posterior mal podrá contemplarse como la prosecución de una «misma» agresión, y por tanto como una mera intensificación de lo injusto (53). El que los primeros actos parciales —ej. varios disparos que no consiguen dar en el blan-

(48) Cfr. STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 600.

(49) *Vid.*, en este sentido, MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, pp. 85 y ss.

(50) VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz*, Berlin, 1909, p. 563: («regelmässig eine tiefgreifende ethische Abmahnung»).

(51) Op. últ. cit.

(52) *Die natürliche Handlungseinheit*, p. 87.

(53) En este sentido, KINHÄUSER, *Normvertoss*, p. 104: «Ein Fehlschlag bedeutet also, daß der Täter ceteris paribus keine hinreichende Möglichkeit mehr sieht, sein Ziel zu erreichen.»

co— no constituyan tentativas autónomas respecto del hecho en su conjunto, no significa empero que no colmen ya, aisladamente, el tipo de injusto del delito intentado. A ello parece apuntar sin embargo algún autor cuando señala que no cabe hablar aquí de concurso siquiera aparente entre tentativa y consumación, pues resulta evidente, que sí se ha producido el resultado (54). El hecho de que la acción permita, «analizada en cámara lenta» ser parcelada en sucesivos estadios necesarios para la comisión del delito, no representaría más que un planteamiento naturalista, sin trascendencia alguna desde el punto de vista normativo. Esta descomposición, si se efectuara sobre un pretendido concepto natural de acción, no constituye una particularidad de los supuestos de «realización iterativa o sucesiva» del tipo, sino de toda realización típica (55). Precisamente, al ejemplo propuesto se refería Honig como paradigma de «Vortat», y por tanto de pluralidad de acciones sin concurso real (56). En lo que alcanzo, sí resulta empero concebible, en estos casos, afirmar una pluralidad de realizaciones típicas, que resultan sin embargo *desplazadas* por el desvalor del delito consumado.

6. La inadmisión de una «unidad natural de acción» en los términos señalados no prejuzga, a juicio de un sector de la doctrina, que la tentativa precedente pueda ser desplazada como «acto previo copenado» en virtud del principio de subsidiariedad. Como señalan Maurach-Gössel-Zipf, son concebibles, en sentido amplio, tres clases de hechos previos en relación con el hecho principal. En primer lugar, pueden darse «Vortaten» en unidad de acción con el delito principal. En segundo lugar, también es un acto previo todo delito realizado con anterioridad y en relación medio a fin con el delito principal, lo que dará lugar, generalmente, a un concurso real de delitos. Finalmente, sólo un pequeño grupo de casos cae bajo los presupuestos de la pluralidad de hechos («Tatmehrheit») no constitutiva de un concurso real («unechter Realkonkurrenz») (57). Y en este sentido genérico —con exclusión, claro está, de los casos de concurso real— parece utilizarlo la doctrina dominante partidaria de no conceder un espacio conceptual propio a esta categoría, al margen del principio

(54) Similar, WARDA, «Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre», en *JuS*, 1964, p. 91.

(55) También un delito consumido «instantáneamente» podría ser dividido en tantas acciones como enervaciones musculares: sujetar el arma, apuntar, apretar el gatillo...

(56) HONIG, *Straflose Vor- und Nachtat* (reimpresión de la ed. de Leipzig 1927, Aalen, 1978), pp. 57 y 58, contra la opinión de M. E. MAYER. En p. 57, nota 3, se percibe el aludido naturalismo en el discernimiento de la unidad o pluralidad de acción: «... cuando en mi opinión existen dos acciones: el primer disparo yerra, el segundo ha matado a la víctima».

(57) *Strafrecht. AT.* II., p. 334.

de subsidiariedad y/o consunción. Así, en sentido genérico Stree (58) refiere esta categoría tanto a los casos de unidad como pluralidad de acciones, incluyendo en este concepto los denominados «delitos de tránsito» («Durchgangsdelikte»), concepto que comprendería a los actos preparatorios punibles autónomamente; la tentativa frente a la consumación y la relación entre delitos de peligro y delitos de lesión. Asimismo considera como acto previo copenado las lesiones frente a la consumación. En definitiva, todo estadio previo de un hecho posterior, tanto en unidad, como en pluralidad de acciones, que comporte una mera intensificación cuantitativa de la lesión al mismo bien jurídico (59).

Quienes por contra sustentan un concepto restringido de «acto previo copenado», sitúan tal figura entre las hipótesis de concurso real de delitos (60) y los supuestos de «unidad natural de acción» supra analizados. Este es el ejemplo que proponen Maurach-Gössel-Zipf: A dispara con intención de asesinar a B, pero el arma se encasquilla. Se agencia en cuanto puede otra —con dolo continuado— con la que consigue el resultado pretendido unos días más tarde (61). Aquí no puede discutirse, según Maurach, la existencia de una nueva acción. Sin embargo, la dirección final conjunta de los distintos hechos, así como la progresión que manifiestan hacia el resultado, impedirían apreciar un concurso real. La pena del delito consumado resultaría suficiente para reprobar el suceso conjunto. No se trataría, empero, de la absorción del desvalor del acto previo en el delito consumado, sin más bien del operar de una «causa personal de exclusión de pena» (62). Ahora bien, si se admite en este caso el desplazamiento del acto previo, cuestión no exenta de polémica (63),

(58) Caracterizados porque comportan de modo necesario o eventual diversos estadios de desarrollo de la acción, pasando de una menor a una mayor lesión al bien jurídico tutelado.

(59) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 624.

(60) Sobre el ejemplo, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht. AT*, 5.ª ed., cit., p. 335.

(61) También MEZGUER, *Tratado II*, cit., p. 307, exige en estos casos que se conserve la unidad de acción en el sentido de la acción continuada.

(62) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht. AT*, 5.ª ed., cit., p. 335. Hay que advertir, sin embargo, que no consideran aplicable aquí la subsidiariedad sino la consunción. En rigor, sería la pena de la consumación, que no el delito la que bastaría para el caso. Por ello configuran los «Vortaten» como causas personales de exclusión de pena, justificadas por la copunición del hecho principal (*vid.* p. 336). Admiten también el desplazamiento en el ejemplo propuesto, dentro del concurso de leyes, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., p. 606; BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht* en *JBl*, 1978, p. 400; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., p. 86.

(63) En contra, JAKOBS, señala que resulta insuficiente apelar a esa dirección de la voluntad continuada, si no se objetiviza en una cierta unidad de ejecución;

ello no puede más que responder a la misma razón por la que se consideran también desplazadas las diversas tentativas fallidas en «unidad de acción»: es en todo caso la relación de graduación desde el punto de vista de lo injusto —mera intensificación cuantitativa en la lesión, la que codetermina, junto con la unidad de motivación, la propia consideración unitaria, desde el punto de vista jurídico, de la acción. En la medida en que no se trata primordialmente de contar acciones, sino, como ya viene siendo evidente de contar delitos, ¿qué criterio material adicional aporta la figura del «Vortat» respecto de las hipótesis de «unidad natural»? No se diga que el principio de subsidiariedad de la tentativa frente a la consumación, pues precisamente ésta ya ha sido tenida en cuenta en orden a efectuar la consideración unitaria del hecho (64). En lo que alcanzo, procede pues en estos casos apreciar un concurso real de delitos.

7. Similar orden de problemas plantean los supuestos de progresión criminal, y no precisamente el lo que atañe a la conexión temporal, que se da por supuesta, sino al cambio de dolo operado en el decurso de la ejecución. Nuevamente, la cuestión reside en determinar si basta con la mera intensificación cuantitativa en la lesión del bien jurídico, como criterio subyacente en toda hipótesis de subsidiariedad, o, por el contrario, la presencia de resoluciones distintas determina también la existencia de varios hechos, no sólo desde el punto de vista natural, sino también jurídico. El caso prototípico es el de quien lesiona brutalmente a alguien, y acto seguido, por no parecerle bastante, decide darle muerte. Tradicionalmente, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia en nuestro país han tratado este supuesto de «muerte aplazada» (65), como hipótesis de acto previo desplazado por la pena del homicidio (66). El Tribunal Supremo ha

objetivización que resulta obligada para que pueda hablarse de dolo relevante penalmente, *Strafrecht.AT*, cit., p. 736. Según el autor, ello es una consecuencia del principio del Derecho penal del hecho. A favor de apreciar en estos supuestos las reglas del concurso, WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare Konkurrenz. Zur materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des «Zusammentreffens strafbarer Handlungen»*, Berlin, 1980, p. 251, tanto si existe una nueva regeneración del dolo, como si, subsistiendo, se produce una indudable separación temporal de las acciones.

(64) Efectivamente, el principio de subsidiariedad descansa en la idea de que la agresiones más próximas y perfectas al bien jurídico prevalecen sobre las más remotas. El pensamiento del incremento cuantitativo del desvalor de resultado y/o acción constituye por ello el criterio material del principio. Sobre la cuestión, GEERDS, *Zur Lehre*, pp. 183 y ss. Muy crítico con la figura del «Vor-und Nachtat», KRAUB, «Zum Begriff der straflosen Nachtat», en *GA*, 1965, pp. 167 y ss.

(65) La expresión es de WELZEL, «Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten», en *Hellmuth v. Weber-FS* (1963), p. 245.

(66) En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.^a ed., Buenos Aires, 1977, p. 561, como hipótesis de consunción; SANZ MORÁN, *Concurso*, cit., p. 125, apelando al principio de subsidiariedad.

llegado incluso a fundamentar la absorción del delito menos grave, directamente en el «non bis in idem» (67). Pero la apelación a dicho principio no deja de ser retórica en la medida en que la valoración que sin lugar a dudas resultaría reiterada si concurriera sobre el mismo hecho —relación *maius-minus*— requiere demostrar previamente este último extremo: la efectiva existencia de un *mismo objeto* pluralmente valorado (68). Este problema de *congruencia entre valoración y objeto*, no permite ser reducido directamente desde el principio «non bis in idem». Y no vale nuevamente aducir que la pluralidad fáctica en este supuesto es sólo naturalística y no jurídica, pues esto es precisamente lo que necesita ser demostrado. A nuestro juicio, no es posible establecer un fundamento teórico general para determinar el desplazamiento de la menor afección al bien jurídico frente a la mayor, en estos casos (69). Sin embargo, puede razonablemente pro-

(67) STS 21-VI-1976 (A. 3120): «paso de un mínimus a un plus de actividad criminosa (...), tránsito de un delito menos grave, cuya identidad de elementos constitutivos determina la absorción del primero por el segundo». La absorción del delito más grave se justifica, según el Tribunal, en que tal supuesto «no necesita una expresa disposición legal, puesto que resulta de la naturaleza misma de las cosas y del principio siempre latente en el derecho punitivo del non bis in idem, al que repugna castigar dos veces los actos que por estar en la misma línea de ataque al bien jurídico protegido se refunden en la acción culminante y de más entidad penal», *vid.*, asimismo, ST. 20-VI-1979 (A. 2700); sobre ello, SANZ MORÁN, *El concurso*, cit., 125.

(68) No lo cree así RAINIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milán, 1942, p. 317; del mismo, *La progressione criminosa*, cit., p. 487; quien fundamenta la preterición de la agresión precedente en el «ne bis in idem». Según el autor, el principio trata de evitar que los hechos singulares de la progresión sean valorados penalmente varias veces, ya que el tipo legal sucesivo contiene al antecedente en cuanto que asume en su seno tales hechos. La argumentación del autor nos parece circular. Efectivamente, si el hecho posterior comporta la valoración de los anteriores, la apreciación de un concurso real comporta una palmaria violación del non bis in idem, pero es obvio que la apelación al principio sólo podrá hacerse demostrando este último extremo —que el hecho posterior valora al anterior—. De lo contrario, estamos ante una mera petición de principio.

(69) A favor de considerar desplazada la agresión menos intensiva, con independencia del cambio de dolo, y siempre en estrecho contexto espacio-temporal, *vid.*, entre otros, WARDA, *Grundfragen*, cit., p. 92; BURGSTALLER, «Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht», *JB* (15/16), 1978, p. 400. En la doctrina italiana, FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971 (reimpresión), p. 600. Para MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966 pp. 585 y ss., la preterición del acto previo en las hipótesis de progresión criminal podría justificarse por aplicación analógica del «non bis in idem». Según el autor, si el hecho se hubiera verificado con una única resolución inicial, existiría sin lugar a dudas concurso de leyes, de modo que la presencia de una pluralidad de resoluciones (*scil.* «siffatta marginale differenza psicologica»), no justificaría, por un elemental criterio de proporcionalidad, la admisión del concurso real. En contra, apre-

cederse a una comparación entre esta hipótesis y aquella en la que pocos dudarían de la admisión de un concurso de leyes. Efectivamente, si las primeras lesiones se inscriben en el seno de una actividad ejecutiva orientada «ab initio» a la causación de la muerte que finalmente se produce por la intensificación de la agresión, la muerte consumada desplaza sin lugar a dudas al tipo de lesiones. No obsta al abrazamiento valorativo unitario del hecho la parcelación del *iter* en distintas acciones parciales, que obviamente responden todas ellas a sucesivos impulsos de la voluntad. La imputación unitaria del hecho tanto objetiva como subjetivamente parece entonces hacerse depender de que las primeras lesiones constituyan un mero tránsito hacia el resultado letal, en la medida en que el dolo de matar se manifiesta desde el principio.

Presupuesta la misma estrecha conexión espacio-temporal, la única diferencia que presenta esta hipótesis de progresión criminal reside, no en la contemplación objetiva del hecho, sino en el dato de que las primeras lesiones no están abarcadas por ese *animus necandi* que aparece inmediata y consecutivamente. No creemos por ello que pueda justificarse valorativamente un diverso tratamiento penológico. Resultaría una paradoja que las primeras lesiones, que ostentan un mayor desvalor por estar abarcadas por el dolo homicida, resulten sin embargo mejor «tratadas» —unidad de delito— que cuando responden meramente al *animus laedendi* —concurso real con el inmediato y posterior homicidio—. No parece además que resulte perjudicada ninguna función normativa (70) de admitirse el desplazamiento de la precedente lesión, habida cuenta de la estrecha relación espacio temporal exigible.

IV

1. Para concluir con nuestro análisis sobre la denominada unidad natural de acción, examinaremos ahora el problema relativo a la eventual concurrencia de tipos consumados junto con otros de imperfecta ejecución sobre el sustrato fáctico unitario. La operatividad de los principios de especialidad y subsidiariedad es indiscutida cuando se aplica a tipos delictivos consumados —sucesión de actos parciales en los que se lesiona y finalmente se ocasiona la muerte—. Ahora bien, distinto es el caso en el que concurre un tipo especial

ciando concurso real de delitos, JAKOBS, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, 1967, p. 112.

(70) Cual resulta en el caso de la tentativa en pluralidad de hechos con la posterior consumación, en donde de admitirse el concurso de leyes, la norma habilitaría al autor a convertir en irrelevante penalmente su precedente tentativa siempre que *intentara de nuevo* la realización del delito consumado.

o principal en grado de tentativa o frustración, con su homólogo tipo genérico o subsidiario en grado de consumación.

En relación con la *especialidad*, tal problema puede plantearse, en primer lugar, cuando el tipo especial lo es por adición de ulteriores elementos ajenos a la órbita del tipo genérico. Ahora bien, contra lo que pudiera parecer, también es posible verificar esta situación cuando el tipo genérico y el específico divergen, bien en la concreción del resultado material, bien en la especificación de los medios comisivos. Tal situación puede producirse, en primer lugar, por error —«vel in personam vel in objecto»— sobre la concreción del objeto material de la acción que cualifica el delito, como por ejemplo la creencia errónea de dar muerte al ascendiente —tentativa inidónea por ausencia de objeto—, realizando el tipo de homicidio doloso consumado (71). En segundo lugar, y respecto a la cualificación de los medios utilizados, en los supuestos examinados de «unidad de acción natural», tal sería el caso del ejemplo propuesto por Gimbernat del ocasionamiento de muerte que empieza con asesinato y acaba en homicidio —el primer disparo a la espalda resulta fallido, y tras percatarse el agredido del peligro, el agente vuelve a disparar de frente, produciendo la muerte— (72).

(71) Aprecian en este supuesto un concurso de delitos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. PE*, p. 52, aunque sin especificar si el homicidio ha de ser doloso o culposo; partidarios del concurso ideal entre homicidio doloso consumado y tentativa de parricidio, *vid.*, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, «*Derecho penal. PG.*», *Teoría Jurídica del Delito*, 2.ª ed., Madrid, 1988, p. 144, MIR PUIG, *Derecho penal. PG*, cit., p. 275; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal PG*, cit., p. 262. Otro sector de la doctrina entiende que el homicidio consumado desplaza al parricidio intentado en concurso de leyes, así, CEREZO MIR, «Curso de Derecho penal español», *PG*, I, vol. 1.º cit., p. 354 (consumación del parricidio frustrado en el homicidio consumado). Sin referirse explícitamente a este supuesto, COBO-VIVES, *Derecho penal PG*, cit., p. 463, sostienen que con carácter general no cabe considerar como tentativas inidóneas del art. 52 los supuestos de error inverso, que constituirían hipótesis de delitos putativos impunes. En p. 468, nota 70, sostienen que la hipótesis del concurso de delitos sólo podrá considerarse en presencia de un doble injusto, lo que desde su concepción valorativo-objetiva, comporta que exista además del peligro para el bien jurídico que quería lesionarse, un daño para el efectivamente lesionado como consecuencia de la actuación errónea.

(72) *Vid.* «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba en homicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990. pp. 172 y ss. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, en AAVV, *Derecho penal. PE*, cit., p. 524, consideran que el hecho de producirse dos disparos determina dos hechos, y por tanto, el ejemplo manejado por el autor es un caso de concurso real. Por nuestra parte, hemos señalado en páginas precedentes que si no quiere identificarse el hecho con la mera acción natural, lo que, en dinámicas complejas (varios disparos seguidos hasta conseguir la muerte) conduciría siempre al concurso real homogéneo tanto en supuestos de realización iterativa como sucesiva del tipo, es preciso establecer una serie de reglas que normativicen la consideración unitaria del hecho. Entre ellas, la

Respecto de tipos en relación de subsidiariedad —relación de intensificación en la lesión al bien jurídico— la posible concurrencia de tipos principales intentados y subsidiarios consumados está también fuera de toda duda. Tal es el caso del homicidio o asesinato intentado o frustrado que comporta la efectiva realización de unas lesiones más o menos graves.

El referente común a todos estos supuestos consiste en que la sola aplicación del delito especial o principal en abstracto, deja siempre a descubierto, al menos desde la mera contemplación formal del tipo delictivo, bien una parte del desvalor de la acción —así la aplicación del homicidio consumado respecto al asesinato intentado y al parricidio en tentativa inidónea—, o bien parte del desvalor de resultado —en caso de aplicar el solo delito de homicidio intentado frente a las lesiones consumadas—. Porque, efectivamente, ningún parricidio intentado *requiere conceptualmente* de la causación de la efectiva muerte, y a la inversa. Del mismo modo que todo delito contra la vida en tentativa no conlleva, de suyo, la causación efectiva de unas lesiones.

No es de extrañar, por ello, que la mayor parte de la doctrina alemana aprecie, en todos estos casos, un concurso ideal de delitos, apelando a la «función de esclarecimiento» propia del concurso ideal (73). La sola calificación del hecho con arreglo al tipo básico

contextualidad espacio-temporal, y la unidad de motivación. A ello parecen referirse los autores mencionados cuando señalan que «es necesario que la acción efectivamente se haya interrumpido y que el sujeto se haya apercibido de ello».

(73) Tratándose de lesiones consumadas en unidad de hecho con un delito contra la vida intentado, la solución del concurso ideal puede considerarse actualmente mayoritaria en aquel país, así, SCHMITT, *Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung*, JZ 1962, pp. 391 y ss., aunque sólo en relación con las lesiones graves de los §§ 224 y 225 StGB, no con las lesiones básicas ni con las cualificadas por la peligrosidad del medio (§§ 223, 223 a StGB) —concurso de leyes—; apelando con carácter general a la función de esclarecimiento del concurso ideal en toda hipótesis de lesión consumada de la clase que fuere, SCHRÖEDER, *Anmerkung zu BGHSI 22,24*, JR, 1969, pp. 248 y ss.; ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Rdn. 23 al § 212, p. 1420; VOGLER, *Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit*, en Bockelmann-FS, Munich, 1979, p. 726; ABELS, *Die Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991, pp. 45 y ss. A favor, sin embargo, de un concurso de leyes en estos casos, HORN, en *Systematischer Kommentar*, Rdn. 32 al § 212, justificando dicha solución en base a la atenuación sólo facultativa de la tentativa en el StGB; HIRSCH, en *Leipziger Kommentar*, Rdn. 18 a los §§ 223 y ss., con la excepción del § 225 —lesiones graves—; MAURACH/SCHRÖEDER, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Teilband I 7 Aufl., Heidelberg 1988, p. 102. Según otros autores, sólo cuando la cualificación está graduada en la misma dirección del tipo básico, cabe apreciar concurso de leyes, en el resto, concurso ideal, así, GEERDS, *Zur Lehre*, p. 199; sigue también esta dirección, JAKOBS, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, 1967, pp. 132 y ss., sosteniendo el concurso ideal entre las lesiones de los §§ 224 y 225 y el homicidio intentado, no respecto de las

consumado, no aclara que en el caso concreto concurre, además, el específico contenido de injusto de la tentativa del delito cualificado, y a la inversa, la tentativa cualificada no expresa necesariamente la existencia de un delito base consumado (74). De esta forma, se señala que especialidad y subsidiariedad sólo operan cuando ambos delitos estén en el mismo estadio de desarrollo (75). Para Vogler, la apreciación del concurso ideal en estos casos no supone un conflicto con el fundamento de la prohibición de plural punición («Verbot der Doppelbestrafung»), en la medida en que, por ejemplo, el homicidio intentado, cuando se han producido lesiones, no agota el contenido de injusto del suceso en toda su extensión. Ciertamente el dolo de matar comprende en sí el de lesionar, pero la muerte intentada no incluye al tiempo el desvalor de resultado de las lesiones dolosas. Vogler admite que tal desvalor de resultado puede ser tenido en cuenta en la medida en que la rebaja de pena en la tentativa es sólo facultativa en el StGB (76). Pero precisamente ello demostraría —puesto que en todo caso no supondría infracción alguna de la prohibición de plural utilización de factores de pena según el párr. 46.2 StGB— la

lesiones básicas y las cualificadas por la peligrosidad del medio; *vid.*, también, del mismo autor, *Strafrecht AT*, pp. 729 y 730, pese a señalar que si el delito consumado especial comprende el básico, también su tentativa ha de comprenderlo.

(74) Así, LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 17 Aufl, comentario previo al párr. 52 Anm. v 1; VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., p. 724 y p. 727, advirtiendo que, con carácter general, la «unidad valorativa» que explica el efecto desplazante de un tipo sobre otro se ve entorpecida cuando uno de ellos está consumado y el otro sólo intentado. *Vid.*, asimismo, STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, com. prev. párr. 52, n. 126, señalando que, de castigar exclusivamente por el delito consumado, el autor quedaría en mejor posición que aquél que solamente quiso realizar y realizó el tipo básico; descartando la aplicación del principio de subsidiariedad tácita, BURGSTALLER, *Die Scheinkonkurrenz*, cit., p. 400. Apelando sin embargo a la subsidiariedad tácita de cualquiera de los delitos menos graves —o el consumado o el intentado—, FROSALI, *Concorso*, cit., pp. 590 y ss. En España, COBO-VIVES, *Derecho penal PG*, cit., p. 503, señalan que en las hipótesis en que la tentativa o frustración no desistidas, con entidad suficiente para constituir también un delito independiente, habrá que estar a las reglas generales del concurso de leyes, admitiendo no obstante excepcionalmente el concurso de delitos.

(75) En este sentido, WEGSCHEIDER, *Echte und scheinbare*, cit., p. 230. En contra, GEERDS, *Zur Lehre*, cit., p. 199, para quien la especialidad opera con independencia de que el tipo especial esté en grado de tentativa. Ello es contradictorio con la definición de la especialidad a partir del requisito de la «necesidad» conceptual de que toda conducta integrante del tipo especial resulte abarcada sin excepción por el general.

(76) Uno de los argumentos al que apelan los partidarios en Alemania de la sola aplicación del tipo cualificado intentado frente al básico consumado, radica precisamente, en que la rebaja de pena para la tentativa es *siempre facultativa* (p. 23 Abs. 2 StGB). Así, JAKOBS, *Strafrecht.AT*, p. 729. No sucede lo mismo, sin embargo, en nuestro Código penal.

necesidad del concurso de delitos, en la medida en que los fundamentos de la valoración del hecho han de explicitarse primero en la declaración de culpabilidad («Schuldspruch») y no en los fundamentos del fallo («Urteilsgründen») (77).

Sabido es, en relación con este supuesto, que la jurisprudencia del TS, puesto que parte de una relación de alternatividad entre «animus» —«animus necandi» versus «animus laedendi»—, aprecia en estos supuestos un concurso de leyes considerando al homicidio frustrado o intentado ley principal respecto de las lesiones ocasionadas (78), salvo que éstas resulten de mayor gravedad que la calificación a partir del homicidio, en cuyo caso, y por aplicación del artículo 68, se procede a calificar el hecho como constitutivo de lesiones. Desde luego, este proceder es contradictorio con las premisas de partida, a saber, que homicidio y lesiones se relacionan por el modelo de exclusividad recíproca a partir de una supuesta exclusividad de dolos. Del mismo modo que deja sin explicación la posibilidad de apreciar las lesiones consumadas cuando se produce un arrepentimiento eficaz del sujeto que impida la muerte (79).

Esta consideración alternativa de los tipos está también, probablemente, en la base de aquellas propuestas doctrinales que, admitiendo la diversa gravedad de la tentativa sin lesión alguna respecto de la que efectivamente supone lesiones, sostienen la aplicación de un concurso ideal de delitos entre tentativa de homicidio y lesiones imprudentes (80). A nuestro juicio no puede cuestionarse que el dolo de matar incluye conceptualmente el de menoscabar la integridad física como paso necesario de la muerte, de modo que, al menos en dolo eventual, se asume la posibilidad de que, caso de resultar fallido el intento, subsistan tales lesiones. En definitiva, de considerar que efectivamente el delito de homicidio intentado o frustrado no contempla la reprobación que pudiera derivarse de las lesiones ocasionadas, el concurso ideal ha de serlo de lesiones dolosas, y no imprudentes. En estos supuestos, la apelación a la eventual infracción del «non bis in idem», deviene nuevamente retórica, en la medida

(77) VOGLER, *Funktion und Grenzen*, cit., p. 726. .

(78) *Vid.* STS 18 de mayo de 1981, 12 de junio de 1986; 30 de enero de 1989; 5 de junio de 1990; 5 de diciembre de 1991; 3 de febrero de 1992, entre otras.

(79) Sobre las consecuencias de un entendimiento del concurso de leyes como hipótesis de exclusión recíproca, *vid.*, en la doctrina alemana, SEIER, «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», en *Jura*, 1983, pp. 225; en España, ampliamente, PEÑARANDA, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1992, *passim*.

(80) *Vid.*, en este sentido, COBO-CARBONELL, en AAVV, *Derecho penal. PE*, cit., p. 495, siguiendo el planteamiento propuesto por FARRE TREPAT, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en *ADPCP*, 1986, pp. 257 y ss.

en que faltan dos criterios ciertos de revelación del solapamiento valorativo (81). Por un lado, falta, como hemos visto, el requisito de la necesidad, propio de la relación de especialidad. Por otro, el criterio de la intensificación del injusto del hecho aparece en entredicho, en la medida en que sólo la aplicación del tipo especial o subsidiario *consumado* comporta el mayor grado de afección, tanto desde el punto de vista del desvalor de resultado como del desvalor de la acción, pero no el mero delito intentado. Ciertamente, podría argumentarse que la causación de las efectivas lesiones, en el caso propuesto, ya es tenida en cuenta por la pena del delito intentado contra la vida en caso de producirse, y que puede verse reflejada en la rebaja en uno o dos grados de pena, cuando no tenerse en cuenta, cosa muy habitual en la jurisprudencia, como criterio no siempre explicitado para establecer la frontera imprecisa entre tentativa y frustración del delito (82). Pero, bien mirado, lo que constituiría un argumento a favor de la apreciación del concurso de leyes, puede perfectamente volverse en contra: que la sola apreciación del delito intentado no logra aprehender el total injusto del hecho. De ser así, la utilización de las lesiones como criterio para determinar y concretar el marco

(81) Según CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de los delitos», *ADPCP*, 1978, p. 83, la doctrina alemana, al someter a la disciplina del concurso ideal de delitos los casos de concurrencia entre tentativa cualificada y delito base consumado, está próxima a infringir el *non bis in idem*, ya que «por lo menos parte de la misma conducta delictiva se tiene en cuenta para llenar el contenido de injusto de dos tipos distintos, que se consideran realizados por el autor». La afirmación la refiere fundamentalmente al supuesto de tentativa de robo con fuerza en las cosas y hurto consumado. A juicio del autor, tales supuestos podrían acomodarse perfectamente en el ya derogado artículo 50 del C.P. No cabe duda, sin embargo, que en todo caso de concurso ideal se tiene en cuenta parte de la conducta para «llenar el contenido de injusto» de dos tipos distintos. Sólo cuando pueda demostrarse que el contenido de injusto de uno de los tipos está implícita o explícitamente contenido en otro, tiene sentido apelar al «*non bis in idem*», en la medida en que se reitera de nuevo la valoración expresada por uno de los preceptos. La sola mención a la graduación en la lesión al bien jurídico, admitido que la muerte puede considerarse un *maius* respecto a las lesiones, deviene insuficiente en caso de tentativa, donde por definición falta el resultado letal que puede absorber a la afección contra la integridad física. Ciertamente tal afección constituye el modo de realización del peligro para la vida que encierra la tentativa de homicidio, y por ello ambos delitos están emparentados desde el punto de vista de lo injusto y no sólo resultan abrazados fácticamente.

(82) En caso de lesiones que hubieran sido mortales caso de no mediar asistencia facultativa inmediata (*vid.*, en este sentido, STS 4 de junio de 1985 y 16 de junio de 1986). En otras ocasiones, sin embargo, el solo disparo fallido se ha considerado un caso de homicidio frustrado (*vid.*, en este sentido ST 6 mayo de 1968). Con amplias referencias jurisprudenciales, *vid.* DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)*, Valencia, 1994, pp. 94 y 95.

penal supondría tomar de nuevo en cuenta un elemento previsto ya por el legislador en la *conminación penal del hecho intentado*. En definitiva, creemos que la adopción, desde la perspectiva de los principios regulativos del concurso de leyes, de un *concurso ideal*, resulta inobjetable. Sin embargo, nuevamente aparecen aquí cuestiones de justicia material que necesariamente deben influir en la solución al caso concreto. No en vano, en la creciente admisión de hipótesis concursales en nuestra doctrina, ha tenido una influencia indudable la doctrina alemana, cada vez más proclive a aplicar el concurso ideal de delitos, el cual, al tiempo que permite una exhaustiva valoración del hecho «función de esclarecimiento» (83), se revela también como un instrumento apto para evitar la plural utilización de unos mismos fundamentos de pena («Verbot der Doppelverwertung») (84) en atención al principio previsto en el pár. 52 del StGB (85). El artículo 71 de nuestro Código penal no es, por contra, un instrumento lo suficientemente flexible como para adecuar, desde el punto de vista del merecimiento de pena, una respuesta sancionadora coherente con la necesidad de armonizar ambos principios cuando entran en conflicto. Y así resulta en muchas de las hipótesis examinadas, en donde la lesión corporal que representa a su vez un acto parcial de tentativa de homicidio, se traduciría penológicamente —con independencia de su gravedad— en la obligación de elevar al grado máximo el amplio marco penal previsto para la tentativa. La sentencia del TS examinada es un buen botón de muestra de cómo, en caso de haberse apreciado concurso ideal de delitos, la pena a imponer hubiera sido la indicada también para el concurso real por mor de la cláusula de salvaguardia prevista en el precitado art. 71 CP. Pugna a elementales exigencias del principio de proporcionalidad que lo que se presenta como un solo hecho en el que ambas valoraciones participan de elementos comunes de lo injusto, reciba un tratamiento idéntico a las hipótesis de concurso real. Cuando la lesión

(83) Un estado actual de la cuestión en ABELS, *Die «Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz»*, Marburg, 1991, *passim*.

(84) Sobre el particular, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, pp. 19 y ss. y *passim*.; sobre la distinción entre el mencionado principio y el principio de prohibición de doble valoración «Verbot der Doppelbewertung», ABELS, *Die Klarstellungsfunktion*, p. 32. A mi juicio, la configuración del autor de este último principio no es sino que una mera reiteración del principio de absorción y de punición, que operan a nivel de la tipicidad y de las consecuencias jurídicas respectivamente.

(85) En rigor, se trata como es sabido del principio de combinación de marcos penales, en donde la única limitación consiste en que el límite máximo de la pena del delito menos grave se erige en límite mínimo de la pena del delito más grave. Al margen ahora de otras consecuencias de dicho principio, es obvio que sigue erigiéndose en una regla lo suficientemente flexible como para atender adecuadamente al mayor o menor «parentesco de injusto», en palabras de PUPPE, de los tipos concurrentes. Sobre ello, PUPPE, *Idealkonkurrenz*, pp. 319 y ss.

no representa por tanto un desvalor cuanto menos equivalente al del homicidio intentado, la solución del concurso de leyes me parece, aunque discutible técnicamente, manifiestamente más justa.

V

El análisis llevado a cabo ha permitido poner de manifiesto los criterios bajo los que cabe considerar la *unidad típica de la conducta*, pese a presentarse como un complejo fáctico de diversos actos parciales. Actos que, contemplados aisladamente, colman ya los requisitos de los respectivos tipos de injusto y sin embargo no merecen una consideración valorativa autónoma e independiente. Desde las coordenadas expuestas, la solución dada al caso examinado por el Tribunal Supremo es a nuestro juicio correcta. Y todo ello al margen, claro está, de que la solución a favor de la unidad delictiva no responda, como se afirma, a un pretendido «criterio de la unidad natural de la conducta como base de la unidad del delito», sino que, como ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, a criterios normativos deducidos de una interpretación teleológicamente orientada de los tipos. Pero el hábito no hace al monje ni las disputas terminológicas deben trascender a lo que en realidad son. En este sentido, la expresión *unidad natural de la conducta*, o *unidad natural de acción*, podrá no ser el fiel reflejo de lo que en realidad es (86); pero en cualquier caso se legitima, como cualquier convención, por el uso habitual —y conocido en su real significación—, de los operadores jurídicos.

Concurren en el *factum*, efectivamente, todos los requisitos expuestos para que pueda apreciarse una *unidad típica*, que el propio Tribunal sintetiza de esta forma: «así, aparece reflejado el elemento subjetivo, al existir *un solo acto de voluntad* encaminado a la realización de toda la dinámica comisiva; el elemento objetivo, en cuanto que todos los actos narrados como realizados por el procesado están unidos, vinculados, temporal y espacialmente, sin que exista variedad de actos, pues la agresión y la voluntad interna del sujeto activo fue una *sin discontinuidad*, pues errado en parte el disparo, trató de conseguir su propósito homicida con el mismo arma y al verse desarmado y en la lucha que siguió al desarme con una botella, con lo que no puede estimarse en esa actividad delictiva, como se hace en la sentencia recurrida, uno de homicidio frustrado y otro de lesiones pues no existió un ánimo necandi, sino una *sola acción con ánimo de matar*.»

La segunda tentativa de homicidio puede, en efecto, contemplarse como la prosecución de la misma y única agresión. Por un lado, la

(86) De «Un (feo) nombre para la arriba tratada unidad de acción jurídica,» la califica JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., p. 746.

alteración en la forma de ejecución, fallido el primer disparo, no altera la significación valorativa homogénea de dicho acto parcial (87), equivalencia que no deriva de la semejanza externa de dichos actos, sino más bien de su consideración desde la perspectiva del incremento en la puesta en peligro del mismo bien jurídico (88). Que la alteración de los medios suponga a su vez una alteración del plan del autor, es, como vimos, irrelevante a los efectos de afirmar una única situación motivacional (89). Es éste el criterio decisivo y no que pueda afirmarse un solo «acto de voluntad» puesto que también el segundo acto parcial requiere de dicha voluntad.

La consistencia subjetiva de la acción se pone también de manifiesto en el hecho de que el primer intento fallido no excluye, según la representación del autor, la frustración del fin perseguido en *sus concretas circunstancias situacionales* (90). Prueba de ello es que, sin solución de continuidad, prosigue en su intento, con todos los medios posibles a su alcance —la botella—. Desde esta perspectiva, el sucesivo acto parcial no puede representar para el autor una nueva decisión contra el bien jurídico —aliud—, sino la prosecución —plus— de dicha decisión. En definitiva, que el ulterior acto enderezados a la consecución de un resultado delictivo debe ser valorado como una porción del sustrato material del delito propuesto y no, por contra, como *tentativa de otro delito distinto*. Como quiera que esta última «tentativa», en el caso concreto ha comportado a su vez unas lesiones, el punto de mira ha de desplazarse hacia los criterios que determinan la existencia o no de pluralidad delictiva, desde la perspectiva del concurso de leyes. Pero, en cualquier caso, la «unidad natural de acción» sigue desempeñando, también aquí, una función que sólo ha sido apuntada en este comentario: la de determinar la unidad de hecho caso de que se estime correcta la aplicación de un concurso de delitos; concurso que, habrá de ser, a mi juicio, ideal (91).

(87) *Vid., supra*, III, 1.

(88) *Vid., supra*, III, 5.

(89) *Vid., supra*, III, 5.

(90) *Vid., supra*, III, 5.

(91) *Vid., supra* V.

